

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E A PRODUÇÃO DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

**ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NAS DECISÕES JUDICIAIS DIANTE
DA PANDEMIA DO COVID 19**

THIAGO ARAÚJO MADUREIRA DE OLIVEIRA

Itajaí-SC, junho de 2023

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E A PRODUÇÃO DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES JUDICIAIS DIANTE DA PANDEMIA DO COVID 19

THIAGO ARAÚJO MADUREIRA DE OLIVEIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Clovis Demarchi

Itajaí-SC, junho de 2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me ajudaram a ultrapassar os diversos obstáculos no desenvolvimento deste trabalho de pesquisa.

Aos meus familiares e amigos da Procuradoria Geral do Estado de Rondônia, que me incentivaram nos momentos difíceis e contribuíram na realização deste trabalho.

Agradeço à Faculdade Católica de Rondônia e a Univali, bem como aos professores pelo ensinamento que permitiram apresentar um melhor desempenho no desenvolvimento científico deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a toda a minha família, em especial ao meu pai, Augusto Sérgio (in memoriam).

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, maio de 2023



Documento assinado digitalmente

THIAGO ARAUJO MADUREIRA DE OLIVEIRA

Data: 24/08/2023 07:53:47-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Thiago Araújo Madureira de Oliveira
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Conforme Ata de Defesa de Dissertação n. 034/2023, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, aos vinte e nove dias do mês de maio do ano de dois mil e vinte e três, às quatorze horas (Horário de Brasília) e treze horas (Horário em Rondônia) reuniu-se a Banca Examinadora de Dissertação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, do mestrando Thiago Araújo Madureira de Oliveira, sob título “a judicialização da política e o ativismo judicial no supremo tribunal federal: análise de ações judiciais do poder executivo diante da COVID 19”. A Banca Examinadora foi formada mediante o Ato Organizacional número 036/PPCJ/2023, baixado pelo Coordenador do Programa Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, composta pelos Professores Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Levi Hulse (UNIARP), como membro, Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI). Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi APROVADA.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 05 de junho de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial: “O ativismo judicial deve ser compreendido como a atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente (CF+ leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.). Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza a atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição ”.¹

Ato Administrativo: Pode ser entendido como a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”².

Constituição: É “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.³

Direito: Pode ser definido como um "conjunto de normas executáveis coercitivamente, reconhecidas ou estabelecidas e aplicadas por órgãos institucionalizados".⁴

Estado Democrático de Direito: “Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.”⁵

¹ ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.111.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 393.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 52.

⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 142.

Judicialização da Política: “A judicialização da política consiste no processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma e ações judiciais”.⁶

Política: A política pode ser definida como "a arte de influenciar, manipular e controlar grupos com a intenção de avançar os propósitos de alguns contra a oposição de outros".⁷

Teoria Procedimentalista: [...] uma corrente procedimental do direito que regula a facticidade da segurança jurídica e a validade da correção jurisdicional através de um sistema normativo compreendido sistematicamente, seguro em si e que seria suficiente para a satisfação da demanda social-jurídica. Esse fator aproxima-o da corrente positivista. Isso se deve a observância prioritária da ordem legal, eis que essa representa o ideal democrático, comunicativamente construído, em ampla construção produzida por sujeitos de direito emissores de fala em condições de simetria argumentativa.⁸

Teoria Substancialista: “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. [...] Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais fundamentais, o poder judiciário (e, em especial, a justiça

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 119.

⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.22-23.

⁷ DYKE. Vernon Van, **Political Science: A Philosophical Analysis** (Stanford: Stanford University Press, 1960), p. 133.

⁸ SITO, Santiago Artur Berger; LISOWSKI, Carolina Salbego. **Procedimentalismo e positivismo: uma reflexão necessária**. Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2439.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertence à jurisdição constitucional”.⁹

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais - Sociais no Brasil in: **Novos Estudos Jurídicos**. v 8. n 2. Univali, Itajaí, maio/ago. 2003. p. 271.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	X
RESUMO.....	XII
ABSTRACT.....	XIII
INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1.....	18
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL.....	18
1.1 DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	18
1.2 A ORIGEM DA JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA.....	22
1.3 CONCEITO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	25
1.4 A POLÍTICA E O DIREITO.....	27
1.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUA RELAÇÃO COM OS OUTROS PODERES.....	35
CAPÍTULO 2.....	48
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO UM PROBLEMA CONTEMPORÂNEO.....	48
2.1 O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE E DAS DEMANDAS POR JUSTIÇA.....	48
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA REALIDADE BRASILEIRA.....	53
2.3 O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO.....	65
2.3.1 OS SUBSTANCIALISTAS E A PREENSÃO DE PRIMAZIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	67
2.3.2 DWORKIN X HABERMAS: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL...71	
CAPÍTULO 3.....	80
INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS	80

3.1 O CONTROLE JURISDICIONAL NA PANDEMIA DA COVID-19.....	80
3.2 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF.....	84
3.2.1 ADPF 672.....	84
3.2.2 ADI 6341.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	110
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	113

RESUMO

Esta dissertação está inserida na linha de pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito, da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e relacionada ao projeto de pesquisa fundamentos teóricos contemporâneos dos princípios e garantias constitucionais. O objetivo geral desta pesquisa é analisar a crescente tendência à judicialização da política, bem como ao ativismo judicial, analisando em especial as decisões ADPF 672 e ADIN 6341 e se essas decisões podem ser qualificadas como ativistas e se desequilibram o exercício dos Poderes e o regime democrático. Os objetivos específicos são expor a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial; explorar sua relação com o direito e política; analisar os atos administrativos no contexto da pandemia e seu controle judicial; avaliar as decisões ADPF 672 e ADIN 6341, identificando os problemas existentes entre os Poderes envolvidos e tentando compreender as diversas perspectivas em relação à democracia nas decisões. O problema relativo a esta pesquisa está atrelado a se as decisões proferidas pelo STF foram relevantes em relação aos diversos acontecimentos, durante a pandemia da covid-19, e se, por acaso, é possível afirmar que a judicialização da política e um suposto ativismo judicial, nessas situações geraram, de fato, um desequilíbrio na clássica tripartição dos Poderes a ponto de ameaçar a democracia. Quanto à Metodologia empregada, foi utilizado o Método Indutivo, e utilizou-se como técnicas de pesquisa a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental. A partir das análises feitas, chegou-se à conclusão de que as decisões proferidas pelo STF são adequadas e contribuem para o fortalecimento do Judiciário, o que pode acarretar divergências, considerando o contexto de um regime democrático. Em relação à judicialização da política e aos atos administrativos discricionários, esses são processos sistemáticos, perpetuados pela CF de 1988.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Constituição Federal de 1988; Judicialização da política; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law, and of the area of concentration Foundations of Positive Law. It is linked to the research project Contemporary Theoretical Foundations of Constitutional Principles and Guarantees. The overall aim of this research is to analyze the growing trend towards the judicialization of politics and judicial activism, analyzing, in particular, decisions ADPF 672 and ADIN 6341, and whether these decisions can be defined as activist and whether they disrupt the balance of powers and the democratic regime. The specific objectives are to highlight the distinction between the judicialization of politics and judicial activism; to explore their relationship with law and politics; to analyze administrative acts within the context of the pandemic and their judicial oversight; and to evaluate decisions ADPF 672 and ADIN 6341, identifying any existing issues among the Powers involved, seeking to understand the different perspectives in relation to democracy in these decisions. The research problem addressed in this study is whether the decisions handed down by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) were relevant in relation to the various issues that arouse during the Covid-19 pandemic, and whether it can be affirmed that the judicialization of politics and an alleged judicial activism in these situations have, in fact, led to an imbalance in the classic tripartition of powers, potentially threatening democracy. Based on the analyses carried out, it was concluded that the decisions handed down by the STF are adequate and contribute to the strengthening of the judiciary, although they may lead to divergent opinions considering the context of a democratic regime. Regarding the judicialization of politics and discretionary administrative acts, these are systematic processes perpetuated by the Federal Constitution of 1988. As regards methodology, this research used the inductive method, and the research techniques of bibliographical, jurisprudential, and document research.

Keywords: Judicial Activism; Federal Constitution of 1988; Judicialization of politics; Judicial power.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação está inserida na linha de pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito, da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e relacionada ao projeto de pesquisa fundamentos teóricos contemporâneos dos princípios e garantias constitucionais.

O objetivo geral é analisar a crescente tendência à judicialização da política, bem como ao ativismo judicial, analisando em especial as decisões ADPF 672 e ADIN 6341 e se essas decisões podem ser qualificadas como ativistas e se desequilibram o exercício dos Poderes e o regime democrático.

Os objetivos específicos são expor a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial; explorar sua relação com o direito e política; analisar os atos administrativos no contexto da pandemia e seu controle judicial; avaliar as decisões ADPF 672 e ADIN 6341, identificando os problemas existentes entre os Poderes envolvidos e tentando compreender as diversas perspectivas em relação à democracia nas decisões.

Observa-se que a sociedade, no contexto mundial, no que se refere à pandemia da covid-19, ainda sofre os consequentes desdobramentos da recente doença. Esse foi um período sem precedentes na história recente da humanidade. A todo momento surgem novas descobertas e novos desafios relacionados a isso.

Alguns países administraram ações no intuito de bloquear a disseminação do vírus e foram menos afetados pela doença. Os países que não conseguiram - dentro do lapso temporal ideal – coordenar de forma adequada as ações devidas, tiveram sua população atingida de forma impactante pelo vírus, um desses países foi o Brasil.

Logo, quando apareceram os primeiros casos da doença no Brasil, questões, que nunca haviam sido debatidas, foram levadas ao Poder Judiciário, que assumiu o papel de mediador entre os entes, em relação às medidas adotadas no enfrentamento à pandemia, já que os erros cometidos na resolução dessa emergência não foram identificados a tempo de aprimorar as possibilidades de controle a futuras crises.

A pandemia da covid-19 resultou da disseminação do Vírus Sars-CoV-2, que foi descoberto e observado – pela primeira vez – em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China. Já no Brasil, o primeiro caso da doença foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, e a primeira morte, decorrente dele, em 17 de março de 2020.

Despreparado, o mundo foi impactado de forma brusca. O vírus tem alto grau de contágio e considerável potencial de mortalidade. Em um ano e meio, desde a primeira morte, já vieram a óbito mais de 487 mil pessoas no Brasil, que ficou em estado de calamidade pública, e, só devido a isso, a Administração Pública tomou algumas atitudes, para o controle da disseminação do vírus.

Novas formas de contato entre as pessoas foram se estabelecendo e, para a sociedade saber lidar com isso, foram editadas Medidas Provisórias e proferidos Atos Administrativos. O judiciário teve que julgar diversas ações em consequência da disseminação do vírus. Conforme o Painel de Ações da covid – 19, foram proferidas no Supremo Tribunal Federal 9.199 decisões sobre esse tema¹⁰.

Em março de 2020, por decisão do ministro Marco Aurélio, os estados e municípios passaram a ter competência para atuar em relação às medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas, relacionadas ao combate ao novo “coronavírus”. Essa independência dos estados e municípios, em relação a União, gerou desentendimentos entre o executivo e o judiciário, que tomaram diversas decisões que não coincidiam com os posicionamentos do Governo Federal.

Sendo assim, passou-se a uma constante e rotineira tensão entre os Poderes, além de questionamentos, acerca de um suposto desequilíbrio da clássica tripartição dos Poderes, que sugeriam o predomínio do poder judiciário em relação aos outros. Enquanto os Poderes não resolviam suas diferenças e decidiam como solucionar os problemas, que aconteciam naquele momento, quando imperava a

¹⁰ A disseminação do vírus Covid – 19 e a pandemia que se deu no país devido a isso. Denominado de “Painel de ações Covid-19”, o STF criou esta área específica trazendo informações sobre a quantidade de demandas relacionadas a pandemia e sua natureza. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 30 de março de 2022.

pandemia; o vírus se alastrava, mais pessoas eram infectadas e as medidas sanitárias necessárias não eram tomadas e nem fiscalizadas.

Diante do contextualizado, os problemas desta pesquisa são:

a) as decisões proferidas pelo STF foram relevantes em relação às diversas questões acontecidas durante a pandemia da covid-19?

b) Pode-se afirmar que na APPF 672 E ADIN 6341 houve o fenômeno da judicialização da política e um suposto ativismo judicial, que geraram desequilíbrio na clássica tripartição dos Poderes, a ponto de ameaçar a democracia?

Diante desses problemas levantaram-se as seguintes hipóteses:

Durante a crise sanitária, o crescimento da judicialização colaborou diretamente para o acesso à justiça e a efetivação dos direitos sociais, de modo que as decisões proferidas pelo STF foram relevantes, em relação às diversas questões vivenciadas durante a pandemia.

O ativismo judicial, em parte consequente do modelo de judicialização da política, promove a atuação do Judiciário, no âmbito político, modificando, com isso o cenário funcional dos Poderes que compõem o Estado, esse vislumbrado, a partir do modelo clássico tripartite, consagrado por Montesquieu.

Diante da obrigação de se chegar a conclusões que sejam compatíveis com os objetivos aqui estabelecidos, foi analisado se a jurisprudência do Supremo evoluiu, no sentido do que se refere a federalismo, considerando competência e cooperação, em relação ao setor da saúde, a partir da análise de matéria nesse âmbito que, por ventura, através dela tenham sido discutidos elementos e perspectivas, relacionadas com a temática aqui estudada, e que, de alguma forma, tenham contribuído para a atualização da interpretação normativa do conteúdo do texto constitucional. É aliado a isso que se pode denominar, introdutoriamente, a matéria do patriotismo constitucional¹¹.

No capítulo primeiro, é exposto um breve retrospecto do nascedouro do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, ressaltando, inclusive, a

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. RJ: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

distinção dos referidos termos. No segundo capítulo, abordam-se duas teorias que examinam o ativismo judicial, quais sejam, o substancialismo e o procedimentalismo. No capítulo seguinte, é realizada uma análise sobre as decisões ADPF 672 e ADIN 6341. A Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, em que são apresentados aspectos destacados do conteúdo desta Dissertação, que, elementarmente, estimula a continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema analisado, durante este trabalho de pesquisa.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹² foi utilizado o Método Indutivo¹³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹⁴, e, o Relatório dos Resultados, expresso na presente dissertação, é composto, estruturalmente, na base lógica indutiva. Utilizou-se como técnicas de pesquisa a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental.

¹² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

¹³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

¹⁴ LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

CAPÍTULO 1

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização da política ainda gera uma grande repercussão no cenário nacional contemporâneo, de modo que, neste primeiro capítulo, será necessário destacar a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, delimitando a conceituação desses fenômenos, de forma a guiar esta dissertação, identificando o elemento que pode ser indicado como determinante, para o surgimento do apelo à jurisdição.

1.1 DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, embora possuam uma forte correlação, em que pesem por muitas vezes tratados como se sinônimos fossem, possuem sentidos distintos. Em resumo, o ativismo judicial diz respeito à determinada forma de atuação dos representantes do Poder Judiciário, de modo que a atuação do Judiciário causa interferência na esfera de atuação das outras funções, segundo Barroso¹⁵:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. [...] a ideia do ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Por sua vez, a judicialização da política está associada à transferência de poder das instâncias políticas tradicionais, de maneira que a vida política, social e econômica é sujeita à ação judicial. A judicialização não é promovida pelo juiz, mas é produto da modificação do texto constitucional ou legal, que amplia a competência

¹⁵ BARROSO. Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 371.

dos órgãos judiciais¹⁶. O conceito de ambos os fenômenos é traçado por Barroso¹⁷, sustentando que:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes.

Desse modo, verifica-se que o ativismo judicial se solidifica através de uma “postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação”¹⁸, de modo que a judicialização da política se delineia como um “fenômeno contingencial e inexorável”¹⁹.

Diante disso, não se pode descuidar que “judicialização não provoca, necessariamente, o ativismo judicial, mas dá-lhe o combustível necessário. O ativismo judicial, por sua vez, pode incentivar a judicialização, criando um movimento espiral expansivo”.²⁰

¹⁶ LEITE, Roberto Basillone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro**: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011, p. 179.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Brasília, OAB, n. 4, 2009, p. 05 Disponível em: < <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> >. Acesso em: 13 de março de 2022.

¹⁸ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 128.

¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. p. 128.

Frisa-se que ambos os fenômenos possuem o caráter de interdependência, podendo aferir que a “uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente ‘normal’ em outro, uma vez que estes conceitos são [...] relativos”.²¹

Ademais, vale salientar a analogia gerada pelo Carvalho,²² para exemplificar as diferenças entre ativismo judicial e judicialização:

Acredita-se, entretanto, que a melhor colocação para distinguir um conceito do outro seja utilizar uma distinção que primeiramente foi proposta pelos grandes filósofos gregos, qual seja a distinção entre Poiesis e Práxis. Poiesis é um termo grego que significa produção (fabricação), contraposto ao termo praxis usado por Aristóteles, que significa ação, mas seu significado vai além disto. [...] A judicialização ocorre porque há a possibilidade de fazê-lo normativamente (Poiesis). [...] manifesta-se, portanto: 1) pela aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios de ostensiva violação da Constituição. O Ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas (Práxis), pois se manifesta: 1) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; 2) pela aplicação direta da Constituição a situações que não foram expressamente contempladas em seu texto, criando-se uma normatividade concorrente; e 3) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos de violação da Constituição. A distinção se torna mais perceptível quando analisamos a perspectiva do objeto do agir pela poiesis pela práxis, ou seja, no Ativismo visa a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e alguns fins constitucionais (práxis); enquanto na Judicialização decorre da própria legislação que impõe esses deveres aos judiciários, sem alternativa (poiesis).

²⁰ MAURICIO JUNIOR, Alceu. **O estado de risco: o estado constitucional de direito no paradigma social do risco**. 2011. 294 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2011, p. 225.

²¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte interamericana de direitos humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014, p. 136.

²² CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Judicialização e legitimidade democrática. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2022.

Faz-se importante, ainda, apresentar as diferenças significativas entre os dois fenômenos para Streck²³:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço” seja para manter o status quo). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista.

Diante disso, o ativismo judicial pode ser definido como um processo político-institucional, assumindo uma “configuração de um Poder Judiciário, revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”²⁴ Já, a judicialização da política pode ser vista como um fenômeno contingencial, de forma que insurge na insuficiência dos demais poderes.

Portanto, verifica-se que, apesar das semelhanças que a judicialização e o ativismo judicial possam até se complementar, restou evidenciado que são fenômenos cujos conceitos não se confundem.

1.2 A ORIGEM DA JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA

O Direito como “ordenação universal da sociedade humana” é diretamente atingido pelas consideráveis mudanças acontecidas no contexto

²³ STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07 de jan. de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2022.

²⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36

mundial, historicamente. E a sua função é organizar a convivência humana, perante a regulação de ações²⁵. O inédito, por assim dizer, está inserido nas múltiplas e complexas relações sociais, estando nessa posição, pois “o direito vive uma grave crise existencial; não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é característica de nossa era.”²⁶

As mudanças mais relevantes do Direito Constitucional aconteceram a partir da Segunda Guerra Mundial e ressalta-se, aqui, os processos de democratização e de reconstitucionalização dos países, a exemplo das Constituições italiana (1947), alemã (1949), francesa (1958), portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988).

Com o fim da Segunda Grande Guerra houve “um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo”²⁷, que aconteceu por causa da necessidade dos governos de impedir que as garantias fundamentais fossem controladas pelo Executivo.

Luís Roberto Barroso²⁸ expõe exemplos internacionais que vão de acordo com essa colocação:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território

²⁵ BARROSO, Luiz Roberto O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse público. In: SARMENTO, Daniel, (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 234.

²⁶ BARROSO, Luiz Roberto O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse público.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. p. 13.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009, p. 1-2.

palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Considerando esse período, foram feitas alterações institucionais, por meio da criação de Tribunais Constitucionais, e dogmáticas, por meio de constituições que definiram os direitos fundamentais, como suas principais regras, determinando que a Constituição estaria acima das leis. Dessa forma, a Constituição passou a ser suprema sem ser dominada por um Poder Executivo ditador. “No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidaria no século XIX, surge o Estado constitucional de direito (...)”²⁹ que recebeu uma definição que utilizou a nomenclatura “Neoconstitucionalismo”.

Com o Neoconstitucionalismo vieram três divisões: a filosófica, a histórica, e a teórica. A filosófica é formada no pós-positivismo, que tem como característica a aproximação do direito e da moral, do direito e outros domínios do conhecimento, que vão além da legalidade escrita, prevista pelo positivismo. A histórica, na formação de um Estado constitucional, a partir das redemocratizações, após a Segunda Guerra Mundial³⁰. E a teórica é “o conjunto de novas percepções e novas práticas”. Essas novas práticas e percepções incluem:

[...] o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação.³¹

Em paralelo com o surgimento do neoconstitucionalismo surgiu a constitucionalização do direito, que amplia as normas constitucionais no sistema jurídico, valorizando o patamar da Constituição a um “modo de olhar e interpretar

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017, p.31.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. p.31.

todos os ramos de direito”³². Diante disso, ante à supremacia da Constituição, têm-se o avanço do Poder Judiciário, já que ficou sob a responsabilidade dos Tribunais Constitucionais interpretar as constituições. Como há uma organização que possui o seu sistema situado ao redor da Carta Magna, e o órgão judiciário é responsável por defendê-la, por aplicá-la e por interpretá-la.

Para alguns teóricos, as novas constituições e o seu objetivo, o do bem-estar social – o *welfare state*³³-, dispuseram de uma legislação aberta, indeterminada e programática, oposta ao positivismo.

Tal caráter indeterminado, nas controvérsias sobre a sua interpretação em casos concretos, põe o juiz na situação nova de um legislador implícito, com as naturais repercussões desse seu inédito papel na vida republicana e, particularmente, nas relações entre os Três Poderes.³⁴

Porém, o *welfare state* despencou e, com isso, veio a crise econômica, gerando o neoliberalismo, que, por sua vez, influenciou a economia, devido ao mercado que estava um pouco desregulado; e a configuração social, considerando que retirou o destaque que fora concedido aos direitos sociais.

A ideia, até então, era a não obrigação do Estado, em relação ao provimento de seus cidadãos, no que se refere aos direitos de segunda geração, os que, por sua vez, dizem respeito a questões sociais. Os cidadãos eram providos apenas com os de primeira geração, com provimentos negativos da administração, garantindo apenas a liberdade da sociedade.

Como o Executivo e o Legislativo deixaram a população à mercê de seus próprios esforços, os indivíduos passaram a buscar o Poder Judiciário com o propósito de melhorar suas vidas. “Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro

³² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. p. 32.

³³ Uma tentativa de conceituar a *welfare society* está em J. Cohen, J. Ilogers, "Secondary associations and democratic governance", in E. O. Wright (org.), *Associations and democracy*, Londres/Nova York, Verso, 1995, p. 39.

³⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 40.

das lamentações do mundo moderno (...)”³⁵. Qualquer contratempo enfrentado, seja no âmbito coletivo ou individual, pode ser dirimido por um magistrado.

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.³⁶

No Brasil, também houve um lapso temporal, no qual existiu a injeção de doses de autoritarismo. Isso aconteceu durante a ditadura de 1964, e, como na Europa, criou-se também uma Constituição que propunha excluir os riscos e ameaças decorrentes do fascismo. Conforme Barroso³⁷, a fase da redemocratização foi uma das causas da judicialização.

1.3 CONCEITO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política pode ser definida como um processo social no qual a área de atuação dos juízes é ampliada pelo poder constituinte ou parlamentar, de modo que a vida política, social, e econômica é “judicializada”, ou seja, é sujeita à ação judicial³⁸.

A parte estética que pode ser considerada positiva da judicialização está na oportunidade que o judiciário tem de suprir as necessidades sociais que não foram satisfeitas pelo Congresso Nacional ou pela Presidência da República.

No que se refere à parte estética, que pode ser considerada negativa, reporta-se ao fato de que uma maior atuação do Judiciário acaba expondo as dificuldades do Poder Legislativo, o que tende a prejudicar o Estado Democrático de

³⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. p. 40.

³⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. p.41.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 225-270.

Direito, pois “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, muito menos sem Congresso atuante e investido de credibilidade”³⁹.

Streck⁴⁰ aponta, relativamente, ao mencionado deslocamento de protagonismo:

A soberania do parlamento cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face do Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental.

Assim, a judicialização se enquadra em um formato que é definido pela teoria que, por sua vez, define que “questão social” não está ligada à vontade do Judiciário, porém decorre de uma série de fatores alheios à jurisdição, como ao aumento da litigiosidade, em decorrência da incapacidade do Estado em implementar os direitos contidos na Constituição⁴¹.

A judicialização é um fenômeno recente na sociedade brasileira, fazendo-se presente, em especial, a partir da promulgação da Constituição de 1988, com a refundação do Estado brasileiro, em bases democráticas. Para Barroso⁴², “a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro.”.

Com efeito, é necessário salientar que a judicialização da política perpassa, de início, pela percepção da interação de pelo menos dois elementos, quais sejam: Direito e Política, para os quais valem trazer algumas considerações.

1.4 A POLÍTICA E O DIREITO

A soberania popular é a base da política, e ao direito estão ligadas as leis, a resolução de conflitos, e os direitos fundamentais. Assim, fica claro que não se pode separar a política do direito, que, por sua vez, é “o produto do processo

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. p. 27.

⁴⁰ STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. **Revista dos Tribunais**: São Paulo. 4a edição. p.116.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 225-270.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 236.

constituente ou legislativo”⁴³. A lei é sinônimo do direito, assim considera-se a legalidade ou a ilegalidade para se recorrer à regularidade e à irregularidade. A lei é ato inicial, ato incondicional e incontestável; a decisão executiva é ato subsequente, condicionado e contestável.

Ser “produto do processo constituinte ou do processo legislativo, é também ser a vontade das maiorias. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”⁴⁴. Essa limitação é essencial devido à necessidade básica de defender o Judiciário da influência do corpo político, legislativo ou executivo.

Os magistrados são pessoas que têm valores, ideias e ideologias, essas que, inevitavelmente, influenciam suas decisões. Já os tribunais constitucionais são influenciados pela ideia de preservação – e, por vezes, de expansão – de seu próprio poder, de interação com outros poderes, de instituições ou entes estatais, de consequências de seus julgados – inclusive da perspectiva de seu efetivo cumprimento⁴⁵.

Para o autor, não há autonomia entre direito e política, não existindo “um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas”⁴⁶. O realismo jurídico é uma das teorias que segue esse pensamento, que é adotado por Carl Schmitt, que acredita que a Constituição é fruto de decisão política.

O ponto de vista frívolo que sugere um certo “ar” medíocre à ordem jurídica, ao poder político, é explanado por Bobbio, por meio da comprovação de que o Direito depende, em última instância, da força física já apontada, como nota distintiva do poder político. Porém, essa redução do Direito ao poder, puro e simples, acaba por deixar sem resposta o questionamento filosófico sobre como diferenciar uma comunidade jurídica de um grupo de criminosos – ou do que, de forma vulgar, hoje se denomina de “Estado paralelo”. “Schmitt busca na condição humana, o

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 15.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 15.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 24.

significado do político, ou seja, o elemento polêmico que une e separa os homens, seja pelo consenso seja pelo dissenso⁴⁷.

O teórico expõe que o liberalismo se baseia na proteção aos direitos individuais, assim estando a política inserida na dimensão social; ela vem em segundo plano, o que gera certa despolitização da sociedade, e, para ele, a política está presente em todos os aspectos da atividade humana.

[...] O poder de decisão exercido pelo controle do conflito político, ao ser cancelado pelo procedimento do constitucionalismo liberal, dá àquele que exerce o poder político à autoridade de definir em qual momento acaba e termina o conflito⁴⁸.

Para Barroso⁴⁹ a autonomia do direito sobre a política é relativa, pois as instituições jurídicas sempre terão alguma interferência externa, pois o direito é feito por pessoas, que, em momento algum de suas existências serão, por total, imparciais. Ao mesmo tempo, deve-se tentar separá-las, a fim de manter a essência do Estado de Direito, estabelecendo, mesmo que, de forma efêmera, determinada separação de poderes e respeito à soberania popular.

Existe uma grande diferença entre direito e política, porém a linha que divide os dois é bem tênue e não é fixa⁵⁰. A teoria jurídica tem escassa adesão à crença de que as normas jurídicas trazem sempre um sentido único, que vale para todas as situações sobre as quais incidem. Existe praticamente um consenso, na doutrina contemporânea, em relação à interpretação e à aplicação do direito que envolve elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, o papel de intérprete final é representado por juízes e tribunais, como já citado anteriormente⁵¹.

⁴⁷ LIMA, Deyvison Rodrigues. O conceito do político em Carl Schmitt. **Argumentos**, n. 5, p. 164-173, 2011, p. 167.

⁴⁸ ANJOS, Isabele Sales dos. Os limites da representação e do político: um diálogo entre os debates da judicialização da política no Brasil e o pensamento de Carl Schmidt. **Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 21, p. 46-60, maio, 2019, p. 51.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**.

⁵⁰ MENDONÇA, Eduardo Bastos de. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Luhmann propõe uma teoria social sistêmica que analisa as relações entre o sistema jurídico e o político com a ideia de melhor compreender a relevância do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas. Segundo Luhmann⁵², “sistema” significa [...] uma série de eventos relacionados um ao outro, ou de operações. No caso de seres vivos, por exemplo, esses são processos fisiológicos; no caso de sistemas psíquicos, os processos são ideias; e em termos de relações sociais, são comunicações. Os sistemas se formam ao se distinguirem em relação ao ambiente no qual esses eventos e operações ocorrem, já que assim não podem integrar suas estruturas internas”⁵³.

O sistema, assim, se diferencia do “ambiente”, e corresponde a tudo o que ultrapassar as fronteiras dele. Nesse caso, é denominado “ambiente externo” –, ou o que está fixo e fora do controle, observado da perspectiva do sistema, mas que pode ter influência no seu desempenho – que seria o “ambiente interno”⁵⁴.

Luhmann, em suas ideias e teorias, fala sobre a necessidade de organização da complexidade do mundo, manifestada em diversos sistemas, que parece ter sido uma ideia determinante para o desenvolvimento de seu projeto que é um modelo sistêmico, fundado sobre as noções de sistema, comunicação e evolução. Ou seja, Luhmann não rejeita a possibilidade de o Direito ter importância como ação política ou que, por exemplo, “uma decisão judicial preste relevantes serviços para o sistema político”⁵⁵. Entretanto, nisso não vê, ele, relação de causalidade e sim mera casualidade, condicionada pelos elementos que compõem cada sistema.

A relevante e inédita ideia de Luhmann foi “batizar” os homens com nomes de ambientes da sociedade, ao invés de seguir a tradição da sociologia, que, por sua vez, vê-los como elementos integrantes. O autor transfere a diferenciação

⁵² Luhmann nasceu em Luneburgo, na Alemanha; estudou Direito em Friburgo, de 1946 a 1949, e trabalhou como advogado administrativo em Hannover durante dez anos. Em 1962, recebeu uma bolsa de estudos em Harvard por um ano e, em 1968, foi nomeado professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até se aposentar, em 1998. Sua obra consiste em cerca de 700 publicações, traduzidas para o inglês, francês, italiano, japonês, russo, chinês, espanhol e português (BECHMANN; STEHR, 2001).

⁵³ BECHMANN, G.; STEHR, N. 2001. Niklas Luhmann. Tempo Social: **Revista de Sociologia da USP**, p. 190.

⁵⁴ MARTINELLI, D.P.; VENTURA, C.; MARTINS, T.M.; LIBONI, L.B. 2012. **Teoria geral dos sistemas**. São Paulo, Saraiva, 215 p.

⁵⁵ BECHMANN, G.; STEHR, N. 2001. Niklas Luhmann. Tempo Social: **Revista de Sociologia da USP**, p. 190.

“sujeito-objeto” para uma distinção entre sistema e ambiente⁵⁶, e isso permanece longe de implicar uma desvalorização do homem, confirmando sua relevante função na composição da sociedade em suas múltiplas facetas:

[...] dizer que os homens são o ambiente do sistema social não significa afirmar que o sistema possa manobrar ou conduzir os homens a seu bel prazer. Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o sistema não pode determinar o ambiente (do mesmo modo que a sociedade também é mais complexa do que os sistemas psíquicos e nunca é inteiramente determinada ou compreendida pelos indivíduos)⁵⁷.

A sociedade é constituída por diversos sistemas parciais, que desempenham funções específicas e são altamente diferenciados, seja em razão da comunicação própria ou de sua estrutura: “Através da diferenciação funcional dissolver-se-ia a comunhão das concepções coletivas, e em seu lugar surgiria uma solidariedade ‘orgânica’ que, tal qual um organismo, possibilitaria a conjunção das diferentes partes”⁵⁸.

A diferenciação sistêmico-funcional depende do grau de complexidade apresentado pelo sistema social, numa relação diretamente proporcional:

Por um lado, a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos⁵⁹.

Para esse autor, a evolução social não decorre de fatores ambientais ou genéticos, nem é determinada pela consciência do indivíduo ou de grupos, que, antes, lhes condicionam a agir, mas não a evoluir. Luhmann também nega qualquer concepção progressista ou teleológica da evolução – que não está ligada a qualquer

⁵⁶ Assim como o homem deixa de ser visto como o “sujeito da ação” no campo da sociologia, a sociedade deixa de ser meramente objeto de pesquisa sociológica e transforma-se em condição de possibilidade para a própria cognição social.

⁵⁷ CAMPILONGO, C.F. 2002. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 68-69.

⁵⁸ LUHMANN, N. 1983. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 252 p.

⁵⁹ NEVES, M. 2006. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo, Martins Fontes, 354 p., 2006, p. 16.

ideia, relacionada ao aperfeiçoamento da sociedade. Relativo a isso, Neves⁶⁰ observou que:

[...] a teoria sistêmica rejeita a noção ontológica do processo histórico como uma unidade na qual se desenvolve o 'espírito' até alcançar a sua forma final 'absoluta' (Hegel), ou como uma unidade em que se sucedem estádios de desenvolvimento social no sentido de superação de formas materialmente determinadas de dominação e do advento de uma sociedade de plena liberdade.

Segundo Luhmann⁶¹:

a evolução do direito está diretamente relacionada à evolução da sociedade: "Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja, são por ela incentivadas e possibilitadas".

Desse exposto, deduz-se que a sociedade moderna é um grande sistema social, composto por vários subsistemas autônomos⁶², interligados. Dentre eles o jurídico e o político. Cada um possui códigos e programas particulares, reproduzem-se por meio de suas próprias operações e estão sujeitos aos mesmos critérios de fechamento operacional e abertura cognitiva, que recaem sobre o sistema social. Assim, o conceito de sistema autorreferencial serve como guia explicativo das peculiaridades dele.

Corroborando com esse entendimento, Campilongo⁶³ afirma, quanto à teoria social sistêmica, que o Judiciário encontra condições específicas para ver, para reagir e reelaborar - a partir de seu código linguístico (esquematismo binário: direito/não-direito, legal/ilegal, permitido/ proibido, certo/errado segundo a lei) – o material e as irritações provenientes do ambiente. Ou seja: exatamente por atuar num quadrante "neutro" e legal – ou apolítico – o Judiciário pode assumir uma paradoxal função política.

⁶⁰ NEVES, M. 2006. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. p. 5.

⁶¹ LUHMANN, N. 1983. **Sociologia do Direito I**. p. 225.

⁶² Considera-se autônomo o sistema autopoietico pelo fato de ser determinado não por qualquer componente do ambiente, mas por sua própria organização, decorrente das relações entre os seus elementos. Neste aspecto, "O fato de ser autônomo indica sua condição de clausura, ou seja, ser 'fechado' diante do ponto de vista de sua organização, não havendo nem entrada (inputs) e nem saídas (outputs) para o ambiente, uma vez que os elementos interagem no e por meio dele" ABBOUD et al., 2015, p. 157.

⁶³ CAMPILONGO, C.F. 2002. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo, Max Limonad, 195 p., 2002, p. 68.

Assim, entende-se que a autonomia do sistema jurídico permite que ele processe as irritações decorrentes do ambiente, por meio de seu próprio código linguístico, estando fora da esfera política. Porém, concomitantemente, a abertura cognitiva às referências do ambiente possibilita a ressonância de elementos estranhos ao sistema em seu interior. De qualquer maneira, explicita-se que não se trata de “*inputs*”, mas de um formato exclusivo de se trabalhar essas interferências.

No Estado Democrático de Direito atual são claras as diferenças entre sistema jurídico e sistema político. A função substancial da política está relacionada a ações que envolvem a tomada de decisões coletivamente vinculantes através do uso do poder. A função do direito é proporcionar a generalização das possibilidades normativas independentemente de violação, como já explicitado anteriormente.

Na verdade, mesmo tendo autonomia operacional e diferentes funções, os sistemas jurídico e político possuem um nexo entre eles, formado pela influência que exercem, que, por sua vez, se dá pelos direitos subjetivos, que só podem ser sentenciados e impostos por meio de um poder político organizado, que toma decisões coletivamente, e, ao expor-se sob outro ângulo, tais decisões devem sua obrigatoriedade à forma jurídica, da qual se revertem, bem como à consonância de seu conteúdo à ordem normativa⁶⁴.

[...] assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa, sobretudo, uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa⁶⁵.

Assim, o sistema judiciário é um conjunto de ações, de atitudes, de atividades que formaram a história que o institucionalizou. De forma instrumental, o direito gera uma forma organizada da execução dos fins coletivos através do poder público. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais⁶⁶.

⁶⁴ CAMPILONGO, C.F. 2002. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**.

⁶⁵ NEVES, M. 2006. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. p. 92.

O autor também explica que o direito ao dispor a forma jurídica à organização política, serve à organização política, serve à constituição de um código de poder binário (superior/inferior) e, inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário (direito/não direito). Uma regra é baseada na ideia em que o entrelaçar entre os dois códigos – político e jurídico – acontece através do estabelecimento de funções recíprocas, ao lado das funções próprias de cada sistema.

Devido à institucionalização do direito, por parte do Estado, a função recíproca do poder político e a relação dele ao direito seriam o desenvolvimento de “segurança jurídica”, que permite aos destinatários das normas calcularem as consequências do comportamento próprio e alheio; enquanto que a contribuição do direito para a política seria demonstrado pelo estabelecimento dos “meios de organização da dominação política”, melhor dizendo, através das regras de competência ou daquelas que criam instituições políticas⁶⁷.

Neves cita Luhmann que abordou a distinção primária poder/não poder para ser utilizada como código. O esquema binário lícito/ilícito desempenharia, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder. Isso significa que, no Estado Democrático de Direito, todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao controle jurídico e, inversamente, o direito positivo não pode prescindir da legislação deliberada politicamente⁶⁸.

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos, especificamente jurídicos, são excluídas e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico de Estado de Direito⁶⁹.

Pelo viés ao qual segue o Sistema Jurídico a Constituição, quando institucionalizou a divisão do poder e os direitos fundamentais, assegurou as

⁶⁶ HABERMAS, J. 1997. **Direito e democracia: entre** facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, v. 1, p. 171.

⁶⁷ HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre** facticidade e validade.

⁶⁸ NEVES, M. 2006. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. p. 92.

⁶⁹ NEVES, M. 2006. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. p.98.

diferenças entre direito e política, entretanto, ao mesmo tempo, encorajou que acontecimentos se dessem como os procedimentos de decisão política, que foram conduzidos pela via do direito; permitiu que se vinculasse os procedimentos jurídicos a processos de decisão política, por força do princípio da legalidade. Sobre esse vínculo, Medeiros⁷⁰ expôs:

A relação de intimidade – por vezes, promíscua – que, no título deste estudo e em suas primeiras linhas, foi desde logo anunciada, serviu-nos não como balizas à exploração cognoscitiva, mas como manto protetor da visão científica contra as tempestades de areia que insistem em se levantar nesses prados. Para isso, partiu-se das ideias da teoria dos sistemas, com destaque para a formulada por Niklas Luhmann, com o fito de identificar, nos sistemas político e jurídico, seus códigos operativos de reprodução, suas funções e seus programas, elementos que os destacassem um do outro e dos demais sistemas. Desse modo, principiámos com a clássica ideia de Política como tudo aquilo ligado ao governo dos homens, o que, imediatamente, a aproxima – sem se a confundir – da ideia hodierna de Estado, bem como da própria noção de Poder, visto como o esforço manejado para se alcançarem determinados fins (políticos). Assim é que se destacou uma característica intrínseca ao sistema político: a exclusividade do uso da força física, condição para que a Política desempenhe, em última instância, a função de tomar decisões coletivamente vinculantes. Ademais, enunciaram-se o código binário de comunicação interna (governo/oposição) e o programa nomeadamente teleológico da Política, fazendo com que as “razões de Estado” possam ser invocadas mesmo ao arripio de preceitos oriundos de outros sistemas, com fulcro na autonomia do sistema político e em sua responsabilidade quanto aos efeitos de seus atos.

Já, a análise do Direito advém de sua necessária libertação dos parâmetros, exclusivamente políticos, para alcançar sua verdadeira autonomia – em face da distinção entre poder legítimo e ilegítimo – expressa na definição luhmanniana de Direito como a “generalização congruente de expectativas normativas”.

O sistema jurídico assume programas normativos que implementam a constituição do código direito/não-direito, para a reprodução interna de seus elementos, para tanto se prevendo normas de “atribuição de poder”, fonte de autoridade, ao lado das normas de conduta.

⁷⁰ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A política, o direito e sua interdependência: o esforço pela busca de suas autonomias. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 267-283, jul./dez. 2006, p.282.

A cada dia aumenta mais o número de questões centrais para a sociedade que são decididas no âmbito do poder político em detrimento das instâncias majoritárias. Assim, são gerados questionamentos, sobre a legitimidade do papel judicial, e dúvidas, sobre quais sugestões em relação à tomada de decisões. Como já foi explanado, inicialmente, o uso da força é quem garante o monopólio. Aparentemente, tal força não precisou ainda ser utilizada e vive-se, para controlar emoções corriqueira e, constantemente, por todos os lados.

1.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUA RELAÇÃO COM OS OUTROS PODERES

O Poder Judiciário brasileiro adentra, cada vez mais, nas causas políticas, econômicas e sociais. A judicialização da política é uma ampliação da atividade do judiciário em relação às atividades dos outros poderes. Tal termo – conforme diversas teorias consolidadas por muitos estudiosos da área – decorre da política dos EUA e tem o propósito de explicar o relevante papel dos tribunais, no que se refere a tomar decisões políticas importantes dentro de um contexto formal, que tem como base a separação dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

John Locke, em sua obra “Segundo Tratado do Governo Civil”, – através da qual são expressas ideias políticas liberais – defende o governo pelo consentimento, com poderes limitados, e divide as funções estatais em executiva, legislativa e federativa⁷¹. O autor acredita na supremacia do poder Legislativo, cuja atribuição é estabelecer leis permanentes. É “aquele que tem a competência judicial para estabelecer como a força da comunidade civil organizada deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros.⁷²”. Esses membros são submetidos a essas leis que eles próprios criaram⁷³.

Em relação ao Poder Executivo, Locke delega “a execução das leis municipais da Sociedade sobre todos que fazem parte dela”. No que se refere ao Poder Federativo, cabe à “administração da segurança e do interesse do povo e de

⁷¹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.115.

⁷² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. p.115.

⁷³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. p.115.

todos aqueles que podem trazer benefícios ou prejuízos à sociedade”⁷⁴. O teórico expõe que o Poder Federativo cuida das questões nacionais, que são as relativas à relação do Estado com os demais Estados ou governos. Locke não inclui o Poder Judiciário dentre os poderes estatais⁷⁵.

Sobre isso, Cruz e Bodnar⁷⁶ explicam:

O liberalismo, que remonta a Locke, denunciou, (ao menos desde o século XIX) o perigo representado pelas maiorias tirânicas e postulou a precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo. Em um caso os direitos humanos deveriam a sua legitimidade ao resultado da autocompreensão ética e da autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, eles deveriam construir limites legítimos do povo a usurpação das esferas de liberdades subjetivas intocáveis.

Locke previa arbitrariedades, por isso a importância da separação dos poderes para ele, que é a limitação do poder estatal e a liberdade de cada um dos indivíduos da sociedade⁷⁷. Assim, contextualiza Locke⁷⁸:

Em uma comunidade civil constituída, estabelecida em sua própria base, e atuando de acordo com sua própria natureza, ou seja, atuando pela preservação da comunidade, pode existir apenas um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos estão e devem estar subordinados; apesar disso, como o legislativo é apenas um poder fiduciário que atua para certos fins, cabe ao povo usar o poder supremo que ainda possui para remover ou alterar o legislativo.

Entende-se, assim, que a ideia da divisão dos poderes é a de que só o poder pode limitar o poder e, dessa forma, se ele é dividido entre distintas instituições, evita-se abusos e arbitrariedades⁷⁹.

Vale aqui expor o que afirma Ferraz⁸⁰:

⁷⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. p.116.

⁷⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. p.116.

⁷⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** Itajaí: UNIVALI, 2012.p. 147.

⁷⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.115/117.

⁷⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. p. 119.

⁷⁹ BIELSCHOWSKY, Raoni. **O poder judiciário na doutrina da separação de poderes**. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Revista de informação legislativa. a 49 n 195 jul/set 2012. p 270.

⁸⁰ FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21. p. 18.

A teoria clássica da divisão dos poderes construída com claro acento anti-hierarquizante e com finalidade de implodir a concepção monohierárquica do sistema político, iria garantir de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito”.

Assim, conseqüentemente, é devido citar que o papel do Poder Judiciário está relacionado com o processo evolutivo do Estado. Diante dessa evolução, a atuação de Juízes e Tribunais também sofre mutações.

A união dos tribunais constitucionais e do neoconstitucionalismo, ao contexto de um Estado de Direito, alterou a forma de se “fazer política”⁸¹. Judicialização significa que problemas relevantes, referentes ao contexto político, social ou moral estão sendo decididos pelo Poder Judiciário. Para Vallinder e Tate⁸², a judicialização da política é:

The expansion of the powers of the courts or judges at the expense of the politicians and/or the administrators refers to the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, the civil service to the courts or, at least, (2) the broadening of judicial decision-making methods beyond their traditional judicial province. In summary, judicialization essentially involves a transformation into matters subject to judicial processes”⁸³.

A judicialização da política pode ser definida como a transferência de poder que envolve a tomada de decisão de algum dos três poderes – para o judiciário. O resultado dessa prática é a expansão do Poder Judiciário que, a cada decisão, torna-se mais fortalecido em relação aos outros. A problemática em torno da judicialização é a possibilidade de a justiça passar a ter um caráter seletivo ou excludente, e a de a judicialização demandar algum controle social.

⁸¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca Da Judicialização Da Política No Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 1, n. 23, p. 117, nov. 2004, p. 115.

⁸² VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995, p. 13.

⁸³ Tradução livre: “A judicialização da política é a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes às custas dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, pelo menos, a propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora do campo judicial propriamente dito. Em suma, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial”. VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University. 1995, p. 13.

Os direitos, – quaisquer que sejam – consequentemente, resultam de reivindicações sociais feitas para se conseguir emancipações, entretanto é necessário que se dê atenção para as contradições e desentendimentos, que advém da teoria moralista, que salva sob a desculpa de destituir a corrupção, pois tais direitos podem minimizar o poder político.

As reivindicações da população é que originaram a democracia, que passou a combater a hegemonia das classes com mais poder aquisitivo. Assim, o sistema democrático delimita um regime que proporcionou liberdades sem limites no qual se permite a demonstração de valores e de comportamentos. Conforme Platão, na democracia a estabilidade social se dissolve o que gera uma fragmentação política^{84,85}. Para ele, na democracia, a população não tem capacidade de entender as teorias filosóficas e nem as ciências políticas, o que a transforma em um grupo vulnerável. A democracia implantaria o “amadorismo” na política cotidiana, o que põe em risco a ordem da cidade⁸⁶.

Aristóteles se baseia na observação da realidade e não na elaboração da criação de uma cidade que seja um modelo, ao contrário de Platão. Dessa forma, elabora uma tipologia das formas de moldes, baseando-se em levantamentos feitos em relação a 158 organizações políticas. Enquanto isso, Aristóteles busca a mais adequada sociedade política para os homens, com o propósito de familiarizar-se com seus governos, com sua natureza e com suas características próprias⁸⁷. Ele afirma serem as formas justas de governo: a monarquia, a aristocracia, e a politéia ou república⁸⁸.

Os governantes precisam respeitar as leis, considerando a razão e sem administrar a partir de pensamentos egocêntricos e egoísticos. A tirania é a

⁸⁴ PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nassetti. Martin Claret: São Paulo, 2001. p. 253/258.

⁸⁵ OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. **Revista de Estudos Filosóficos** n. 12/2014, p. 42. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

⁸⁶ OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. **Revista de Estudos Filosóficos** n. 12/2014, p. 34.

⁸⁷ PRADO, Ediano Dionísio do. Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles – dois precursores controversos da Ciência política. **Revista Sítio Novo** v.4, out./dez.2020. p.189/190. Disponível em: <https://sitionovo.ift.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

⁸⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004. p. 224.

corrupção dentro da monarquia. Na tirania, o rei considera suas próprias paixões e não se preocupa com o bem da cidade. A oligarquia é a aristocracia de uma forma equivocada, que ocorre quando o poder está com quem possui bens e governa, considerando apenas seu próprio benefício e interesses. A Democracia é a degeneração da politéia que se dá quando o poder considera o coletivo e respeita as leis^{89,90}.

Mesmo sendo chamadas por democracias ou repúblicas, considere-se que os sistemas de governo da Grécia, da Roma ou da Itália medieval não se caracterizavam da mesma forma que a moderna Democracia representativa⁹¹. Até o século XVII – a ideia de que um grupo legislativo não fosse formado pelos próprios cidadãos, mas sim por representantes eleitos, se manteve apenas na teoria⁹². O processo relativo à democratização não teve como característica a linearidade, não seguiu um caminho contínuo da história em direção à Democracia, muito ao contrário, foi construído por altos e baixos, por movimentos de resistências, e revoluções⁹³.

O contexto histórico, até dois séculos passados, não teve muitos momentos em que prevaleceu a verdadeira democracia. Até o fim da primeira guerra mundial, da população era retirado o direito de cidadania, especialmente em relação às mulheres. No Brasil, a mulher só teve direito a votar em 1932.

Conforme Dahl⁹⁴:

⁸⁹ PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020. p.197/199..

⁹⁰ PLATÃO. **A República**. p. 224/225.

⁹¹ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p.24.

⁹² DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 42/43.

⁹³ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid:Taurus, 1998. p.24.

⁹⁴ “Dou por suposto que a democracia pode ser inventada e reinventada, de modo independente onde quer que se dêem as condições adequadas. E as condições adequadas existiram, creio, em tempos diferentes e lugares diferentes. Do mesmo modo que a provisão de terra cultivável e a existência de precipitações adequadas, geralmente, favoreceram o surgimento da agricultura, aí também algumas condições propícias têm reforçado sempre o surgimento de um governo democrático. Por exemplo, devido a essas condições favoráveis, provavelmente existiu alguma forma de democracia nos governos tribais, muito antes do período histórico documentado”. (tradução livre). DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 15.

I assume that democracy can be invented and reinvented independently wherever the appropriate conditions are present. And these suitable conditions have existed, I believe, in different times and places. Just as the availability of arable land and sufficient rainfall have generally favored the emergence of agriculture, certain conducive conditions have also consistently promoted the emergence of democratic governance. For instance, due to these favorable conditions, some form of democracy likely existed in tribal governments long before the documented historical period.

Após a queda da república romana e instituição do império, por volta do ano 44 a.C, a Democracia desapareceu por cerca de mil anos, mal sobrevivendo, teoricamente, na memória de poucos⁹⁵. A Democracia só surge, outra vez, quando já estavam disponíveis as condições adequadas, sem considerar lugar ou época específica⁹⁶. Daí, o início para o ideal democrático é baseado no plano que exalta a soberania popular. A política passa a ser produto da vontade humana⁹⁷.

Na obra *Do Contrato Social*, Jean-Jacques Rousseau tem o propósito de “investigar se na ordem civil pode haver alguma regra de administração legítima e segura”.⁹⁸ O autor de Genebra procura uma forma de governo que coloque a lei acima do homem. Hobbes e Locke já haviam proposto a explicação contratual da passagem do estado de natureza para o estado social. Rousseau, após retomar essa assertiva, irá agregar que a liberdade e a igualdade, existentes no estado de natureza, deverão ser reencontradas no contrato social, mas transformadas, tendo sofrido “uma espécie de modificação química, ‘desnaturadas’”.⁹⁹

Para Rousseau, é ilegítimo o uso da força e legítimas são as relações voluntárias “que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens”¹⁰⁰. Assim, analisa o autor a possibilidade de existir uma associação que considere a liberdade e a igualdade, que os homens já haviam possuído no estado de natureza,

⁹⁵ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. p. 8.

⁹⁶ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.197. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁹⁷ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl.

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 23.

⁹⁹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradução: Lydia Cristina. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 164.

¹⁰⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 26.

já que “renunciar a própria liberdade é renunciar a qualidade de homem, os direitos da humanidade.”¹⁰¹.

O contrário do que pensa Hobbes, o homem é inerentemente bom, entretanto, ele é influenciável e pode ser alienado, transformando-se em tirano ou em escravo. Estabelecer contratos de cunho social é pressuposto legítimo para os grupos viverem conforme a liberdade humana^{102,103}. O contrato social só é legítimo quando advém de um acordo que seja baseado na unanimidade¹⁰⁴, ou seja: só pode existir quando há comum acordo entre os participantes, e um representante (ou mais) deles^{105,106}.

Rousseau afirma que os requisitos da soberania advêm do que é contratado originalmente e do que se retira da definição de soberania. O soberano – estabelecido por acordo social, é o povo. A soberania – poder do corpo político sobre todos os seus participantes – pode ser confundida com a vontade da maioria, tendo sempre, essa, como objetivo, o bem comum. O autor ressalta que cada um dos participantes “contrata” consigo mesmo e acha-se de duas maneiras dedicado: como membro do soberano com os particulares, e como membro do Estado como soberano, que, por sua vez, é formado apenas pelos particulares que o compõem, não há em seus fundamentos interesses contraditórios^{107,108}.

O autor explicita ainda a diferença entre o soberano e o governo, e subordina a esta distinção a legitimidade do poder. O Estado só é, legitimamente, constituído quando nele o povo está incorporado, e, soberanamente, exerce – de forma direta – o Poder Legislativo. Assim, o Legislativo é do povo e “não pode pertencer s não a ele”. O Poder Executivo “não pode pertencer à generalidade como

¹⁰¹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 164.

¹⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 12-13.

¹⁰³ “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p.31.

¹⁰⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**.. p. 101.

¹⁰⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 166.

¹⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: p. 33.

¹⁰⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 177.

¹⁰⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 33.

legisladora e soberana, por que esse poder só consiste em atos particulares, que não competem à lei, nem ao soberano, cujos atos não podem ser senão leis”¹⁰⁹. O soberano deseja – ele é o exercício da vontade geral que determina o ato – e o governo age, executando, por atos particulares, o ato geral^{110,111}. Jean-Jacques é absolutamente contrário ao regime representativo e defende o voto direto das leis nas assembleias^{112,113}.

O desejo geral apesar de estar sempre correto e tendencioso a apoiar a utilidade pública, essa vontade geral não será sempre necessariamente unânime. Existem diferenças entre a vontade de todos e a vontade geral, visto que esta tem por escopo o bem comum, e, aquela propõe apenas a adição de interesses particulares. Para esclarecer e propagar a exata declaração da vontade geral, é preciso a ausência das sociedades parciais no Estado, da mesma forma como os cidadãos – cada um deles – devem expor seu posicionamento¹¹⁴.

As assembleias servem para que a vontade geral seja – através delas – manifestadas, considerando que o soberano só se manifesta também pela assembleia do povo, que objetiva manter o pacto social e, no momento em que é aberta a assembleia, dissipa-se todo o poder do governo, já que ‘onde se acha o representado, não há mais representante’¹¹⁵.

Disseminar a desigualdade pode desestabilizar o Estado e “nunca o soberano tem o direito de onerar mais a um que a outro cidadão”. O que é socialmente estabelecido entre os cidadãos é a igualdade, já que todos se submetem “debaixo das mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos.

¹⁰⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 63.

¹¹⁰ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 180.

¹¹¹ “O princípio da vida política está na autoridade do soberano: o poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo o cérebro que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia, e o indivíduo continua a viver. Um homem fica imbecil e vive; mas, apenas cessam as funções do coração, o animal expira. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 87.

¹¹² CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p.171.

¹¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 39-40.

¹¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 40/42.

¹¹⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 186-187.

Assim, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos.”^{116,117}. Rousseau explicita que o maior bem de todos pode ser resumido por dois objetos principais: a liberdade e a igualdade¹¹⁸. Estabelece ainda que, quando o soberano atribui o governo a todo o povo ou a sua maioria, tem-se a Democracia; a uma minoria tem-se a aristocracia; a um único magistrado, de quem todos os outros recebem seu poder, tem-se a monarquia ou o governo real^{119,120}.

Rousseau denomina como república “todo Estado regido por leis, qualquer que seja a forma de sua administração, porque então só o interesse público governa, e a coisa pública passa a representar algo”¹²¹. O Contrato Social não admite o governo democrático representativo, ele está seguindo a visão tradicional existente até então¹²². Nele, Rousseau demonstra que a Democracia só aconteceria em Estados bem pequenos,¹²³ nos quais o povo se reúna facilmente e conheça todos os demais cidadãos. Necessário seria, também, uma grande simplicidade nos costumes. Só “se houvesse um governo de deuses, seria ele governado democraticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo”¹²⁴. A Democracia – por Rousseau – passa a ser ligada à soberania popular e é erguida, como bandeira, a queda de regimes com base na hereditariedade e no direito divino¹²⁵.

Conforme Jean-Jacques Chevallier¹²⁶:

Sobre as ruínas do absolutismo monárquico, condenado em espírito, Rousseau quis erigir, lembrando-se de Genebra, uma soberania sem

¹¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 44-45.

¹¹⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 169.

¹¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 58.

¹¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 69-70.

¹²⁰ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 181.

¹²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 48.

¹²² DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 42-43.

¹²³ Para Rousseau, quanto mais se amplia um Estado mais diminui a liberdade. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 65.

¹²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 71-72.

¹²⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p.174.

¹²⁶ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p.174

perigo para os governados e, apesar disso, tão augusta, majestosa e exigente quanto a soberania de um só, segundo Bodin, Hobbes e Bosset. Soberania do Povo, isto é, dos cidadãos em conjunto, soberania inteiramente abstrata, em substituição à soberania concreta de um Luís XIV, usurpada sobre a de Deus! Soberania que opõe a *O Estado sou eu*, do monarca absoluto, *O Estado somos nós*, dos governados em conjunto.

Os ideias do Contrato Social penetraram nos espíritos cultos e influenciaram os mais diversos campos. Seus princípios de liberdade e igualdade política constituíram parte do substrato teórico dos setores mais radicais da Revolução Francesa. A guerra na América e a implementação da República americana também propagaram as ideias de Rousseau. Essas referências eram as da unidade do Estado, da soberania do povo, da lei, como da expressão da vontade geral. E inspiraram, ainda os constituintes de 1789 – em paralelo com o trabalho de Montesquieu e de Syès¹²⁷. A contribuição teórica de Rousseau influencia as Democracias modernas e são um poderoso substrato intelectual na luta pela liberdade e igualdade.

Lenhard¹²⁸ delimita o processo de judicialização como a oportunidade de expansão da função judicial, mediante o fortalecimento do Estado Social. A presença dos juízes e tribunais se amplia por meio da revisão judicial de ações legislativas e executivas, e da expansão do uso de procedimentos judiciais em outros meios, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, no Legislativo. Barroso¹²⁹ propõe a análise:

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

O Poder Judiciário passou a assumir papéis que deveriam ser do Legislativo, realizando o que não fora feito conforme as atribuições formais estabelecidas. Entende-se, nesse sentido “que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do

¹²⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. p. 194.

¹²⁸ LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da política e divisão de poderes no Estado Democrático de Direito: a Jurisdição Constitucional como quarto poder**. 2006. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. p.6.

órgão jurisdicional.”¹³⁰. Lenio Streck pontifica que “a nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição, enquanto norma diretiva fundamental”¹³¹.

Couto e Oliveira¹³² afirmam que existe uma larga e crescente utilização do sistema de justiça, mesmo não sendo com o intuito de resolver temas políticos, mas para discutir ou questionar os prováveis lapsos ou omissões dos outros poderes. Taylor e Ros¹³³, também têm a mesma opinião sobre o ato de judicializar:

[...] lhes propiciam retardar ou impedir completamente a implementação de políticas públicas, ou desmerecê-las, ou ainda declarar sua oposição a elas.” Ainda que enquanto hipóteses levantadas, os autores encontram razão quando afirmam que “esses quatro objetivos táticos (retardar, impedir, desmerecer, declarar) podem ser perseguidos tendo por base sólidos preceitos legais (a forte crença de que uma lei é inconstitucional, por exemplo) e também puros fundamentos estratégicos (por exemplo, um esforço para se recorrer da decisão política apesar do claro reconhecimento de que esse mesmo recurso não tenha qualquer base jurídica).

O contexto político já foi espaço de atuação só do Poder Legislativo e do Poder Executivo, entretanto o Poder Judiciário ignorou as limitações quando passou a atuar nele. “Um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo”¹³⁴.

A expansão judicial é um acontecimento mundial, considerando o registro em obras desde a década de 1990¹³⁵; fruto da conjugação de motivos diversos, alcançando, inclusive, também, países que – normalmente – adotam o modelo

¹³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

¹³¹ STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. **Revista dos Tribunais**: São Paulo. 4 ed. p.114.

¹³² COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Politização da Justiça: atores judiciais têm agendas próprias? **Cadernos Adenauer**, [Online], v. XX, n. 1, 2019, p. 140.

¹³³ TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano Da. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Scielo Brasil, [S. l.], p. 1-15, 16 fev. 2008, p. 827. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/ybwh5kBrjcBWkX8mVqgzR4r/?lang=pt>. A-90/pcesso em: 7 set. 2021.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 23.

¹³⁵ Ver a esse respeito a obra: TATE, C. Neal e Torbjörn, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

inglês de relativa soberania parlamentar, a denominada Democracia ao estilo *Westminster*. Diversos exemplos denotam a fluidez da fronteira, entre política e justiça, e nem sempre sendo transparente a divisão entre criação e aplicação do direito¹³⁶.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 44-45.

CAPÍTULO 2

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO UM PROBLEMA CONTEMPORÂNEO

Neste capítulo será tratado acerca da judicialização da política como um problema atual da sociedade, de modo a evidenciar o processo de expansão do Poder Judiciário, sendo responsável por atingir as questões políticas centrais da sociedade, que são maneiras de alterar os papéis desempenhados pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

2.1 O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE E DAS DEMANDAS POR JUSTIÇA

A Constituição Federal Brasileira de 1988 “afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e institui mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente”¹³⁷.

O novo texto trouxe de volta aos magistrados as suas garantias e alargou a atuação do Ministério Público, atribuindo a ele a proteção da ordem jurídica, e criou a Defensoria Pública. O judiciário passou a ocupar uma posição cujo papel era político, em defesa do Estado Democrático de Direito e da sociedade¹³⁸.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 traz diversos direitos, individuais ou coletivos, de forma abrangente e ampla; o acesso à informação é um deles. Teóricos discutem em relação a um suposto excessivo número de direitos fundamentais, mas foi o alvo dessas discussões que aumentou a demanda por justiça pela parte da sociedade.

Outro causador da judicialização – para Barroso – foi a abrangência da constitucionalização, já que muitos assuntos passaram a ser previstos de forma

¹³⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Scielo Brasil, São Paulo. vol. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 24.

direta na Constituição, porém de forma abstrata, o que demandou interpretações por parte do tribunal constitucional.

[...] constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.¹³⁹

O formato que molda o controle de constitucionalidade no Brasil é do tipo híbrido, que trata da mescla entre o europeu e o norte-americano (constitucionalidade concentrada e constitucionalidade difusa, respectivamente); o judiciário retifica decisões, julga leis inconstitucionais ou deixa de aplicá-las.

Ainda autoriza que matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. Deduz-se, assim, que a redemocratização, a constitucionalização do direito, de forma abrangente, o rol de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e o molde híbrido de controle de constitucionalidade fortaleceram e promoveram a independência do Judiciário¹⁴⁰.

Um Estado Democrático de Direito foi estabelecido no Brasil, com um Tribunal Constitucional independente do Poder Executivo. “A história do STF brasileiro está repleta de exemplos que comprovam a impossibilidade de existir um processo de expansão do poder judicial em países autoritários¹⁴¹.

A separação dos poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Brasileira, é um fator que facilita a judicialização da política. A independência dos poderes explicita que o cargo de um indivíduo, em um determinado órgão do governo,

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 24.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017.

¹⁴¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 1, n. 23, nov. 2004, p. 117.

independe da confiança e da vontade de outros órgãos, já que eles são livres e devem apenas observar as disposições constitucionais¹⁴².

Porém, quando se fala em harmonia entre os poderes quer se falar em cortesia, essa que se resume ao tratamento recíproco que precisa existir entre eles, e no respeito às prerrogativas e faculdades a que, mutuamente, todos têm direito. Silva expõe também não serem absolutas a independência e a separação entre os poderes. Existe o sistema de freios e contrapesos que tem o papel de equilibrar – dentro do necessário – a realização do bem da coletividade. Explica Silva¹⁴³:

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

A política de direitos fundamentais é também um dos fatores que facilita a existência da judicialização da política. Mesmo havendo uma declaração formal de direitos, é direito das minorias que suas vontades sejam aplicadas contra a vontade das maiorias.

A Constituição Federal de 1988 traz muitos direitos fundamentais que devem ser protegidos, além disso, permite uma maior participação social e política da população. Assim, com a inserção de direitos na Constituição, eles são aplicados sem depender da vontade do legislador. Essa efetivação dos direitos adentra na esfera judicial, já que o Poder Executivo não alcança efetivá-los.

Tribunais ultrapassam seus limites, sustentados na argumentação dos defensores da judicialização da política, que é baseada na defesa dos direitos fundamentais, no intuito de defender o desejo das maiorias.

Outro promotor da expansão da judicialização da política é o uso dos tribunais por grupos de interesse, que os utilizam com o propósito de realizar seus objetivos, já que as cortes são o meio mais fácil, pois esses grupos representam – na maioria das vezes – minorias que não conseguiriam se inserir no âmbito do congresso nacional.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25..

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. p. 110.

Assim, a judicialização surgiu por influência de fatores econômicos e sociais. A obra *Dezessete Anos de Judicialização da Política*, escrita por Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, demonstra que, a cada ano, aumenta a utilização do Supremo Tribunal Federal por parte dos grupos de interesses.

A pesquisa feita, para a elaboração desta obra, chegou às informações e a fatos, afirmando que grupos como a Ordem dos Advogados do Brasil e as Associações Cívicas, entre 1988 e 2005, usaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIS), 140 e 907 vezes, cada um, respectivamente. “Esse dado parece confirmar a hipótese apresentada em um trabalho anterior, que indica que a sociedade civil organizada vinha sendo uma das principais protagonistas da animação da judicialização da política [...]”¹⁴⁴.

Dentro desse mesmo formato, a oposição ao governo também usa as cortes para alcançar seus propósitos. “Os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo para inviabilizar as alterações em curso”¹⁴⁵. Durante o período que aconteceu a pandemia, a oposição foi um dos grandes impulsionadores da judicialização.

Mais um fator que promove a impulsão da judicialização da política é a ausência de efetividade e de eficácia, por parte das instituições majoritárias, em resolver, dirimir, atender às demandas da população. O leque exorbitante de direitos da Constituição Federal de 1988 não são utilizados na prática, fora a chance de participação política e social; o que eleva a demanda social do povo. Todavia, o Estado não alcança todos esses embates e imposições que existem no contexto social, o que acaba por deixar vazios no sistema, já que não há condições fáticas para que todas as necessidades dos indivíduos sejam resolvidas, na forma correta.

Considerando que o Brasil possui uma população de 211 milhões de pessoas (dado de 2019),¹⁴⁶ em um território que mede mais de 8 milhões,

¹⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 71.

¹⁴⁵ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 1, n. 23, nov. 2004, p. 119.

distribuídos em 26 estados e o DF, pode-se ver a grandiosidade da nação e justificar a ineficiência dos serviços públicos.

Diante de diversas dificuldades, o cidadão procura, no Poder Judiciário solucionar seus problemas, já que no ambiente político não consegue resolvê-los. A utilização dos serviços de saúde, por parte da população, gera problemas, e por isso é um bom exemplo, já que, anualmente, milhões de processos, solicitando algo relacionado ao direito à saúde, são protocolados nas varas e tribunais.

Outra questão relevante que ajudou a promover a judicialização da política foi a crise de representação no executivo e legislativo. Os políticos cada vez mais foram desacreditados, principalmente pelo fato de, diariamente, serem propagadas reportagens e notícias sobre ações e atividades que envolvem corrupção. Conforme Beraldo¹⁴⁷, o nível de desconfiança nos partidos políticos era de oito a cada dez brasileiros. O resultado disso é que, cada vez mais, são desacreditados o executivo e o legislativo.

[...] Um misto de ceticismo, indiferença, insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam desinteresse geral. Em países em que o voto é obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares.¹⁴⁸

Tudo isso só fortalece o Judiciário, acompanhado do fortalecimento da judicialização da política, que tem a liberdade para ser cada vez “mais representativo dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”¹⁴⁹.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA REALIDADE BRASILEIRA

¹⁴⁶ Brasil atinge 211,8 milhões de habitantes, diz IBGE. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/27/brasil-atinge-2117-milhoes-de-habitantes-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹⁴⁷ BERALDO, Paulo. **Descrédito nos partidos atinge 8 em 10 brasileiros**. p. 52.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. p. 52.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. p. 53.

Para Barroso¹⁵⁰ as causas da judicialização no Brasil seriam a redemocratização do país, marcada pela promulgação da Constituição de 1988; A constitucionalização de matérias antes restritas aos Poderes Executivo e Legislativo; O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, caracterizado por sua grande abrangência, relativo à questão democrática, fato que seus membros são privados da proximidade e aplicação do princípio da neutralidade e da imparcialidade, o que significa que o Poder Judiciário atua como legislador positivo ou negativo.

O Judiciário tem sido personagem principal em casos de considerável repercussão política, o que parece ser um risco para a democracia. Problemas em relação à representatividade, à legitimidade e à funcionalidade no âmbito do Legislativo têm fortalecido a expansão do Judiciário, em nome da Constituição, com a pronúncia de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral¹⁵¹.

Para Rosa Júnior¹⁵² ao tratar de situação que não é, oficialmente, sua atribuição, um magistrado está inibindo o acesso aos direitos pelas vias administrativas. Assim, ele para de atuar na função de fiscalizador dos atos dos demais Poderes. A implementação do Estado Social exercida pelo Judiciário é a judicialização da política que, ao ser praticada, politiza o próprio Judiciário. Isto é, elimina a prática da democracia. O entendimento contrário sinaliza a existência da legitimidade contramajoritária, baseando-se no fundamento jurídico:

decorrente da própria constituição que lhe atribui este poder. Logo, ao interpretarem e fazerem valer as cláusulas abertas e princípios constitucionais, os juízes e tribunais estão, em verdade, garantindo a vontade soberana do povo, que em assembleia nacional constituinte assim lhes determinou.¹⁵³

Juízes e membros dos tribunais não são lançados por meio da vontade popular. Assim, quando invalidam posicionamentos do Legislativo ou do Executivo,

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 27.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 9.

¹⁵² ROSA JÚNIOR, Faustino da Rosa. **O problema da judicialização da política e da politização do Judiciário no Sistema Constitucional brasileiro**. 2008. Disponível em: Acesso em: 22 maio 2012.

¹⁵³ ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. 2011, p.12. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em: 7 maio 2022.

ou quando lhes determina ações, eles ultrapassam limites e desempenham um papel político. O fato de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos, eleitos, gera o que foi batizado de contramajoritária.

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contra majoritária em nosso sistema. [...] [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. [...] O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.¹⁵⁴

O Judiciário, historicamente, recebe críticas de viés político que reclamam e questionam sua legitimidade democrática, e as suposições que são feitas em relação à sua maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais¹⁵⁵. Dentro do contexto ideológico também existem críticas relacionadas a uma ideia que consiste em o Judiciário ser uma instância conservadora da divisão de poder e riqueza, dentro da sociedade.

As relações entre o sistema judicial e o sistema político passam por um momento de tensão sem precedentes, cuja natureza é possível resumir em uma frase: a judicialização da política conduz à politização da justiça. Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política¹⁵⁶. A tensão entre jurisdição e legislação é, pois, sobreposta com a tensão entre direito e política.

Considera-se que o Poder Executivo e Legislativo não consegue perfectibilizar as promessas que preconizam nos pleitos eleitorais. Uma grande parte dos representantes eleitos atuam de forma deficitária, sempre a um passo atrás, relativamente, aos anseios e necessidades da Sociedade¹⁵⁷.

¹⁵⁴ BICKEL, A. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. 1986.

¹⁵⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006.

¹⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 2ª edição. p.16.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. **Revista dos Tribunais**. p.114.

Conforme Pedro Manoel Abreu, a expansão de forma global do Poder Judiciário, caracterizada pela judicialização da política, pela desneutralização e pelo Ativismo Judicial, funde-se em um processo afirmativo do Judiciário, de abrangência mundial, que abarca tanto os sistemas do *common law* como os de *civil law*. Assuntos, até então circunscritos à arena política, passaram a ser tratados na seara judicial. Fala-se, então, “*em governo de juízes, judicialismo, judicialização, judiciocracia, ativismo judicial, juridicização do fato político*”, juristocracia, entre outros termos, que retratam essa expansão do Poder Judiciário, fenômeno apontado como um dos mais notórios fatos políticos da atualidade.”¹⁵⁸.

Conforme afirma Rodrigo Brandão¹⁵⁹:

A judicialização da política consiste no processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma e ações judiciais.

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. O ativismo é uma atitude, a escolha de um modo característico e proativo de interpretar a Constituição. Normalmente, ele se instala – e esse é o caso do Brasil – em situações de encolhimento do Poder Legislativo, quando há certa desconexão entre a classe política e a sociedade civil, que impede que certas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes¹⁶⁰.

Uma grande diversidade de teóricos da política constitucional acredita que existe uma relevante correlação entre a disseminação da Democracia e a expansão

¹⁵⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 270.

¹⁵⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.22/23.

¹⁶⁰ Por seu turno, para Barroso, tem-se por Judicialização o fenômeno pelo qual a tomada de decisões relevantes do ponto de vista jurídico, moral e político é incumbida ao Poder Judiciário. Trata-se da transferência de poder para as instituições judiciais de matérias que, via de regra, eram decididas pelas instâncias políticas ordinárias, ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 5ª edição. p. 43.

global do Poder Judiciário¹⁶¹. De fato, um dos pressupostos para o desenvolvimento da Judicialização da Política consiste em um relativo aprofundamento da Democracia, já que não é possível compatibilizar governos autocráticos com a expansão do Poder Judiciário. É complicado pensar, a princípio, que um ditador autorize que suas decisões passem por reformas por parte pelo Poder Judiciário, que se judicialize a política ou que o Poder Judiciário adote postura de cunho ativista. É possível dizer que a Democracia consiste, pois, em um pressuposto para que ocorra a Judicialização¹⁶².

As principais razões da expansão global do Poder Judiciário, tradicionalmente, são divididas nas teorias conceitualista e funcionalista. A primeira teoria aduz que a expansão do Poder Judiciário decorre da ampla positivação dos Direitos Fundamentais, no seio das Constituições e nos Tratados Internacionais, principalmente a partir da segunda guerra mundial. Imbricada a essa teoria, está a concepção de Democracia Constitucional - que pressupõe a efetivação dos Direitos Fundamentais e a proteção das minorias – e não a mera aplicação da regra da maioria. Além disso, a teoria conceitualista vislumbra a Judicialização como importante instrumento de limitação de poder em um Estado amplo¹⁶³.

No contexto jurídico-político do Brasil, o Judiciário vem ocupando um espaço de destaque, quando o exercício da jurisdição assume o centro do debate mundial¹⁶⁴. Sobre isso, explana Vilhena¹⁶⁵:

O STF está hoje no centro do sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando autoridade de intérprete da constituição com exercício do poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos. [...] A cada *habeas corpus* polêmico o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo,

¹⁶¹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.75/76.

¹⁶² BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJP. p.128/129.

¹⁶³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. p.86.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. p.87.

¹⁶⁵ VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de direito FGV**. n. 8. p. 441/442.

acompanhado por milhões de pessoas pela 'Tv Justiça', um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito”.

Para Barroso, a Judicialização decorre de várias causas, algumas caracteristicamente mundiais e outras, adequadamente, brasileiras. A redemocratização do Brasil que findou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, – por sua vez – garantiu ao Poder Judiciário a sua independência e as suas garantias, o que fez valer as leis e a Constituição¹⁶⁶.

Outra causa se refere à importância de um Poder Judiciário forte e independente para o exercício da Democracia moderna. Entre os motivos dessa crescente busca pelo Judiciário está no fato de que a Sociedade Civil, claramente, depois da Constituição de 1988, tornou-se mais conhecedora de seus direitos e da sua cidadania¹⁶⁷. Mais uma das causas é ligada a um grande descrédito com a política majoritária, já que há grave crise de legitimidade dos participantes dos poderes representativos¹⁶⁸.

A quarta causa é relacionada à preferência que existe em relação às decisões do Judiciário, no que diz respeito a questões, cujos contextos apresentam desacordo moral considerável. No que diz respeito a casos polêmicos e que demandam tempo, o Executivo e o Legislativo podem deixar o Poder Judiciário atuar.

Assuntos que ainda não têm consenso dentro da sociedade são atribuídos ao Poder Judiciário, com a intenção de que seus custos políticos não sejam suportados pelos poderes que são legitimados pelo voto popular, já que assim são excluídos desentendimentos entre políticos e eleitores¹⁶⁹. Barroso cita ainda uma

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v.5, n 1, 2012, p. 23. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.23.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 439.

¹⁶⁹ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF. p. 72. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 439. “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os

quinta causa que contribui no processo de promoção da Judicialização no Brasil, a adoção de um modelo de Constituição analítica e abrangente, que promoveu diversas matérias que, até então, eram deliberadas para o processo político majoritário. Para ele, constitucionalizar uma matéria é transformar política em direito, conforme determinada questão é disciplinada, constitucionalmente, transmuda-se, em uma pretensão jurídica que pode ser judicializada¹⁷⁰.

Barroso também trata de uma sexta causa que dá poder à Judicialização, que é o fato de o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ser híbrido, o que o faz um dos mais abrangentes do mundo. Inspirado no sistema norte-americano, Rui Barbosa trouxe ao Brasil o sistema de controle de constitucionalidade difuso, por meio do qual qualquer Juiz ou Tribunal pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei que colida com a Constituição Federal¹⁷¹.

Porém, pelo modelo Europeu, foi incorporado ao arcabouço de controle de constitucionalidade, no Brasil, o sistema concentrado, permitindo que algumas matérias sejam encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal. O sistema constitucional brasileiro de 1988, ao acatar as particularidades dos Direitos Fundamentais e ao fortalecer o Poder Judiciário e o Ministério Público, estimulou a Judicialização da Política¹⁷².

tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de 'redirecionamento de culpa' é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então ta delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de 'abacaxis' políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse". HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.165.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

¹⁷¹ No tocante às leis municipais ou estaduais o parâmetro de confronto pode ser, também, as Constituições Estaduais. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 440.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 24-25.

Matérias interpretativas corroboram com a ideia de que não basta apenas que elas sejam apresentadas ao Judiciário; é necessário que os Juízes aceitem o encargo, que acreditem o encargo, que considerem ser função do Poder Judiciário a resolução dos litígios disponibilizados em favor da política ordinária. Isso denota o ativismo do Poder Judiciário e o respectivo afastamento da autocontenção e da deferência ao Legislador¹⁷³. Campilongo¹⁷⁴ questiona a existência de uma via de mão dupla, nas relações entre o cidadão e o judiciário, porque os indivíduos confiam nos Tribunais mais do que confiam nos demais poderes.

A judicialização política se confunde com ativismo judicial. Campos¹⁷⁵ explica sobre essa confusão que a judicialização “cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial”. É com a judicialização que o ativismo judicial tem liberdade e oportunidade para se desenvolver. Enquanto a judicialização é um ato que parte dos cidadãos em relação ao Judiciário, o ativismo judicial é uma resposta dos magistrados para quaisquer demandas políticas.

O ativismo judicial é uma reação à judicialização da política; é uma tentativa da sociedade de reaver os deslizes do Legislativo e do Executivo, quando solicita uma resposta do judiciário para equívocos que, por vezes, os desviam de suas funções. Existem três questões a serem, principalmente, consideradas em relação ao ativismo judicial e em relação à judicialização da política: a falta de credibilidade das esferas políticas do país, a instabilidade da atividade legislativa nacional e a morosidade do executivo e legislativo em desempenhar suas atividades¹⁷⁶. Barroso entende Ativismo Judicial como a participação mais enfática e ampla do Poder Judiciário, dentro do contexto da concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de ação dos outros poderes¹⁷⁷.

¹⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.107.

¹⁷⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. **Revista da Usp**, v.21 1994. p.121.

¹⁷⁵ CAMPOS, Carlos. Alexandre de. A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Curitiba: Grupo GEN, 2014, p. 154.

¹⁷⁶ RAMOS, Elival. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 284.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 442.

Assim, é fato que é imprescindível e indispensável analisar quais as razões que levam à judicialização da política e ao ativismo judicial; a primeira é as lacunas existentes na legislação. Diniz expõe: “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”¹⁷⁸.

Por muitos motivos o legislador pode deixar a lei em aberto. Bobbio explica que existem dois tipos de lacunas: as próprias e as impróprias. A primeira refere-se à falta de norma sobre determinado fato, já, a outra, à necessidade de complemento legislativo - que pode se dar por interpretação do magistrado ou por lei complementar¹⁷⁹.

Ferreira¹⁸⁰ explica:

A Assembleia Constituinte de 1988 deu ao Poder Judiciário matéria-prima que lhe permite adentrar em questões morais que no mais das vezes residem no campo das opções políticas e legislativas da sociedade, ou que deveriam ser desenvolvidas em um processo de amadurecimento com ampla participação dos atores sociais.

Ferreira explicita existir grande capacidade de expansão do ativismo judicial, pois, de um lado, o sistema de controle de constitucionalidade “permite ampla margem de atuação”, e, do outro, os magistrados devem pautar suas decisões apenas no que está positivado na lei. Unidos a isso, estão à disposição cláusulas abertas e princípios constitucionais, que ampliam ainda mais as possibilidades de interpretação¹⁸¹.

Ramos esclarece – a partir de outros aspectos brasileiros que impulsionam o ativismo judicial - citando como exemplo, a incompatibilidade dos direitos e “condições socioeconômicas” garantidas e objetivadas pela Carta Magna frente à realidade da população brasileira. Assim seja, a prática ativista busca trazer para a realidade as condições que a Constituição estabeleceu.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 70.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Cap. 4. p.144.

¹⁸⁰ FERREIRA, Eber M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Orientador: Rubens Beçak. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.p. 67.

¹⁸¹ FERREIRA, Eber M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**.. 69.

A doutrina de Ramos argumenta com Konrad Hesse: “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”¹⁸². Não só como foi moldado no Brasil, mas também como se estabeleceu socioeconomicamente, são condições que coadunam para uma crise institucional entre os poderes, e, principalmente, para a demora do Legislativo e do Executivo na efetivação de normas constitucionais, seja quanto a exercer seus papéis, promovendo políticas públicas ou regulamentando normas anteriormente positivadas pela Carta Magna.

Segundo Streck¹⁸³, a real diferenciação entre ativismo judicial e judicialização consiste na ideia que segue:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).

O ativismo é uma forma de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la, e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige¹⁸⁴.

Para Barroso, nas atuações do Ativismo Judicial estão incluídas: aplicação direta da Constituição em hipóteses não contempladas de forma explícita no texto constitucional, independentemente das sobreposições do Legislador ordinário. Esse foi exemplo de caso no Brasil, relativo à imposição de fidelidade partidária e exclusão do nepotismo; de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, calcada em pressupostos menos rígidos que os de ultraje direto e ostensivo à Constituição, do jeito que são exemplos as decisões relativas à verticalização de coligações partidárias e à cláusula de barreira.

¹⁸² RAMOS, Elival. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 288.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b, p. 651.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451.

Exigência de condutas ou de abstenções ao poder público, mormente em matéria de políticas públicas, como é o caso das decisões sobre o direito à saúde, à greve no serviço público, criação de municípios e reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro. São opções distantes das funções judiciais típicas e aproximam o Poder Judiciário da função de criação do próprio direito, como legislador positivo¹⁸⁵.

Por outro viés, na atuação autocontida, os Juízes: evitam a aplicação direta da Constituição, a hipóteses não expressamente contempladas no texto constitucional, aguardando o preenchimento da lacuna pelo legislador ordinário; são deferentes ao legislador ordinário e contidos no controle de constitucionalidade; usam regras rígidas para declaração de inconstitucionalidade de lei e atos normativos; tentam evitar interferência em políticas públicas¹⁸⁶.

O ativismo será medido de acordo com a frequência que o Judiciário não valida normas e atos normativos do Legislativo e do Executivo, assim, conforme a regularidade que o Judiciário toma a decisão da “mão dos eleitores”. Também é ativista o posicionamento que acoberta omissões dos demais poderes, citando os exemplos da concretização de políticas públicas, da mesma forma como regulamentação das regras do jogo democrático¹⁸⁷.

O ativismo judicial pode ser um problema já que envolve a imposição da vontade do Juiz, e, também, pode ser uma solução para os problemas relativos à qualquer realização de ato ou de ação relativa ao exercício da democracia. Nesta segunda possibilidade, o que traz danos é a inércia – a omissão – dos demais poderes (Executivo e Legislativo), já que quando esses não fortalecem as necessidades do Texto Magno, demonstrando não só motivos para as tomadas de decisões ativistas, mas também apresentando uma alegação fundamentada.

Para Vieira, isso é ignorar e minimizar a ineficiência do Legislativo, quando ele não cumpre “as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 49..

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 26..

¹⁸⁷ VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso**: a judicialização da política e o ativismo judicial. Estação Científica. Juiz de fora: Ed. Especial de Direito. V 01. n 04, p. 48.

democrático”. Para reparar essa ineficiência, os cidadãos acabam por recorrer ao judiciário com a ideia de que esse pode e deve proteger a Constituição¹⁸⁸

Diversos autores do direito citam os obstáculos e as dificuldades em definir posições ativistas. A comunidade acadêmica se divide entre os críticos ao ativismo e os que o defendem¹⁸⁹. Dentre esses, uns se posicionam, conservadoramente, baseados na ideia de que o ativismo é uma espécie censurável de autorização, para que as decisões sejam orientadas por opiniões pessoais ou voluntaristas sobre temas, que são da competência dos demais Poderes. E outros que, a partir de uma visão progressista, acreditam em um método legítimo de exercício da função jurisdicional, com o propósito de suprir lapsos decorrentes da omissão geral ou parcial dos demais Poderes¹⁹⁰

Para Denise dos Santos Vasconcelos Silva, sendo o poder uno e indivisível, esses três Poderes nada mais são do que a distribuição das funções do estado que precisam ser “independentes, coordenados e harmônicos, em que um poder limita o outro.” A autora ressalta que o objetivo dessa divisão é descentralizar o poder e “enfraquecer a autoridade” - ideia já trabalhada neste estudo.

Destaca, também, que, para ela, não seria certo “admitir a preponderância da separação de Poderes e das prerrogativas do Legislativo e Executivo em detrimento da possibilidade de o Judiciário determinar, de forma positiva, direitos ligados à dignidade da pessoa humana.”¹⁹¹. Relativo a isso, a Dissertação de Mestrado “Judicialização da Política e Ativismo Judicial: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial”, de José Geraldo Alencar Filho, cita Mauro Capelletti, com a intenção de propagar que a própria judicialização da política tem sido observada como uma forma mais acessível, para a população adentrar no meio político.

¹⁸⁸ Dentre os autores que mais ferrenhamente criticam a noção paternalista da jurisdição constitucional, está ELY, John H. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Mass, 1980, p. 100. O ceticismo do autor se dirige contra esta compreensão porque, segundo ele, ela se nutre de uma desconfiança generalizada contra a figura de um legislador, dependente das lutas pelo poder e de opiniões majoritárias.

¹⁸⁹ ELY, John H. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Mass, 1980, p. 100 p. 344.

¹⁹⁰ ELY, John H. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. p. 17.

¹⁹¹ SILVA, Denise S. V. **Direito à Saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. ed. 22. Curitiba: Juruá. 2015. p. 76.

Em seguida a isso, Capelletti exemplifica as minorias que não são representadas, devido o sistema de democracia adotado no país: “São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir [...]”¹⁹².

Assim, o ativismo judicial fica sendo a resposta para os problemas do Poder Executivo e Legislativo, principalmente no que se refere ao exercício de direitos constitucionalmente pré-estabelecidos. Devido às divergências existentes entre os posicionamentos dos doutrinadores, existem duas correntes em relação a esse tema: o substancialismo e o procedimentalismo.

2.3 O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

O substancialismo e o procedimentalismo, apesar de serem opostos, compartilham da ideia de que o Poder Judiciário é uma “instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada a funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã”¹⁹³.

No Brasil, é necessário o debate¹⁹⁴ entre procedimentalistas e substancialistas, para, principalmente, dar voz à força normativa e condicionante da Constituição, já que sem isso ficarão sem proteção os direitos e garantias fundamentais.

Como o texto constitucional é quem possibilita transformações na sociedade, ele não pode ter só valor procedimental. O posicionamento substancialista considera a mudança de visão, que é preciso existir em relação à Constituição, ao Poder Judiciário e, dentro dessa perspectiva, ao processo como instrumento para o exercício da jurisdição.

A crise do Poder Judiciário, da Constituição e, por consequência, do processo, não é autônoma e nem tem características próprias de sua cultura e

¹⁹² FILHO, José G. **A. Judicialização da Política e Ativismo Judicial**: Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial, p. 156.

¹⁹³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.315.

estrutura, mas sim, é uma crise condicionada à fatores culturais, históricos, políticos e econômicos que imperam no Brasil e no mundo¹⁹⁵.

A Constituição do Brasil de 1988 mudou o Estado brasileiro, por meio da “constitucionalização” de inúmeros direitos sociais e coletivos. Com isso, ao invés de se pedir proteção ao que já se tinha, com a Constituição, é possível que se recorra ao Judiciário com o fim de obter o auxílio, que ainda não se tem, mas que se quer devido às possibilidades oferecidas por ela¹⁹⁶.

O Poder Judiciário, junto com o Estado, vive um momento de crise¹⁹⁷, pois vem perdendo legitimização como Poder que decorre de sua ineficácia¹⁹⁸, sabendo de sua atribuição relativa à resolução de conflitos, em especial, os relativos às demandas sociais e às coletivas, que decorrem do Estado Social, e da impossibilidade de seus Juízes de compreender, de forma correta, o que significa o Estado Democrático de Direito e quais as demandas da Constituição no processo de aplicação do Direito, que, no Estado Democrático de Direito, tende a ser uma conduta pautada em critérios adequados ao conteúdo material da Constituição, isto é, aos direitos e garantias fundamentais.

¹⁹⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 19..

¹⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70.

¹⁹⁷ Nesse aspecto, desponta a “crise funcional”. Os poderes estatais têm perdido sua “exclusividade”. A discussão da crise funcional retoma outro elemento que identifica a experiência estatal: a especialização das funções, isto é, a produção legislativa (Hobbes), a idéia de jurisdição (Locke) e a função executiva em razão do conjunto de prestações públicas às quais o Estado se vê condicionado. No Estado liberal, a “ação administrativa” era quase uma “ação de polícia”. No Estado Social, em que a Constituição assume um feitiço social, o Executivo deve “prestar” no sentido de atuar positivamente para a realização dos direitos fundamentais. Assim, há “uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo”. Nesse sentido, não se pode pensar em uma volta às bases do “Estado Mínimo”, caminho que está fechado e diante do qual se pode dizer que a sociedade está num “ponto de não-retorno”. Essas funções do Estado apropriam-se da ideia de soberania, da ideia de que só o Estado “pode” e que, portanto, só há um direito estatal. Essa exclusividade, porém, tem perdido sentido. É necessário “que se analise [...] a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Neste ponto, teríamos que retomar o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado para percebermos que autofagicamente, hoje, uma pretende/busca sobreviver ‘à custa’ da(s) outra(s)”. STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 148. 183p.

¹⁹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.**, p. 87-92.

Como protagonistas dessa oposição, pode-se delimitar, respectivamente, as ideias de dois autores de grande relevância do pensamento jurídico atual, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. As teorias desses dois autores sobre a questão, considerando que um modelo não exclui o outro, são interdependentes quando se considera a execução e a expansão da democracia.

A Constituição institucionaliza o molde de ação político estatal ao considerar a perspectiva substancialista e concebe “[...] ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*”¹⁹⁹.

Por essa perspectiva, assegura-se que as decisões judiciais ajudam na afirmação dos direitos fundamentais, o que posiciona a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito, que também protege e promove a liberdade e a ordem, reconhecendo a politização do Direito.

2.3.1 Os substancialistas e a apreensão de primazia dos direitos fundamentais

Os substancialistas ao valorizar a estrutura material das Constituições, atribuí-lhes um papel diretivo, dando à lei o papel de operacionalizadora da concretização dos vetores axiológicos que contemplam, como por exemplo, dos direitos sociais. Diante disso, o direito avança em esferas outrora afetadas à liberdade política e o Judiciário assume um relevante papel na efetivação da Constituição²⁰⁰.

Como sendo função constitucional, em resumo, a teoria substancialista resguarda a adoção de alguns princípios importantes, socialmente, e que, obviamente, não podem ser decididos no âmbito popular, e, por isso, integram uma lista de valores preestabelecidos. Posicionamentos dentro desse contexto têm determinado a Constituição como mecanismo vinculante e programático do Estado Democrático de Direito, que protege a ordem e a liberdade nos países que se modernizaram, tardiamente, e que não omitiram a politicização do Direito²⁰¹, e que ainda tem, objetivamente, a pretensão de:

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

²⁰⁰ CAPPELLETI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1993, reimp. 1999, p. 40-42/ 73-81/92-107.

[...] conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático constitucional: 1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, 2) a abertura constitucional: pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais²⁰².

Assim, para os substancialistas, uma Constituição reúne direitos fundamentais, princípios e fins públicos que ponham, em exercício, importantes valores de uma sociedade, como justiça, liberdade e igualdade. Afirma Streck²⁰³:

[...] na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.

A tese substancialista estipula ainda a Constituição como algo substantivo, uma vez que contém valores que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização, pois, em seu texto, há um núcleo essencial que contém um conjunto de promessas da modernidade. Conforme entende Hommerding²⁰⁴:

[...] por meio da perspectiva substancialista, o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo aos grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial, assumindo o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais.

Em relação a essa perspectiva, Streck²⁰⁵

²⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1336.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

²⁰⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista Direitos Culturais** - v.1 - n.1 – dezembro, 2006, p. 36.

²⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.48.

[...] defende que se alterou a relação entre a Política e o Direito, uma vez que o Direito já não está subordinado à Política, como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento da atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais.

Não há nada de absoluto no método de interpretação, que abarca diversas possibilidades, que – por sua vez – comportam várias teorias. “O intérprete insere-se no horizonte de compreensão, não se limitando a subsumir o caso na lei, mas desempenhando um processo conformador ativo na chamada aplicação do Direito”²⁰⁶. Segundo Kaufmann²⁰⁷:

A compreensão do sentido não é um processo puramente receptivo, sendo sempre antes uma autocompreensão do sujeito interpretante. Só quando o intérprete aborda o texto com uma pré-compreensão ou pré-juízo poderá começar a falar do texto; só quando ele – com toda a tradição de que é portador – entra no horizonte de compreensão, poderá fundamentar, argumentativamente, o que ele tinha previamente antecipado como resultado provisório (círculo ou espiral hermenêutica). A hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a. Não se pode compreender a parte sem uma pré-compreensão do todo, mas o todo não é compreensível sem o entendimento das suas partes.

Depois de Kaufmann²⁰⁸, explicita Hesse que:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das situações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, pois não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade²⁰⁹.

Assim se entende que o Estado está à serviço do homem, e não o homem é que está a serviço do Estado, e é isso que impõe limite à suas ações:

²⁰⁶ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2004, p. 68.

²⁰⁷ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. p. 70.

²⁰⁸ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**.

²⁰⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 24-25.

Así, el moderno constitucionalismo está ligado, por un lado, a los principios iusnaturalistas con su obra de racionalización del derecho vigente y, por otro, a la “revolución democrática”, [...] que no fundamenta la legitimidad del poder en el derecho divino del rey, ni en la tradición sino en el consenso racional de los ciudadanos.²¹⁰

Esse processo decorre da implementação do Estado liberal e da ideia de que esse veio depois do homem, assim a este, os direitos, e ao Estado, as obrigações e os seguintes princípios: o da organização e o da distribuição.

A liberdade do indivíduo já existia antes do Estado, e é nisso que se baseia o princípio, cuja ideia é a de que o indivíduo pode fazer qualquer coisa, menos o que é proibido, e, o Estado, só o que lhe é permitido. O outro princípio se refere à separação dos poderes que possibilita a prática do princípio da distribuição, como já explicitado.

O Estado tem, assim, competências e atribuições bem delimitadas, sendo que a melhor ferramenta para ordenar esses regramentos sobre competências e atribuições — e para garantir os direitos individuais é a lei, que aqui é uma regra geral que assim o é devido ao consentimento do povo — que se deu por meio da discussão e pela publicidade:

Todos los principios esenciales para el Estado de Derecho están incluidos institucionalmente en este concepto de ley. [...] El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de la libertad y la posición de sujeto del ciudadano; la generalidad de la ley impide ingerencias en el ámbito de la libertad civil y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, esto es, válidas para todos por igual; el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medida de racionalidad que el contenido de la ley puede humanamente alcanzar²¹¹.

Como já citado, a ferramenta que melhor pode ordenar as regras sobre competências e atribuições é a lei; entretanto, o procedimento envolvido nisso precisa que o Estado esteja inserido nele. E ,ainda, ela deve ter um status

²¹⁰ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Historia del Constitucionalismo Moderno. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 25.

²¹¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 23.

diferenciado, capaz de, por meio de uma forma efetiva, garantir que todos os entes políticos o tenham (o status de lei constitucional)²¹².

2.3.2 Dworkin x Habermas: a jurisdição constitucional

Ronald Dworkin propõe, nitidamente, o que se convencionou chamar de “leitura moral da Constituição”²¹³, a partir da ideia, pela qual os valores morais também são considerados. Para ele, o direito não pode ser de forma elementar apenas, experimental, descritivo ou um conjunto de normas. Na perspectiva desse autor, moral e direito não se separam²¹⁴, não nascem com a legislação²¹⁵, e não precisam ser positivados.

El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo — la separación entre el derecho y la moral — es falsa²¹⁶.

²¹² LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000, p. 123-124.

²¹³ A expressão é utilizada pelo próprio autor na introdução de um de seus livros, denominada *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge: Mass, Harvard University Press, 1996, p. 2.

²¹⁴ Um depende do outro embora ambos não se identifiquem; a leitura do direito é que deve ser moral.

²¹⁵ Percebe-se aí uma certa influência do jusnaturalismo, traduzida pela ideia de determinados direitos naturais anteriores ao Estado e à ordem jurídica, inerentes à natureza humana enquanto tal. Nota-se, no entanto, que Dworkin não pode ser identificado – como se poderia acreditar numa primeira leitura superficial – como jusnaturalista, pois não se trata de reconhecer direitos metafísicos, valores suprapositivos, antes pelo contrário: estes valores morais integram o próprio ordenamento jurídico, não se constituindo, pois em algo externo a ele. Sobre a dificuldade de se localizar o pensamento do autor, já referia Troper: “Ce qu'on peut appeler – d'un terme que, sans doute il rejeterait – as 'métatheorie' est un droit (ou science du droit) est distincte de son objet, le droit positif. Dworkin est, sur ce point, comme on le verra, antipositiviste est une théorie selon laquelle la théorie du droit doit décrire le droit tel qu'il est Or, c'est bien ce que prétend faire Dworkin Il serait donc positiviste.” TROPER, Michel. **Les Juges Pris au Sérieux ou la Théorie du Droit Selon Dworkin. Droit et Société**: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, n. 2, 1986, p. 42. Também defendendo a ideia de que Dworkin busca construir uma terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo, temos as referências de CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo sobre Dworkin (Prólogo a la Edición Española)**. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Gustavino. Madrid: Ariel, 1997, p. 12.

²¹⁶ CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo sobre Dworkin (Prólogo a la Edición Española)**. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Gustavino. Madrid: Ariel, 1997, p. 11.

Para Dworkin, as decisões e as suas justificações precisam estar juntas, considerando o moralismo. De uma perspectiva moral é que as justificativas são elaboradas, e, diante disso, percebe-se que existem argumentações ligadas a essas justificativas que são recheadas de subjetividade. Esse contexto pode ser ambiente para que os posicionamentos e ações tomadas pelos Juízes fujam da legitimidade, violando assim as competências do Legislativo. Porém, para ele, nada de inédito possui essa visão.

So, to reiterate the moral reading is not revolutionary in practice. Lawyers and judges, in their day-to-day work, instinctively treat the Constitution as a manifestation of abstract moral requirements that can only be applied to specific cases through new moral judgments. As I shall argue later in this introduction, they have no genuine alternative but to do so. However, it would indeed be revolutionary for a judge openly acknowledge or admit the moral reading. (...) Thus, there is a striking mismatch between the role the moral reading actually plays in American constitutional life and its reputation²¹⁷.

Dworkin procura minimizar ao tentar desfazer os obstáculos e inconvenientes ao propor a ideia de que o Juiz se vincula a determinados princípios que já existiam²¹⁸. Assim, o argumento do autor é o de que ao estar vinculado a alguns princípios, ele desenvolve uma atividade vinculada; isso não significa que tal atividade não precise de interpretação²¹⁹.

²¹⁷ “Portanto, para repetir, a leitura moral não é revolucionária na prática. Advogados e juízes, em seu trabalho cotidiano, tratam instintivamente a Constituição como expressão de exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas a casos concretos através de novos julgamentos morais. Como argumentarei mais adiante nesta introdução, eles não têm outra opção real senão a de fazê-lo. Mas seria de fato revolucionário para um juiz reconhecer abertamente a leitura moral, ou admiti-la. (...) Há, portanto, um descompasso impressionante entre o papel que a leitura moral realmente desempenha na vida constitucional americana e sua reputação”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law**. Cambridge: Mass, Harvard University Press, 1996, p. 3.

²¹⁸ “La thèse de Dworkin apparaît alors comme un renversement de perspective, puisqu’il soutient que le juge n’a jamais 1de pouvoir discrétionnaire, qu’il doit toujours appliquer un droit préexistant, mais que ce droit n’est pas toujours un droit posé et que, à côté des règles, il y a des principes et des droits naturels.” TROPER, Michel. Dossier Ronald Dworkin. **Droit et Société**: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, n. 1, 1985, p. 28.

²¹⁹ “Selon Dworkin, rien dans le système juridique ne se présente naturellement, directement comme interprété. C’est un de ses arguments fondamentaux contre les positivists. (...) L’interprétation doit être donnée par le juge, toujours à la lumière de la théorie politique la plus appropriée.” LEADER, Sheldon. Le Juge, la Politique et la Neutralité: a Propos des Travaux de Ronald Dworkin. **Droit et Société**: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, n. 2, 1986, p. 29.

Dworkin enxergando, de forma criativa e calcada na interpretação do direito, por parte dos tribunais, utilizando essa abordagem interpretativa, e que as observações feitas em relação à interpretação moral da Constituição, por parte dos Juízes, são consideradas hiperbólicas e coadunam com o princípio republicano.

When we gain a better understanding of democracy, we realize that the moral reading of a political constitution is not antidemocratic but, on the contrary, it is practically essential for democracy. I do not imply that there is no democracy unless judges have the authority to override what a majority considers right and just. (...) Democracy does not insist on judges having the last word, but it does not demand that they must not have it.²²⁰

A corroboração de Pulido,²²¹ aqui, é conveniente:

Según este autor, no parece plausible considerar que las deliberaciones parlamentarias puedan ser la fuente de la interpretación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales, pues los participantes en dichas deliberaciones actúan movidos por intereses privados. Por lo tanto, estima que los derechos fundamentales no pueden ser catalogados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos. [...] Ninguna decisión mayoritaria puede invadir la esfera de las libertades proclamadas por la Constitución y que si alguna incurre en esta transgresión, debe ser invalidada por el Juez Constitucional.

A imperfeição, característica da popular e citada igualdade da democracia, é conhecida e deve ser considerada ao se julgar o quanto a sociedade, mais precisamente, os cidadãos, de forma individual, perdem de poder político quando uma problemática sobre direitos individuais é retirada do âmbito do legislativo e é dada ao poder dos tribunais²²². [...] Membros de minorias organizadas

²²⁰ O autor chama atenção para o fato de que alguém poderia alegar, neste contexto, que os juízes, ao desempenhar tal atividade, poderiam abusar do poder que lhes é assegurado. A resposta, contudo, é simples: se os juízes podem, os presidentes, os religiosos, qualquer um pode abusar do poder que lhe é atribuído. A questão central que se pressupõe, por sua vez, é a boa-fé, pois “the moral reading is a strategy for lawyers and judges acting in good faith, wich is all any interpretive strategy can be.” Ver, para tanto, DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law**., p. 7.

²²¹ PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 217-218. Sobre uma concepção material de democracia, ver, também, a obra de BILBENY, Norbert. *Democracia para la Diversidad*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 12, especialmente no prólogo, intitulado “La mayoría no siempre tiene razón”. Já com relação à defesa do modelo majoritário, ver o interessante estudo realizado por BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, Democracia y Constitución*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 212 et seq.

²²² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

têm mais a ganhar com a transferência, pois o campo majoritário do Legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que existe mais possibilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum²²³.

Assim, “Não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover este ideal”²²⁴.

Os procedimentalistas, por sua vez, evidenciam o papel instrumental da Constituição: ela é ligada ao papel garantidor de instrumento relativos à participação democrática e à regulamentação da tomada de decisões, por meios de determinadas ações que valorizam a liberdade política, intrínseca à concepção democrática.

Apesar de reconhecerem a inserção de valores substantivos nesse processo, defendem que a sua importância é secundária, não dirigindo o processo em si. Ao Judiciário caberia tão somente assegurar a observância desse processo, cabendo a cada geração estabelecer as bases axiológicas sobre as quais se desenvolverá²²⁵.

Habermas²²⁶ é, nessa configuração, o teórico cujo pensamento mais coincide com o de Dworkin, principalmente, quando toma como referência a atuação substancialista do Tribunal Constitucional Alemão, que compreende a Constituição como uma “ordem concreta de valores”²²⁷.

²²³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 32.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 32.

²²⁵ Cf. John Hart Ely. **Democracy and Distrust: a Theory of judicial review**, 11 ed, Cambridge: Harvard University, 1995, p. 88.

²²⁶ Especialmente em sua obra *Faticidade e Validez*, na qual está concentrado este estudo.

²²⁷ Em 1951, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que “Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen.” BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952. s. 18. Já em 14 de fevereiro de 1973 adotou uma resolução, transcrita por Habermas, que diz que “El derecho del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese plus y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional.” BverGE 34, 269, s. 304. A transcrição encontra-se em HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 317. Também o Tribunal

Segundo esse autor, essa posição não diferencia princípios e valores, considerando que princípios são tidos como deontológicos e valores são tidos como teleológicos. Ou seja, as normas (princípios) obrigam seus destinatários, sem exceção e por igual, enquanto os valores não são mais do que preferências, intersubjetivamente, compartilhadas:

Las normas se presentan con una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas. [...] En cambio, los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados.”²²⁸.

Para Habermas, os valores não são universais e nem imutáveis, diante disso, acredita que a moralidade e os valores preexistentes possam ceder seus lugares a um processo comunicativo, que construa identidades²²⁹.

Se Dworkin não enxergasse uma dimensão de continuidade na história – que aqui vê-se que é a obrigação do Juiz ajustar a sua interpretação, as práticas e a história americana ao resto da Constituição, para Habermas, a concepção de comunidade de princípios não poderia ter sido criada. [...] Para ele, o modelo proposto por Dworkin, de uma interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos, só acontece devido a sua crença nas tradições e práticas constitucionais americanas.

Entretanto, historicamente quando não se tem o poder de invocar por um republicanismo cívico ou para uma comunidade de princípios, que compartilhe tradições históricas e culturais, o olhar substantivo da democracia constitucional deve ser substituído por um outro de cunho procedimental da democracia constitucional²³⁰.

Constitucional espanhol adota esta leitura valorativa com relação à Constituição, ao decidir, em 21 de março de 1981, que “la Constitución es una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política e informar todo el ordenamiento jurídico.” Sobre esta e outras decisões de cunho valorativo do Tribunal Constitucional espanhol, ver LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y Legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo. In: PINA, António López. **División de Poderes e Interpretación**: hacia una Teoría de la Praxis Constitucional. Madrid: Tecnos, 1997, p. 56.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 328.

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. p. 359.

²³⁰ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo

Para o estabelecimento dessa ideia é necessária a participação de cidadãos, capazes de produzir ações e atividades que promovam um só “agir” comunicativo, que se dê por um:

Discurso orientado para o entendimento, que assegura aos falantes participantes no acto de comunicação um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, garantindo assim, simultaneamente, um horizonte no seio do qual todos possam se referir a um só mundo objetivo.²³¹

Considerando isso, para Habermas, a Constituição, ligada ao pluralismo social e cultural²³², não deve ser interpretada como uma ordem jurídica dentro do contexto global, e nem de uma forma concreta.

La Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando sus derechos de autodeterminación, pueden perseguir cooperativa mente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida (lo cual quiere decir: cada vez más justas). Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido.²³³

O Tribunal Constitucional teria como função primordial a de garantir a autonomia pública e privada²³⁴ (concepção procedimentalista), em contraposição à concepção paternalista²³⁵ que lhe é atribuída. Tal entendimento é baseado nas

Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 20-21.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 192.

²³² FERREIRA, Eber M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Orientador: Rubens Beçak. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 66.

²³³ FERREIRA, Eber M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. p. 336.

²³⁴ Este é considerado um dos aspectos centrais da obra de Habermas, isto é, a relação circular que se estabelece entre a autonomia pública e a privada, de maneira que uma reforça a outra: “Persons are autonomous, however, only in the same measure that they can be understood at the same time as the authors of the law to which they are subject as addressees. [...] What Habermas has made as a central if not the central argument of the book is the circular relationship between private and public autonomy. The first principle of that argument is that the autonomy of citizens and the legitimacy of law refer to each other. In a ‘postmetaphysical’ world ‘the only legitimate law is one that emerges from the discursive opinion — and will-formation of equally entitled citizens of a state. The point is that private and public autonomy reinforce each other.” RASMUSSEN, David M. How is Valid Law Possible? A Review of Between Facts and Norms by Jürgen Habermas. In: DEFLEM, Mathieu. **Habermas, Modernity and Law**. London: Sage, 1996, p. 41.

²³⁵ Dentre os autores que mais ferrenhamente criticam a noção paternalista da jurisdição constitucional está ELY, John H. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Mass, 1980, p. 100. O ceticismo do autor se dirige contra esta compreensão porque, segundo ele, ela se nutre de uma desconfiança generalizada contra a figura de um legislador dependente das lutas pelo poder e de opiniões majoritárias.

ideias republicanas,²³⁶ que propõem que a cidadania, tida como uma liberdade positiva, prevê a participação entre livres e iguais.

Assim, justificar direitos não está ligado ao fato de a sociedade ser composta por portadores de direitos, mas nas questões envolvidas que esses são uma decorrência do processo democrático. Se a lei é a “expressão da vontade geral”, não há como imaginar o povo praticando opressão a si mesmo.

La sociedad política no es primariamente una sociedad de portadores de derechos, sino una sociedad de ciudadanos, una “sociación” cuyo primer principio es el establecimiento de un ámbito público en el que los miembros de la sociedad, reunidos, argumenten y razonen acerca del modo correcto de organizar su existencia social, modo que habrán de establecer ellos conjuntamente y que habrán de entender como su bien común... De ahí que el Estado se justifique por su finalidad de establecer y ordenar esa esfera pública dentro de la cual las personas puedan alcanzar libertad en el sentido de un autogobierno practicado mediante el ejercicio de la razón en el diálogo público.²³⁷

Portanto, a política é uma questão de valor, e não uma questão de preferência unicamente. Como um processo de racionalização, e não só como uma manifestação de vontade, de maneira que a deliberação é tida como uma atitude de cooperação social, que consiste “Em la apertura a dejarse persuadir por razones relativas a derechos de los otros al igual que a los derechos de uno mismo. El medio de la deliberación es un intercambio de puntos de vista, efectuado de buena feé.”²³⁸

O que é tratado aqui pressupõe o que Habermas chama de ação comunicativa, na qual os participantes referem-se à orientações de valor, intersubjetivamente, partilhadas que — indo para além de suas preferências pessoais — vinculam as suas vontades. [...] No caso da ação comunicativa forte, não é só a liberdade de escolha arbitrária que é pressuposta, mas também, a

²³⁶ Habermas contrapõe a concepção republicana à concepção liberal, assentada nos direitos negativos dos cidadãos frente ao Estado: “El republicanismo liga la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis (...), mientras que para los liberales algunos derechos se fundan siempre en un derecho superior basado en una razón transpolítica o en la revelación.” HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. p. 345.

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. p. 344.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. p. 347.

autonomia, no sentido de união de vontades, com base em discernimentos normativos²³⁹.

Contudo, propõe Alexy, “La idea del discurso sólo puede realizarse en un Estado constitucional democrático, en el que los derechos fundamentales y democracia, a pesar de todas las tensiones, entren en una inseparable asociación.”²⁴⁰. Compreende-se, porém, que a discussão em torno da legitimidade e da legitimação da jurisdição constitucional existe, também, em relação a outros aspectos.

Dworkin afirma que o Magistrado não deve buscar, isoladamente, o que seria para ele a melhor justificativa para a prática em questão, ou seja, o contexto promove o exercício da extensão da cidadania, apenas. Porém, o Juiz deve tomar decisões a partir, apenas, de pressupostos nos quais acredita²⁴¹. Ou seja, a ideia a ser defendida aqui é a de que a jurisdição deve ser delimitada como um ambiente que comporta a extensão da cidadania, no qual o processo pode ser inclusivo ao ser lugar de execução de participação política de democracia direta²⁴², em que os participantes desta “nação de cidadãos”, que é pensada por Habermas, ajam comunicativamente, mas sempre utilizando a direção dos valores interpostos pela Constituição.

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 205. A ação comunicativa num sentido forte se opõe, segundo o autor, à ação comunicativa num sentido fraco, que se refere a expressões de vontade unilaterais. Em outras palavras, a última entende-se como voltada para o entendimento (a expressão utilizada no original é *Verständigung*), ao passo que a primeira é tida como orientada para a concordância (*Einverständnis*).

²⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría del Discurso y Derechos Humanos**. Trad. Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 131.

²⁴¹ “La formación democrática de la voluntad no extrae su fuerza legitimadora de la convergencia previa de convicciones éticas en las que se ha crecido, sino de presuposiciones comunicativas y procedimientos que en el proceso de deliberación permiten imponerse a los mejores argumentos.” HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso**. p. 353.

²⁴² A compreensão posta aqui é aquela desenvolvida por Bobbio, no sentido de que o futuro da democracia passa pela ampliação da democracia direta — em associação com a democracia representativa — e pela ampliação dos espaços de participação política, por parte dos cidadãos. A nosso ver, a jurisdição constitucional precisa ser um desses novos espaços. Ver BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 56.

CAPÍTULO 3

INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Neste terceiro capítulo será analisado a intervenção e controle do poder judiciário nos atos administrativos no contexto da pandemia da covid-19, notadamente, em razão das questões de grande repercussão social que estão sendo postas nas mãos dos Juízes, e assim representando total interferência na atuação do agente público, na prática de determinado ato discricionário, o qual possui certa liberdade, dentro dos limites legais, nos critérios de oportunidade e conveniência administrativo.

3.1 O CONTROLE JURISDICIONAL NA PANDEMIA DA COVID-19

O estudo feito neste trabalho de pesquisa envolve preceitos do âmbito do fenômeno da pandemia, causada pelo vírus da covid-19, que atingiu severamente a saúde pública. Com efeito, é indiscutível que as análises realizadas considerem o que há no âmbito técnico, no que se refere à medicina e à economia, considerando as questões que atingem diretamente a problemática em questão.

E, a partir disso, foi levantado o problema que trata da possibilidade de haver um controle judicial, dentro da discricionariedade da Administração Pública, e se é legítimo Juízes interferirem no contexto, no qual está inserida a competência dos administradores, em relação ao caso concreto.

Autores da área afirmam que foi a partir da constitucionalização do direito administrativo que surgiu um controle administrativo judicial mais amplo. Essa constitucionalização é consequência do neoconstitucionalismo, que remete uma ideia de supremacia constitucional.

Assim, por meio do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, foram explicitados diversos temas, através dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. É prudente afirmar,

portanto, que o poder constituinte vinculou a Administração Pública, não apenas à lei em *stricto sensu*, mas também à Carta Magna.

Diante disso, percebeu-se a existência de limites à função administrativa, passando ser necessário que o gestor cumpra os princípios e as normas constitucionais. A observância aos princípios é obrigatória “para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo)”²⁴³.

A juridicidade agiu, essencialmente, no processo de crescimento da constitucionalização do direito administrativo, já que a norma passou a não ser mais vista só pelo viés que envolve a formalidade, mas ampliada materialmente, e circundada, também, pelos princípios e valores constitucionais, o que intervém com muita força na execução das atividades administrativas.

Análoga argumentação é proposta como propósito de legitimar uma atividade de grande intensidade de controle judicial, no que se refere a atos administrativos, seja pelo motivo de a Administração Pública ser disfuncional, ou seja: por que o judiciário é encarregado da realização do programa constitucional, em detrimento da simples legalidade absorvida pela Administração, para expedir seus atos²⁴⁴.

Nesse ponto, cumpre registrar que o ato administrativo advém da vontade da Administração Pública. Di Pietro²⁴⁵ estabelece seu conceito como sendo a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo. Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* - OAB Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012, p. 12.

²⁴⁴ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. 2020. 233 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 105.

²⁴⁵ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 456.

É clara a predominância da constitucionalização do direito administrativo em relação à discricionariedade dos atos, o que decorre da superação de uma avaliação tradicional do mérito administrativo.

O fato é que houve mais essa redução da discricionariedade administrativa, pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interpretar os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Diante disso, fácil é concluir se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de princípios e valores (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa²⁴⁶.

Com isso, o Judiciário usa como poder argumentativo a proteção de alguns princípios só como uma “falsa” justificativa para ignorar e tornar irrelevantes as decisões administrativas, contando com esse poder axiológico valorativo, que dispõe ao magistrado defender suas decisões de forma arbitrária. É nítido que a harmonia e conformidade dessas garantias dependem da Administração Pública, o que é um obstáculo, já que essa mantém-se dentro de um contexto bem instável e duvidoso, no Brasil.

Diante disso, surge a questão principal desta dissertação, a interferência do judiciário na atuação pública, destinando o poder de decisão ao judiciário. Nesse sentido, Moraes²⁴⁷ (2020) aduz:

O Poder Judiciário não pode substituir o juízo de conveniência e de oportunidade da competência do agente público, mas possui o dever de fiscalizar se os atos discricionários estão de acordo com a Constituição, levam em consideração a realidade dos fatos e se a decisão administrativa possui coerência lógica para a melhor solução das situações concretas. A emissão de atos administrativos que contrariem os limites razoáveis da discricionariedade torna-se arbitrária e pode ser anulada pelo Poder Judiciário.

Existe um número gigante de ações judiciais que, por meio das quais, os cidadãos reivindicam seus direitos. A ausência de eficiência no trabalho a ser executado pelo Estado proporciona descrença e desânimo em relação à competência da Administração Pública, o que acaba por valorizar a atuação do Poder Judiciário.

²⁴⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. p. 11.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 89.

A Administração Pública é colocada nessa conjuração de decidir como gerir a máquina pública, já que é colocada em uma posição mais “privilegiada”, mais “em conforme” para avaliar as necessidades e as possibilidades do Estado. O judiciário aplica a lei, mas não é de sua alçada o conhecimento sobre o valor real que está disponibilizado para as ações relativas à saúde pública.

[...] o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.²⁴⁸

O controle judicial pode se estender para analisar o embasamento da decisão, isso significa que há uma averiguação da causa, essa que, por sua vez, deve ser a “relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto”²⁴⁹. Melhor dizendo, não existe ideia determinada quando se justifica a anulação de atos discricionários, porém ao se emitir ato administrativo que não esteja em consonância com as razoáveis barreiras da discricionariedade, pode haver anulação por parte do Poder Judiciário.

Entretanto, os atos discricionários do Poder Executivo, durante o tempo em que durou a pandemia não foram confiáveis, já que suas respectivas ações não estavam em acordo com o que recomendavam os especialistas da área da saúde. Com isso, surgiram dúvidas sobre como se atuaria diante dos diversos percalços, causados pela disseminação da doença, o que gerou dúvidas em relação ao respeito que se deve ter em relação à separação dos poderes e à democracia, e, ainda, à defesa de determinados direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

²⁴⁸ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 493.

²⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2015.

3.2 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF

Como já explanado anteriormente no presente trabalho de pesquisa, houve uma crise no Brasil devido à pandemia da covid-19, e o vírus, ao se disseminar, causou problemas graves nos setores da saúde, da política, da economia e da sociedade. A severa crise precisou ser combatida e, devido a isso, a harmonia entre a União e os entes subnacionais ficou comprometida, uma vez que houve desarticulações de ações, estabelecimento de normas legais e de diretrizes sanitárias e ainda opiniões de agentes públicos.

O Brasil esteve em estado de calamidade pública, durante um considerável espaço de tempo, e o número de mortos no país causou medo e preocupação na população. Além disso, a resistência dos agentes, representantes da União, em relação às medidas necessárias a serem tomadas, agravou a situação, já que eles resolveram investir em políticas públicas, que não possuíam amparo científico por parte da área da saúde, prejudicando, com isso, as diretrizes sanitárias tomadas por governadores e prefeitos²⁵⁰.

3.2.1 ADPF 672

Assim, foi gerado um impasse que precisou ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal, que, em 8 de abril de 2020, analisou a ADPF 672/DF²⁵¹ e chegou à

²⁵⁰ O Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (USP), sob a liderança da Prof.^a Deisy Ventura, vem produzindo uma série de boletins, demonstrando a estratégia jurídica inarticulada e ineficaz de tratamento da pandemia pela União. Os relatórios podem ser consultados em: <https://cepedisa.org.br/publicacoes>; acesso em: 14 mai. 2022. Mesmo com as sucessivas trocas de Ministros da Saúde, o Presidente da República, Jair Bolsonaro (sem partido), continua minimizando os efeitos da pandemia e adotando uma estratégia comunicacional que privilegia a atividade econômica em detrimento da preservação da saúde pública, o que repercute inclusive em sua popularidade. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/05/datafolha-rejeicao-a-atuacao-de-saude-e-governadores-na-pandemia-cai-desaprovacao-de-bolsonaro-e-de-51.shtml>; Acesso em: 17 de maio de 2022.

²⁵¹ A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma modalidade de processo objetivo, submetido à jurisdição, concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tal competência decorre expressamente no art. 102, § 1º, da Constituição, reiterada pelo art. 1º da Lei n.9.882/99. De merecer destaque, este meio de controle de constitucionalidade estava previsto no parágrafo único do art. 102 e, somente com o advento da Emenda Constitucional n.º 3/93, vigorou no parágrafo primeiro. Deve-se destacar que a ADPF não substituiu o agravo regimental, a reclamação, os recursos ordinários e extraordinários, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a arguição ser conhecida como ação direta de inconstitucionalidade genérica, haja vista o seu caráter subsidiário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui-se como o quinto instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade do eclético sistema brasileiro de controle. Ademais, a ADPF é caracterizada pelo princípio da subsidiariedade — previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/9934 —, se não couber a Ação de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e Ação Direta

decisão de que os entes subnacionais têm autonomia para tomar decisões em relação às ações sanitárias que teriam o propósito de combater a pandemia e foram pensadas pelo chefe do executivo e sua equipe. Isso foi decidido quando o Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, estabeleceu que competiria, concorrentemente, aos entes federados adotarem as medidas que parecessem necessárias em relação à situação, conforme os textos dos artigos 23, II e IX, 24, XII, 30, II e 198 da Constituição Federal de 1988, vide:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (Vide ADPF 672); [...]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (Vide ADPF 672);

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (Vide ADPF 672);

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (Vide ADPF 672);

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672).

Mais sucinta que a ADI 6341, cuja análise está mais adiante, neste capítulo, a ADPF teve como relator Alexandre de Moraes, como já explicitado no parágrafo anterior, que interpretou em sede cautelar que, considerando a série de

de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), caberá à ADPF. A arguição de descumprimento de preceito fundamental é mais uma forma, prevista pela primeira vez em nível constitucional, do controle de constitucionalidade concentrada, dentro do sistema nacional que já é dotado de outros meios hábeis para tanto. (FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. O Significado e Alcance da Expressão “Preceito Fundamental”, no Âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2008.)

medidas administrativas que haviam sido estabelecidas pelo Presidente da República, era impossível “que o judiciário substitua o juízo discricionário do Executivo e determine ao Presidente da República a realização de medidas administrativas específicas”²⁵². A posição do Ministro enaltece o federalismo cooperativo em sua decisão, o que apontou para que os tempos de crise “o fortalecimento da união e ampliação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças do interesse público”²⁵³. Em 29 de outubro de 2020, o Tribunal, por unanimidade, confirmou a medida cautelar, que transitou em julgado no mês seguinte.

A ADPF 672/DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, considerando as ações omissivas e comissivas por parte do Poder Executivo Federal, realizadas no contexto criado pela crise de saúde pública em questão.

Em sua petição inicial, é descrito que a pandemia causou grandes provocações para as políticas relacionadas à saúde pública mundial, ao exigir dos governantes firmeza e eficiência para tratar os problemas que foram gerados. Obviamente, para minimizar os efeitos da crise sanitária, as recomendações vindas dos representantes do setor da saúde deveriam ser seguidas, e o que era estipulado pelas autoridades da saúde sugeria o isolamento social. Além disso, de extrema necessidade era considerar as perdas do setor econômico e tomar medidas em relação a essa questão também.

Em relação à solicitação sobre as atribuições das políticas, adotadas por parte dos chefes dos demais entes subnacionais, o Ministro concluiu que não era competência do Poder Executivo Federal retirar dos governos estaduais, distrital e municipais as decisões que “adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Brasília, 2020, p. 7.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Brasília, 2020, p. 5.

distanciamento social” com o propósito de diminuir os casos, considerando as recomendações da OMS e os estudos técnicos científicos²⁵⁴.

A lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999, mesmo tendo configurado o objeto da ADPF — sendo ela que evitaria ou repararia lesão a preceito fundamental — não há uma delimitação taxativa sobre o conceito de “preceito fundamental”. Dessa forma, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, delimitá-los. Assim, Tavares busca defini-los da seguinte forma:

Os preceitos fundamentais realmente diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude da imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o direito. Os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Albergam, em seu conjunto, a alma da Constituição.²⁵⁵

Diante dessa definição, fica mais fácil visualizar o valor essencial típico dos preceitos, que são formadores do cerne da Constituição, ao dar desenvolvimento para todo o Direito em si. Sob essa perspectiva, o Ministro Oscar Correa expõe:

à forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime podem ser tidas como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do ‘Estado democrático’, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos.²⁵⁶

O governo federal não utilizou os recursos disponíveis para enfrentar a crise. Sua atuação foi ineficaz e insuficiente dentro do processo de enfrentamento a

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Brasília, 2020, p.9.

²⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

²⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF: 01. Arguente: Partido Comunista do Brasil. Arguido: Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. 3 de fevereiro de 2000. Lex: Jurisprudência do STF, Distrito Federal.

ser travado contra a emergência, que o setor da saúde passava, mesmo conhecendo quais os protocolos deveriam ser seguidos. Isso agravou a situação e pôs em risco a vida de um número exorbitante de vítimas da infecção²⁵⁷.

A Decisão relativa à ADPF 672/DF:

Relata que a emergência do novo coronavírus vem exigindo de governos de todo o mundo a adoção de medidas urgentes e eficazes, fundamentadas em evidências científicas e protocolos aprovados por autoridades sanitárias, além de políticas públicas na área da saúde e economia, visando a assegurar o direito à saúde, alimentação e demais direitos sociais e econômicos.²⁵⁸

O Requerente aduz que:

O governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária”, mas, ao contrário, praticado “ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo mundo.²⁵⁹

Alegou, ainda, que o Presidente da República, em especial, tornou-se um “agente agravador da crise”, e que, por meio de pesquisas e estudos científicos e da experiência de países nos quais a disseminação do covid-19 já estava mais avançada, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em comum acordo com autoridades mundiais, delimitou o isolamento social como o principal protocolo de prevenção e contenção do contágio da doença²⁶⁰.

O chefe do executivo não considerou as recomendações da OMS, quando não defendeu a prática das medidas sanitárias relativas à prevenção e ao controle da doença; não exercitou o isolamento social, proporcionou aglomerações, discordou em público das ações preventivas estipuladas pelo setor da saúde, se contrapôs às exigências feitas pelos governadores de estados, que promoviam e

²⁵⁷ A situação do Brasil foi grave durante 2020, mas conseguiu ser potencializada nos primeiros meses de 2021, quando foi atingido pela chamada “segunda onda”. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/17/oms-brasil-lidera-mortes-e-contaminaes-por-covid-19-no-mundo.ghtml>; acesso em: 14 de maio de 2022.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701**. Brasília, 2021.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701**. Brasília, 2021.

²⁶⁰ SAÚDE GLOBAL. **Doenças da Globalização. 2015**. Disponível em: <https://saudeglobal.org/2015/02/05/doencas-da-globalizacao/>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

defendiam o isolamento, o que pôs em risco a eficácia da execução das ações contra a pandemia.

A hegemonia – supremacia – da Constituição não é tão absoluta quando, por si mesma, propõe como opção que seja descumprida. A criação de órgãos e métodos específicos inéditos, no intuito de exercitar a rigidez de suas regras, por si só, demonstra a sua vulnerabilidade, sendo nesse contexto o controle de constitucionalidade que protege a soberania das normas constitucionais, como afirma a complementação de Barroso:

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.²⁶¹

A ADPF 672 estabeleceu o que seria o mais condizente ao se tratar de questões relativas à saúde, entretanto o governo agiu de forma tardia atingindo o setor da economia. O mais conveniente, por bem dizer, mais correto, teria sido o governo federal apoiar as medidas defendidas pelo setor da saúde, pois assim a doença não teria se alastrado tanto e não teria causado a quantidade exagerada de mortes e de internamentos de pessoas em hospitais.

Se tivesse agido, conforme tais recomendações a disseminação teria sido contida a tempo de não prejudicar os outros setores que abarcam os trabalhadores mais vulneráveis e que prestam serviços que, para funcionar, precisam inevitavelmente de público que os consuma. Foram violados preceitos fundamentais em decorrência da inércia do presidente.

Por medida cautelar, fora solicitado que o Presidente da República não anunciasse a não obrigação de se exercitar o isolamento social, e, também, que fossem disponibilizados os benefícios emergenciais aos desempregados, aos trabalhadores informais e aos autônomos.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O processo, a que se refere tais solicitações, foi distribuído para o ministro Alexandre de Moraes que, em caráter de urgência, determinou o pedido de informações relativas ao objeto da referida arguição, ao Presidente da República, a serem disponibilizadas em até 48 horas. Em resposta:

O Presidente da República (Mensagem 154, Petição 20005/2020, peça 35), trouxe aos autos as informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União, nas quais se propugna o não conhecimento da arguição e, no mérito, é sustentada a improcedência do pedido, “uma vez que o Governo Federal vem adotando todas as providências possíveis para o combate ao novo coronavírus”.²⁶²

Conforme a Advocacia Geral da União, os autores da ADPF 672 não explicitaram quais os atos que, dentro de um contexto concreto, seriam passíveis de controle direto de constitucionalidade, assim a arguição em questão não seria o instrumento recomendado a ser utilizado na situação. Ainda citou ações realizadas pelo Presidente da República, que tinham o propósito de combater a covid-19 (13 medidas provisórias, 17 decretos e 2 leis). Assim, diante desses motivos, impugnou-se pelo desconhecimento da ADPF 672.

Depois disso, porém, entidades entraram com pedido de *amicus curiae*²⁶³, e a OAB reiterou as solicitações da petição inicial, e o relator proferiu decisão monocrática em 8 de abril de 2020. Em acordo, o ministro Celso de Mello afirmou ser utilizável a ADPF, baseado na suposta lesão a preceitos considerados fundamentais. O relator ainda justificou tal utilização, com base em uma argumentação que o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes – dentro do contexto federal – são necessários ao esforço relativo ao combate da covid-19.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701**. Brasília, 2021.

²⁶³ Como adverte Gustav Radbruch em seu pequeno grande livro *Der Geist des englischen Rechts* (O espírito do direito inglês), torna-se praticamente impossível a tradução da terminologia jurídica de uma língua para outra. É o caso de *amicus curiae* do direito norte-americano, que, vez por outra, se traduziria mais num *amicus partis* ou num *amicus causae*: o terceiro que comparece ao processo alheio vem, na realidade, mais com o intuito de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimento ao tribunal. Esse instituto *amicus curiae*, por sua informalidade e peculiaridades, não guarda verossimilhança com nossa intervenção de terceiros, que se desdobra em diversos institutos processuais (CPC, art. 56/ 80). O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático (Artigo). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.39, n.153, p. 7-10, jan./mar. 2002.

Entretanto, mesmo estando formalmente estabelecidas as regras e recomendações a serem cumpridas, durante o processo de combate à crise que estava sendo vivenciada, a forma como foi conduzido o enfrentamento ao vírus não condizia com elas. Como já explanado aqui, havia posicionamentos divergentes e contrários por parte das autoridades responsáveis, que não cumpriam o que fora estipulado, o que causou mais desequilíbrio e medo na sociedade.

A AGU, ao se manifestar, declarou que o Presidente da República estipulara uma lista de medidas, no intuito de prevenir e combater a pandemia, já que lhe é assegurado fazê-lo. Diante disso, Alexandre de Moraes afirmou não ser cabível ao Judiciário o poder de substituir o juízo de conveniência e de oportunidade pelo governo, dentro do exercício de suas competências constitucionais. Ao Poder Judiciário só cabe exercer um juízo de verificação da atuação.

O relator deferiu a liminar que definia limites relacionados às determinações dos governadores e prefeitos, no que dizia respeito a como deveriam funcionar as atividades econômicas e as regras de aglomeração. Com isso, o executivo não pôde ignorar as decisões tomadas no processo de luta, contra a pandemia por parte dos estados, distritos e municípios.

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo

específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.²⁶⁴

A competência da União para editar normas gerais coincide com a competência dos estados, distrito federal e municípios de não, necessariamente, respeitar ato federal subsequente em sentido contrário.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS entrou com uma solicitação que excluísse as orientações feitas pelo Ministério da Saúde, em relação à utilização do medicamento Cloroquina por pessoas infectadas pela covid-19. O ministro relator negou esse pedido de tutela, alegando a ilegitimidade do requerente e indeferiu, também, o pedido de ingresso como *amicus curiae*, que havia sido feito pela Fundação PROAR, FENAFAR E ABRASCO.

Os Ministros acordaram em confirmar a medida cautelar do ministro Alexandre de Moraes e julgaram, parcialmente, o pedido formulado na ADPF para garantir a observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal, na aplicação da Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 e dispositivos conexos.

De forma sumária, a caracterização do Estado federal envolve a presença de três elementos: a) a repartição de competências, por via da qual cada entidade integrante da Federação receba competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) a autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração; e c) a participação na formação da vontade do ente global, do poder nacional, o que tradicionalmente se dá pela composição paritária do Senado Federal, onde todos os Estados têm igual representação.²⁶⁵

Assim, a Constituição determina a obrigação de cooperar dos entes subnacionais na administração da saúde, mas também a “abertura” deixada pelo Ministério da Saúde atingiu o reconhecimento dos estados, municípios e Distrito Federal, como aptos a tomar outras medidas necessárias de enfrentamento à pandemia.

²⁶⁴ BRASIL. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal** Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. 2020.

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 181.

As consequências dessa decisão têm para o federalismo cooperativo nacional relevante importância, pois além de serem benéficas em relação à pandemia no que se refere à contenção de seus efeitos, também se pode considerar o aumento de competência por parte dos entes subnacionais.

Teoricamente, as restrições aqui tratadas são bem esclarecidas, porém, na prática, a tomada das medidas definidas pela decisão deveria ser feita pelo Governo Federal que não considerou a gravidade do contexto gerado pela crise, e, assim, não as pôs em prática.

Os governadores dos estados e prefeitos dos municípios, ao contrário do Presidente da República e Ministério da Saúde, puseram em prática as medidas de enfrentamento quando, diariamente, o número de casos da covid-19 e de mortes decorrentes dela causaram problemas irreversíveis no setor da saúde, mais especificamente no SUS.

O STF entende que devido à extensão territorial e as dimensões continentais brasileiras, é uma tarefa árdua padronizar as medidas de combate à pandemia. Assim, como o ente federal limita ou impede a atuação dos entes locais, já que além de inconstitucional, não é viável que ele mantenha as decisões centralizadas.

Ressalte-se ainda que a atuação desses entes não atinge o exercício do ente central, em relação à planejamento e coordenação das ações de saúde, ligadas à segurança sanitária para enfrentamento à pandemia. O apoio recomendado a ser oferecido aos entes seria de cunho financeiro e logístico.

Devido às dificuldades na realização das ações recomendadas pelos setores responsáveis, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ficou sendo utilizada como ação de controle constitucional. Assim, no julgamento da ADPF 672 teve uma oportunidade decisiva para a saúde da população do país, tornou-se tarefa do Poder Judiciário a decisão de dar autonomia aos estados para que eles pudessem agir, conforme as medidas que eles achassem mais adequadas.

Ou seja, a ADPF 672 garantiu que os estados e municípios pudessem “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas

portadoras de deficiência”, o que é previsto no art. 23, inciso II da CF/88 “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (Vide ADPF 672)”.

Essa diretriz de centralização e descentralização é também fruto de uma concepção “política e jurídica ultrapassada, a qual não consegue forjar novos instrumentos para conjugar técnicas que promovem descentralização e centralização simultaneamente”²⁶⁶, sendo necessário aprimorar uma leitura dinâmica da federação, pois o próprio federalismo, sob o ponto de vista democrático pode ser considerado como um processo de aprendizagem que se autocorrige, reconhecido pelos participantes da comunidade política como formadores constitucionais direcionadas aos seus próprios participantes democráticos, antes de poderem ser figuras da história²⁶⁷.

O período ditatorial brasileiro e suas teorias sobre o federalismo refletem no contexto, no qual está inserido o tema pesquisado aqui, cujas premissas são estudadas após o ano de 1988²⁶⁸, e isso reflete do mesmo jeito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sem a intenção de grandiosa inserção nesta questão e tendo como alicerce tudo o que já foi colocado aqui, fica muito claro que a associação feita entre descentralização/liberdade e centralização/autoritarismo, não é a usada nesta pesquisa e nem se mostrou como sendo uma relação eficiente ao longo da história²⁶⁹.

Assim, conclui-se que a jurisprudência do STF possui uma tradição herdada, que fora reconhecida pela Corte em seus julgados de acordo com o demonstrado ao longo da segunda parte desta análise que – dado, principalmente, a

²⁶⁶ MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo**: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018, p. 174.

²⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**.

²⁶⁸ MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo**: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia. p.64.

²⁶⁹ MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo**: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia. p. 173.

argumentação usada pelos Ministros em conferir a descentralização mesmo em conteúdo que não trata do direito à saúde, representa um compromisso com os direitos fundamentais, em especial nas ações debatidas aqui.

Representa, portanto, a defender o patriotismo constitucional pela Corte. Esse lugar ativo, de uma Jurisdição Constitucional que estabeleceu o processo democrático dos entes subnacionais, fez a imposição de igual maneira uma legitimação de sua obrigação como corte que tem como base o patriotismo constitucional, considerando que não existe “patriotismo constitucional sem atuação do Poder Judiciário e, em suma, não há patriotismo sem uma Corte Constitucional que amplifique adequadamente as noções constitucionais (...)”²⁷⁰, que tem base também no pluralismo dos entes subnacionais²⁷¹.

Com isso, portanto, os costumes políticos pluralistas acabam por ser muito mais do que um conjunto que representa uma “democracia de partidos”, que se compromete com o constitucionalismo democrático que surge, precisamente de um aprendizado social que se sujeita à responsabilidade de não só uma geração, que “como um processo de aprendizado, [...] capaz de corrigir a si mesmo e assumir, interna e, reflexivamente, o projeto constitucional democrático, inclusivo e moderno”²⁷² que acaba por propagar o que Jurgen Habermas chama de patriotismo constitucional.

3.2.2 ADI 6341

No que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, que fora ajuizada pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista), que teve como objeto a declaração de incompatibilidade parcial, com a Constituição da Medida Provisória nº 926/2020 que, por sua vez, alterou o art. 3º caput, os incisos I, II e IV, bem como os parágrafos 8º, 9º, 10º, 11º da Lei 13.979 de 2020, vide:

²⁷⁰ GUERRA, G. R.; MARCOS, H.; HARDMAN, A.I. De Wuhan ao Planalto Central: Federalismo, Patriotismo Constitucional e o Supremo frente a Covid-19. **Revista Jurídica Unicritiba**. V.04, n.71, out./dez.2020, p. 305. Disponível em:<<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4610>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

²⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 169.

²⁷² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e Patriotismo Constitucional: O projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 68.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I isolamento; II quarentena [...]

VI - restrição excepcional e temporária,

conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País;

b) locomoção interestadual e intermunicipal; [...]

§ 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.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

O objeto da Ação trata de uma inconstitucionalidade, definida assim por meio de um viés cujo contexto trata de formalidade. Segundo o solicitante, o tema tratado – qualquer que seja a cooperação do ente federado – na medida provisória, ele é favorável à Lei Complementar.

Na Constituição Federal de 1988 não existe controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade. O texto do artigo 97 e o do art. 102, I, da Carta Magna²⁷³ tratam expressamente da possível oportunidade de se declarar

²⁷³ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

inconstitucionalidade ou interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em desfavor de leis ou de atos normativos. Não seria possível, assim, justificar uma forma de se interpretar que permitisse que o judiciário intervisse em determinada situação cujo ato ainda não estivesse aperfeiçoado.

O Ministro Marco Aurélio – relator da ação – de forma cautelar, não acolheu o vício em questão, ao entender que é preciso observar a urgência e a necessidade de uma disciplina geral, voltada para o contexto nacional, presente no caso em questão, para anunciar a autonomia de estados e municípios, para definir ações que tivessem o objetivo de parar a pandemia do coronavírus.

Os entes da federação poderiam delimitar quarentenas, isolamentos, e outras restrições, sem que a União pudesse opinar sobre elas ou impedi-las. Tal ação estava sendo julgada no intuito de questionar a Medida Provisória 926, que trata de procedimentos para adquirir bens, serviços e insumos. Esse foi o primeiro caso a ser analisado pelo plenário da Corte, no formato de julgamento por videoconferência.

Na ação, o PDT pediu a inconstitucionalidade da MP 926, que fora editada pelo então presidente Jair Bolsonaro, já que ele entendeu que a norma desrespeitava o preceito constitucional da autonomia dos entes federados.

A valorização da hermenêutica nas interpretações corretas e a possibilidade de se confirmar que o entendimento se adequa a domínios de colocações, que sejam estranhas ao intérprete, é coisa que se pode explicitar como sendo uma ligação entre o que a hermenêutica de cunho filosófico tenta delimitar como o episódio, no qual se encontra a compreensão e o campo temático, que Umberto Eco trata para falar sobre os limites da interpretação. O autor menciona Gadamer em seus trabalhos textuais.

Entretanto, algumas vezes, o faz com a intenção de explicitar o caráter produtivo da interpretação. Eco tenta ressaltar o movimento pendular existente entre o leitor e o texto no intuito de dar atenção aos limites da interpretação, porém, concomitantemente, deixar livremente acessíveis as possibilidades de interpretação. Para quem lida com o Direito, todavia, não é suficiente apenas legitimar a multiplicidade de interpretações na intenção de garantir um núcleo centralizado de,

por meio de uma reivindicação da “intenção da obra”, já que a questão essencial da legitimação interpretativa exige que se chegue a uma conclusão adequada²⁷⁴.

Mesmo não tendo julgado o mérito, os ministros não observaram inconstitucionalidade na MP 926. Ela também não anula as providências em vigilância sanitária e saúde tomadas por estados e municípios.

Os ministros observaram e explicitaram que o trecho da MP que diz: “o presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” e concluíram que ele teria interpretação, conforme a Constituição para manter as atribuições de cada esfera do governo. Assim têm validade os decretos de governadores e prefeitos que forem mais restritivos que as medidas tomadas pelo governo federal.

Marco Aurélio e Dias Toffoli concordaram com essa posição, porém entenderam que ela se mantinha implícita no voto do relator, não necessitando de justificativa, mas como oito ministros votaram dentro dessa mesma ótica, o ministro Luiz Edson Fachin, que foi o primeiro a comentar o detalhamento, foi o redator do acórdão. O ministro Luís Roberto Barroso afirmou ser suspeito por razões de foro íntimo, por isso não participou do julgamento.

O relator não teve a atenção de explicitar a interpretação adequada em relação à solicitação que fora formulada na petição inicial. No deferimento da liminar, articulou pressupostos constitucionais que se relacionavam com a estruturação das competências federativas, dentro de um contexto aleatório, e o espaço público propaga informações sobre a matéria da decisão a partir de colocações equivocadas e distorcidas, o que deu oportunidade para a afirmação da peça de propaganda que

²⁷⁴ Como afirma Lenio Streck: “Acreditar na cisão entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o Direito se insere em uma ‘suficiência ôntica’, enfim, que a ‘completude’ do mundo jurídico pode ser ‘resolvida’ por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de ‘positivismo da causalidade’. Pensar assim é esquecer que essa ‘metafísica da causalidade’ é apenas uma etapa necessária para chegarmos aos entes. Entretanto, não é suficiente, pois, presa à causalidade (afinal, como diz Atienza, sem discordância das demais teorias da argumentação, casos simples se resolvem dedutivamente, isto é, são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas), ela não atinge os entes em seu acontecer (na sua compreensão). Há, pois, um equívoco em pensar que exista uma espécie de ‘institucionalização’ de casos fáceis e casos difíceis, como se fosse possível colocar um divisor entre ambos. É como se existissem casos fáceis e casos difíceis em si, já de antemão demarcados. O problema é saber em que momento ‘a suficiência ôntica’, que possibilita a resolução dos casos fáceis, exige o algo a mais, isto é, em que momento essa ‘falta de sentido’ permite que se esteja diante de um caso difícil”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.156).

era a predileta do Presidente da República: expor que o STF impediu que ele cumprisse as ações relativas às questões administrativas que minimizariam a crise sanitária causada pela disseminação da covid-19.

No âmbito da materialidade, a percepção do solicitante abarcou a ideia de que houve violação da autonomia dos entes, já que estes não puderam se responsabilizar de forma constitucional pelo cuidado e pela execução de ações que coincidissem com os preceitos da vigilância sanitária, conforme estabelece o artigo 23, inciso I, art. 198, inciso I, e art. 200, inciso II da Constituição Federal²⁷⁵:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas

e conservar o patrimônio público; [...]

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; [...]

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...]

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.

É importante ressaltar aqui a relevância das questões citadas já que seu foco é o federalismo, a separação de Poderes e os Direitos Fundamentais. O ministro Alexandre de Moraes ao votar deixou posto que todas essas questões, aqui tratadas, têm a mesma finalidade, a limitação de poder. A regra é – no Brasil – que todos os estados membros e municípios tenham autonomia.

Ele deixa claro também que a Constituição de 1988 fortaleceu o federalismo brasileiro, mas ele possui cicatrizes causadas pela ditadura que foi marcada em episódios da história traduzidos em momentos de acerbada centralização, já que a extensão continental não contribui para que as decisões

²⁷⁵ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

sejam definidas por um só ente central, o que deixa de fora particularidades e especificidades de várias localizações. Afirmar ainda Moraes que toda a repartição de competência, inserida através da Constituição, foi conduzida por um princípio baseado na predominância do interesse.

Assim, a norma impugnada zela pela cooperação a ser realizada, através da articulação entre os entes que, por sua vez, tem o dever de dedicar respeito à autonomia dos outros membros. Ainda, segundo Moraes, a Lei nº 13.979/2020, quando interpretada em relação ao estabelecimento de determinações gerais, deve seguir a ideia de não atravessar as competências concorrentes e suplementares, dando à União a tarefa de coordenar – sem imposições – as autonomias. Esclareceu também que, em relação à locomoção interestadual e intermunicipal deve ficar definido que, no caso de uma restrição excepcional, cujo interesse seja nacional, a atuação é de responsabilidade da autoridade federal.

O STF entendeu que não se permite outorgas de discricionariedades que não seja de uma forma controlada. A Lei nº 13.979/2020 deve ser observada por um olhar constitucional, pois é da competência da União a legislação em relação à vigilância epidemiológica, conforme a Lei nº 8,080/1990. Segue o entendimento do STF:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais

poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. 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.²⁷⁶

Eco explicita também, como assim faria Gadamer, que “é através de processos de interpretação que, cognitivamente, construímos mundos, atuais e possíveis”. Entretanto, mesmo esse caráter sendo constitutivo da interpretação – e de sua dimensão produtiva – tal conclusão a que se chegar não autorizaria confirmar que essa construção aconteça de forma aleatória: “Até mesmo o desconstrucionista mais radical aceita a ideia de que existem interpretações clamorosamente inaceitáveis. Isso significa que o texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes”.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: ADI 6341. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 15/04/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 13/11/2020. STF. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206341%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 15 dez. 2022.

Os limites da interpretação coincidem com os direitos do texto”²⁷⁷. Lembrando Agostinho, Eco também afirma, para reforçar a ideia de “direitos do texto” que “uma interpretação, caso parecer plausível, em determinado ponto do texto, só poderá ser aceita se for reconfirmada – ou pelo menos se não for questionada – em outro ponto do texto”²⁷⁸.

O autor assevera também que a questão de nosso conhecimento ser relacional e de não podermos separar fatos de linguagem, não anula os Direitos do texto: “um texto continua sendo um parâmetro para as suas interpretações aceitáveis”²⁷⁹ e, portanto, “é possível estabelecer alguns limites além dos quais é possível dizer que uma determinada interpretação é ruim ou excessiva”²⁸⁰.

O que foi julgado na ADI 6341 pelo STF é um bom elemento para se analisar as limitações relativas à interpretação de textos de cunho jurídico²⁸¹. Através dessa ação, o STF foi acionado para analisar a conformidade de dispositivos inseridos pela Medida Provisória 926, com as prescrições que regem a dimensão do federalismo cooperativo.

Acreditava o legitimado que ocasionou que o Tribunal se manifestasse que a MP, quando inseriu mudanças na Lei nº 13.979/2020, havia concentrado na pessoa do chefe do executivo, competências relativas à execução de medidas restritivas, já que transformava prerrogativa exclusiva do Presidente da República a delimitação das atividades econômicas e dos serviços, caracteristicamente, essenciais. O conteúdo dos textos postos em posição de confronto eram – principalmente – os § 8º e 9º da MP 926 e o artigo 23, inciso II da CF de 1988²⁸².

²⁷⁷ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad.de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. [livro eletrônico] s.p.23.

²⁷⁸ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. . 39.

²⁷⁹ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 166.

²⁸⁰ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. p. 167.

²⁸¹ Como se sabe, a busca pelo Poder Judiciário aumenta quando o sistema político é tensionado ao limite, sendo exatamente nesses casos que perigo do ativismo exsurge com mais intensidade. Ver, nesse sentido, TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751- 772, 2016, Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em 20 mar. 2021.

²⁸² BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

A questão, assim, pressupõe uma quantidade de conteúdos que são propagados por meios de conceitos ligados à tradição federalista e às palavras que se articulam no texto da Constituição e no contexto da Medida Provisória, com ela confrontada²⁸³. Existem também aspectos e elementos que não estão explicitamente mencionados nos textos citados, anteriormente, mas que, porém, estão pressupostos dentro do contexto.

Destaca-se no caput do art. 23 a palavra “comum” como referência a competências que são atribuídas tanto à União, como aos estados, Distrito Federal e municípios. O inciso II expõe que, todas as pessoas políticas devem atuar para “cuidar da saúde e assistência pública”. Ou seja, uma interpretação que está completamente ausente de qualquer discussão lógica seria a que permitisse tomar a conclusão de que o Presidente da República e o núcleo de seu governo podem decidir, sozinhos, sobre tais situações²⁸⁴.

A AGU propôs o entendimento de que o governo tem respaldo baseado no artigo 21, inciso XVIII, da CF de 1988²⁸⁵ a partir da edição da MP 926. O que é relevante aqui observar é que tanto o texto do art. 21 e do art. 23 trata de competências administrativas, que se manifestam como competências de execução de leis²⁸⁶, e não precipuamente como competências de elaboração de normas.

²⁸³ Sobre o federalismo e seus problemas contemporâneos, importante consultar: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Federação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013; HALBERSTAM, Daniel. Federalism: Theory, Policy, Law. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. [livro eletrônico] s.p.; McCRUDDEN, Christopher. State Architecture: subsidiarity, devolution, federalism and independence. In: ELLIOT, Mark Elliot. FELDMAN, David (Eds.). **The Cambridge Companion to Public Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 193.

²⁸⁴ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁸⁵ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁸⁶ Sobre a chamada cooperação vertical (que se dá entre entes de diferentes níveis federativos), Christian Starck assevera: “Em Estados democráticos, as decisões estatais encontram-se em uma relação de derivação democrática que parte da eleição parlamentar, passando pela formação do governo e pela responsabilidade do governo pela administração e suas decisões. A finalidade da imbricação política mediante formas de cooperação apresentadas é fundar decisões estatais em dois sistemas de legitimação políticos situados lado a lado, o público-central da Federação e o do Estado-membro, atribuíveis respectivamente a eleições parlamentares. A decisão estatal tomada cooperativamente deve se basear, conforme a vontade da Constituição, em uma compensação federal de interesses. Enquanto a Constituição não previr ou permitir tal compensação federal de interesses, decisões estatais sempre se fundarão apenas em uma de ambas as linhas de legitimação” (STARCK, Christian. Princípios do Federalismo e o Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo. **Assembleia Nacional Constituinte de 1987- 1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017).

Essas competências estão descritas nos art. 22 e 24 da Carta Magna²⁸⁷ e são prerrogativas do Poder Legislativo. O formato sobre edição compartilhadas de textos de lei está no art. 24, e nele são estabelecidas as competências concorrentes, que, por sua vez, são enquadradas no que, a partir de uma visão doutrinária, é nomeado no Brasil de “condomínio legislativo”.

No caso da União, todavia, se tem a possibilidade de o Presidente da República agir, na forma de iniciação do respectivo processo legislativo, e a partir da edição de MPs. Contudo, percebe-se que, assim como na hipótese do art. 21, como na do art. 23, não se trata de competências legislativas propriamente ditas, mas, sim, de competências administrativas, por assim dizer, competências de execução de leis. Assim, se constata que a competência de que se trata é administrativa, de execução de lei.

Diante disso, as competências do artigo 21 são reservadas à União que executa, com exclusão dos demais entes federativos, já as competências do artigo 23 são essencialmente comuns e devem ser exercidas em regime de cooperação. Nesse âmbito, os quadros normativos são executados por todos os entes federativos conjuntamente, em um modelo de “governança compartilhada”. O Sistema Único de Saúde, inclusive, pode ser mencionado como um bom exemplo do que representa o tipo de competência da qual se fala. E o mais importante: neste âmbito de competências a ação de uma unidade federativa não exclui a da outra, permitindo – talvez até sugerindo – que esta ação se dê de forma coordenada, com unidade de desígnios. Já na hipótese das competências legislativas concorrentes – como a palavra já está a sugerir – a ação concomitante dos entes federativos se dá de forma a concorrer uma com a outra, havendo aqui a necessidade de um critério normativo que determine de quem é a prerrogativa de legislar e em qual âmbito de interesses. Nesse caso, a Constituição estabelece a regra geral de preferência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral (ou normas gerais, como aparece no artigo 24, parágrafos 1º e 4º), reservando aos Estados e ao Distrito Federal a possibilidade de emitirem leis, nas matérias ali consignadas, no seu âmbito de interesses, podendo suplementar a atividade legislativa da União na hipótese de inexistência de quadros normativos gerais sobre o conteúdo especificado (artigo 24, parágrafos 2º e 3º). Sem embargo, no caso da ADI 6341, não há que se falar em competência concorrente²⁸⁸, uma vez que o âmago da discussão gira em torno do

²⁸⁷ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁸⁸ Há que se consignar que, numa perspectiva didática e especulando sobre as possíveis competências implícitas exigidas para o desdobramento das políticas públicas que seriam necessárias para levar a cabo as competências do art. 23, há quem diga, doutrinariamente, que o art. 23 também consignaria hipóteses de competência concorrente. É o caso de Fernanda Dias de Almeida, que possui um dos trabalhos mais influentes e seminais sobre o federalismo no âmbito do direito constitucional brasileiro ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na**

problema administrativo, ou seja, de execução de leis. Inclusive porque, a rigor, a norma geral já existia e estava dada: Lei 13.979/2020. A pergunta essencial, no fundo, não era se o presidente da república poderia ou não editar Medida Provisória sobre matérias relacionadas à gestão da pandemia (embora, preliminarmente, esse fosse um dos pedidos da inicial), mas, sim, se a Medida editada pelo presidente se apresentava adequada aos comandos constitucionais no que tange aos desdobramentos das competências administrativas, de execução do quadro normativo geral posto. Por esse motivo é que se afirmou, anteriormente, que a questão das competências legislativas impróprias não se aplicava à hipótese que aqui se considera, uma vez que o problema principal não é a edição da medida provisória, mas, sim, as consequências administrativas de alguns de seus dispositivos.²⁸⁹

A liminar deferida pelo ministro Marco Aurélio partiu de uma interpretação que excede os limites do texto, ao propor que se confira ênfase à dimensão concorrente da competência, pois não se trata de competência legislativa, mas sim de entender se, caso ao ser editada a medida, ele poderia concentrar em seu rol de competências a execução das hipóteses relativas às restrições de convívio e de circulação de pessoas que são previstas na Lei 13.979/2020.

Percebe-se, com isso, que o ministro quis falar em competência comum, compartilhada, e não “concorrente”. Ou seja, em sua decisão ele acerta ao deferir parcialmente a solicitação da ADI, mas se equivoca ao sugerir tal interpretação, que, no caso, não é aceitável.

O papel do legitimado ao provocar o STF a se manifestar em relação à constitucionalidade de um ato normativo, através de ADI, deve ser o de incentivar que o Tribunal o reconheça como um importante ator processual, e com ele dialogar na hora de proferir o julgamento.

Entretanto, assim como na decisão e como no voto, o ministro não demonstra ter “uma relação mínima de aderência com o texto da inicial. O primeiro ponto [...] diz respeito à capitulação da modalidade de competência discutida na ação. Por outro lado, um dos pedidos sustentados pelo legitimado dizia respeito a uma eventual inconstitucionalidade formal da MP 926”²⁹⁰.

Constituição de 1988. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Thomaz. TRINDADE, Andre Karam. **Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6341 e a Querela das Competências Federativas.** *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 15, n. 3, set./dez. 2020.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Rafael Thomaz. TRINDADE, Andre Karam. **Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6341 e a Querela das Competências Federativas.** *Revista Eletrônica do Curso de Direito da*

A interpretação de uma das solicitações foi que: a Medida Provisória 926 regulou matérias que tinham competência comum no contexto federal. No parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal²⁹¹ faz exigência em relação à cooperação entre entes federativos. Melhor dizendo, exige que a cooperação entre tais entes seja regulamentada através de lei complementar.

Com essa informação, deduz-se que o Presidente da República teria violado o art. 62 da CF de 1988²⁹² que, por sua vez, proíbe a edição de tais atos normativos diante de hipóteses de reserva de lei complementar. Refutou o ministro, ao responder que o Presidente da República teria atuado “a tempo e modo” à interpretação feita na inicial.

Essa resposta do ministro não foi de encontro ao problema que fora elaborado pelo legitimado. Foi deixado em suspenso o art. 62, § 1º, inciso III, da CF/88²⁹³, já que não explicita se a matéria é ou não é reservada à competência da lei complementar. Assim, mesmo tendo relevância e urgência o Presidente da República não poderia editar medida provisória.

O Senhor Presidente precisaria procurar meios regulares de edição normativa, baseando-se no conteúdo do art. 61 da Constituição. Não se poderia utilizar argumentos que utilizassem o modo como a MP regulou a matéria, por que, mesmo assim, não se poderia excluir a competência das outras unidades federativas, por que todos os entes deveriam atuar de forma concomitante (isso se refere à questão da competência comum e da “índole cooperativa”).

O questionamento gerado aqui é em volta do que a medida provisória regulou, se isso se referia ao exercício da cooperação ou não. Dessa forma, para excluir a forma de interpretação, que violou o art. 62, § 1º, inciso III, da CF/88²⁹⁴, era por dever o ministro se posicionar sobre isso. Não se pode deixar de tocar no ponto em que o voto do ministro Marco Aurélio é uma exemplificação cheia de privilégios de um exercício de “superinterpretação” do Direito.

UFSM, v. 15, n. 3, set./dez. 2020.

²⁹¹ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁹² BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁹³ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁹⁴ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

De qualquer forma, crê-se que a problemática da reserva de lei complementar é a contradição secundária, pois o núcleo principal da discussão se baseava na questão administrativa. Por assim dizer, o problema não era perguntar se o Presidente da República poderia ou não editar uma medida provisória no intuito de reformar a Lei 13.979/2020; o questionamento era se, caso o fizesse, ele poderia trazer para si mesmo a administração das medidas restritivas que influenciavam, de forma direta, na gestão do sistema de saúde. Analisando ainda a interpretação que buscava por alocar a atividade do Presidente, não na questão do art. 23, inciso II, mas na que fora insculpida no artigo 21, XVIII, da CF/1988²⁹⁵.

Ao se colocar o art. 21, inc. XVIII da Constituição Federal²⁹⁶ como opção correta para o caso é a de que, se assim o fizesse, se estaria excluindo a ação dos demais entes federativos do manuseio das medidas de contenção da pandemia, de acordo com a Lei 13.979/2020. No art. 21 da Constituição Federal²⁹⁷ são explicitadas as competências administrativas exercidas, de forma exclusiva, pelo Governo Federal. Como por exemplo, o inciso II (declarar a guerra e celebrar a paz); ou o inciso VII (emitir moeda). Bem claro é que o enfrentamento a uma crise que impactou o sistema de saúde não dá para ser feito de maneira unilateral pela União.

Essa é uma certificação textual, já que a Constituição (artigos 196-198) estabeleceu os pontos principais de uma gestão compartilhada do sistema de saúde. Assim, portanto não é possível manter que a obrigação das medidas para conter a pandemia pode ser manobrada com exclusividade pelo Presidente.

Entretanto é possível afirmar que a possibilidade não trata de uma problemática dentro da gestão da saúde, mas de administração de uma situação de calamidade pública. Essa colocação, para quem pede por essa forma de se interpretar algo, traz outra vez o caso para o contexto envolvido pelo artigo 21, XVIII, da Constituição Federal²⁹⁸, removendo-a da zona em que “acontece” o art. 23, inciso II. Porém, repetidamente essa interpretação não se encaixa no “texto”, já que essa competência se refere à planejamento constante e permanente.

²⁹⁵ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁹⁶ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁹⁷ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁹⁸ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

No entanto, justifica-se a existência de meios de restrição de circulação e de aglomeração de pessoas fundamentando-a na necessidade de parar a propagação da covid-19 diante do propósito de diminuir a sobrecarga que acometia o sistema de saúde. Com isso, é lógico que o uso desses instrumentos causaria impactos na gestão desse mesmo sistema, que é de preceitos cooperativos e compartilhados, e essas decisões seriam quem levaria à utilização dos mecanismos da Lei 13.979/2020. O que faz retornar os questionamentos influenciados pelo conteúdo do art. 23 da CF/1988.

O ponto crucial do desentendimento não estava na possibilidade de uma escolha binária; estaria na imposição, formada pelo conteúdo da MP 962, que, basicamente, era baseada na concentração das decisões executivas das medidas da Lei 13.979/2020, já que era estabelecido que só a ele deveria caber a definição de o que e de quais seriam as atividades e serviços que deveriam ser determinados como essenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve como objetivo analisar as decisões proferidas pelo STF, mais especificamente na ADPF 672 e ADIN 6341, de forma a verificar como tais decisões podem se enquadrar como decisões que interferiram no contexto, no qual está inserida a competência dos administradores.

Nesse ponto, verificou-se que a pandemia provocou grandes mudanças na sociedade. Além das consequências diretas na saúde pública, o STF reafirmou a repartição de competências entre os Entes Políticos e Poderes do Estado, a partir das decisões de ordem política.

Dessa feita, por meio de posicionamentos do STF, é que se tem alcançado algumas das maiores conquistas para as minorias, também é o STF que tem gerido algumas das principais crises brasileiras, preservando o pacto federativo e a proteção da saúde e da vida dos indivíduos, durante este lapso de tempo em que ocorre a crise sanitária, decorrente da covid-19.

O fato de o poder de decisão ter sido passado aos Magistrados e das consequências disso não terem sido simplesmente ignoradas, as decisões que foram tratadas aqui são decorrentes desse acontecimento e tiveram um papel questionador, em relação aos atos discricionários do Poder Executivo Federal. Compreender os limites institucionais da ação da jurisdição é crucial para sabermos situar, dentro das balizas jurídicas, a crítica ao STF, para não a degenerarmos, transformando crítica em ódio institucional.

Verificou-se que as decisões tomadas pelo STF, durante a crise sanitária, foram os mais adequados posicionamentos a serem tomados, já que se considerou os pressupostos ligados à norma. Esses pressupostos, de forma quase que natural, sofrem influência da constitucionalização do direito administrativo, cujo resultado é a excessiva judicialização dos atos discricionários. Vale ressaltar que concretizar a Constituição é atribuí-lhe força normativa; fazê-lo é um dever e não uma opção.

O STF, em relação aos casos tratados aqui, deliberou de acordo com o que promove a Constituição Federal de 1988, porém, as normas dela são quem causa a judicialização. Entretanto, mesmo que suas decisões tenham base no que é

proposto pela Carta Magna, a Corte, ainda assim, fomenta o debate da judicialização da política, já que o núcleo do questionamento está no sistema político e jurídico. Claro que aquelas decisões, definidas como ativistas, dão força e poder à judicialização da política, entretanto o entrave não está só no Judiciário.

As decisões, aqui explicitadas, tiveram o propósito de minimizar os danos causados pela pandemia da covid-19 e tiveram o aval da ciência e de estudiosos da área. No entanto, elas deveriam ter sido elaboradas e propostas pelo Poder Legislativo e pelo Executivo. Fica claro, assim, que existiu um lado positivo, considerando a resposta mais rápida do judiciário, que estava em acordo com os princípios fundamentais, e um outro lado negativo, relacionado ao excesso de poder dado ao Judiciário.

O ativismo é perigoso para o Estado Democrático de Direito; não se pode diferenciar em uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, em contraposição ao ordenamento vigente.

A decisão do STF, na ADI 6341, estabelece algo que a Constituição determina para o esboço de competências federativas em uma possibilidade desta, pela qual está se passando. A problemática está nos fundamentos a serem utilizados e na administração equivocada dos pressupostos constitucionais, o que levou a variadas interpretações, pelos receptores da decisão do Tribunal.

Além disso, quem interpreta pode desrespeitar a limitação do texto e expõe a informação equivocada, que se baseia na ideia de que a ADI 6341 vetou a interferência federal nas decisões sanitárias estaduais. Como já analisada a decisão, não excluía a participação da União, na tomada de decisões, mas afirmava que ela não poderia decidir, por si só, questões relacionadas a regras de isolamento social e nem a quais tipos de atividade e de serviço poderiam ser considerados essenciais.

Sem abordar, criticamente, os posicionamentos e notícias, a colocação de Marco Aurélio, segundo seu voto, indicava a competência concorrente para atuar em relação às questões relativas à gestão da crise. O Presidente da República, em relação as duas decisões, utilizou argumentos por completo retóricos que, de forma banal, justificassem sua omissão. Seu posicionamento foi voltado mais para

discussões ideológicas do que para o que realmente era proposto no momento: a análise das decisões. Isso gerou um sentimento por parte das pessoas que tinha como ponto de partida uma sensação de desrespeito ao que defendia a OMS.

A falta de um conjunto de políticas públicas integradas acabou por estabelecer uma gestão ineficiente de recursos materiais, humanos e financeiros, e demonstrou uma escolha intencionada acoplada à ausência de articulação e de integração entre os entes, que excluía qualquer política de gestão, e que mais se assemelhava a uma tentativa de ferir a imagem do Supremo Tribunal Federal, esse que, por sua vez, não impediu ou limitou que o Governo Federal executasse as ações que quisesse, ao contrário do que afirmava,, repetidamente o Presidente da República.

As ações de cunho ilícito, praticadas pelos estados ou pelos municípios, não eram justificativas para a inércia da União. Para agir, o chefe do executivo não tinha impedimento algum, já que as decisões do STF tinham o propósito de orientar os entes federativos a mitigarem a crise.

Conclui-se, portanto, que as decisões na ADPF 672 e ADI 6341 não são ativistas e demonstraram uma atuação judicial adequada, apesar dos questionamentos. Em que pese o ativismo judicial, seja elemento de desestruturação do equilíbrio do sistema de freios e contrapesos, não se verificou nas decisões estudadas tal postura da corte constitucional que, pelo contrário, deu respostas em consentâneo com o sistema normativo, garantindo os direitos fundamentais, mormente a saúde.

A análise quanto ao ativismo deve ser feita caso a caso, sob pena de se classificar como inadequada e ativista toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em searas que podem desagradar determinados segmentos do espectro político.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

ALEXY, Robert. **Teoría del Discurso y Derechos Humanos**. Trad. Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Federação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. 2011, p.12. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em: 7 maio 2022.

ANJOS, Isabele Sales dos. Os limites da representação e do político: um diálogo entre os debates da judicialização da política no Brasil e o pensamento de Carl Schmidt. Confluências: **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 21, p. 46-60, maio, 2019.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Brasília, OAB, n. 4, 2009, Disponível em: < <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> >. Acesso em: 13 de março de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009, p. 1-2.

BARROSO, Luiz Roberto O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse público. In: SARMENTO, Daniel, (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BECHMANN, G.; STEHR, N. 2001. Niklas Luhmann. Tempo Social: **Revista de Sociologia da USP**.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BICKEL, A. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. 1986.

BIELSCHOWSKY, Raoni. **O poder judiciário na doutrina da separação de poderes**. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Revista de informação legislativa. a 49 n 195 jul/set 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma Defesa das Regras do Jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF: 01. Arguente: Partido Comunista do Brasil. Arguido: Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. 3 de fevereiro de 2000. Lex: Jurisprudência do STF, Distrito Federal.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal** Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. 2020.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 15/04/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 13/11/2020. STF. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206341%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 89.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701**. Brasília, 2021.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin (Prólogo a la Edición Española). In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Gustavino. Madrid: Ariel, 1997.

CAMPILONGO, C.F. 2002. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo, Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. **Revista da Usp**, v.21 1994.

CAMPOS, Carlos. Alexandre de. A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Curitiba: Grupo GEN, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1999.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Judicialização e legitimidade democrática. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2022.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca Da Judicialização Da Política No Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 1, n. 23, nov. 2004,

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradução: Lydia Cristina. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Politização da Justiça: atores judiciais têm agendas próprias? **Cadernos Adenauer**, [Online], v. XX, n. 1, 2019.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** Itajaí: UNIVALI, 2012.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012.

DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge: Mass, Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DYKE. Vernon Van, **Political Science**: A Philosophical Analysis (Stanford: Stanford University Press, 1960.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad.de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ELY, John Hart Ely. **Democracy and Distrust: a Theory of judicial review**, 11 ed, Cambridge: Harvard University, 1995.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21.

FERREIRA, Eber M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Orientador: Rubens Beçak. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. O Significado e Alcance da Expressão “Preceito Fundamental”, no Âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2008.

GUERRA, G. R.; MARCOS, H.; HARDMAN, A.I. De Wuhan ao Planalto Central: Federalismo, Patriotismo Constitucional e o Supremo frente a Covid-19. **Revista Jurídica Unicuritiba**. V.04, n.n71, out./dez.2020,. Disponível em:<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4610>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERMAS, Jürgen. 1997. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. RJ: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 192.

HALBERSTAM, Daniel. Federalism: Theory, Policy, Law. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista Direitos Culturais** - v.1 - n.1 – dezembro, 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2004.

LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y Legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo. In: PINA, António López. **División de Poderes e Interpretación: hacia una Teoría de la Praxis Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1997.

LEADER, Sheldon. Le Juge, la Politique et la Neutralité: a Propos des Travaux de Ronald Dworkin. **Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique**, Paris, n. 2, 1986.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte interamericana de direitos humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.1, n.3, p.123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro**: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da política e divisão de poderes no Estado Democrático de Direito**: a Jurisdição Constitucional como quarto poder. 2006. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

LIMA, Deyvison Rodrigues. O conceito do político em Carl Schmitt. **Argumentos**, n. 5, p. 164-173, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo**: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia. Tese (Doutorado) – Universidade

Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático* (Artigo). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.39, n.153, jan./mar. 2002.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Historia del Constitucionalismo Moderno. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. **O estado de risco: o estado constitucional de direito no paradigma social do risco**. 2011. 294 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2011.

McCRUDDEN, Christopher. State Architecture: subsidiarity, devolution, federalism and independence. In: ELLIOT, Mark Elliot. FELDMAN, David (Eds.). **The Cambridge Companion to Public Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. 2020. 233 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A política, o direito e sua interdependência: o esforço pela busca de suas autonomias. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 267-283, jul./dez. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MENDONÇA, Eduardo Bastos de. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e Patriotismo Constitucional: O projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Thomaz. TRINDADE, Andre Karam. **Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6341 e a Querela das Competências Federativas**. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 3, set./dez. 2020.

OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. **Revista de Estudos Filosóficos** n. 12/2014, Disponível em:

<http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001.

PRADO, Ediano Dionísio do. Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles – dois precursores controversos da Ciência política. **Revista Sítio Novo** v.4, out./dez.2020. Disponível em: <https://sitionovo.iftto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

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

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RASMUSSEN, David M. How is Valid Law Possible? A Review of Between Facts and Norms by Jürgen Habermas. In: DEFLEM, Mathieu. **Habermas, Modernity and Law**. London: Sage, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SAÚDE GLOBAL. **Doenças da Globalização. 2015**. Disponível em: <<https://saudeglobal.org/2015/02/05/doencas-da-globalizacao/>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

SILVA, Denise S. V. **Direito à Saúde**: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. ed. 22. Curitiba: Juruá. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SITO, Santiago Artur Berger; LISOWSKI, Carolina Salbego. **Procedimentalismo e positivismo**: uma reflexão necessária. Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2439.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

STARCK, Christian. Princípios do Federalismo e o Brasil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo. **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**: análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais - Sociais no Brasil in: **Novos Estudos Jurídicos**. v 8. n 2. Univali, Itajaí, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07 de jan. de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal e Torbjörn, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano Da. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Scielo Brasil, [S. l.], p. 1-15, 16 fev. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/ybwh5kBrjcBWkX8mVqgzR4r/?lang=pt>. A-90/pcesso em: 7 set. 2021.

TROPER, Michel. Dossier Ronald Dworkin. **Droit et Société**: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, n. 1, 1985.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**: The Judicialization of Politics. New York: New York University. 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Scielo Brasil, São Paulo. vol. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso**: a judicialização da política e o ativismo judicial. Estação Científica. Juiz de fora: Ed. Especial de Direito. V 01. n 04.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006.