



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**

**ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO**

**CONTEXTO DA PANDEMIA:**

**ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO À ADPF 671/DF**

**ORIENTANDO – JOÃO BATISTA CALAÇO NETO**

**ORIENTADORA – Prof.<sup>a</sup> GABRIELA PUGLIESI FURTADO CALAÇA**

**GOIÂNIA-GO  
2022**

JOÃO BATISTA CALAÇO NETO

**ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO**

**CONTEXTO DA PANDEMIA:**

ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO À ADPF 671/DF

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso, da Escola de Direito e Relações Internacionais, do Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof.<sup>a</sup> Orientadora – GABRIELA PUGLIESI FURTADO CALAÇA

GOIÂNIA-GO  
2022

JOÃO BATISTA CALAÇO NETO

**ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO  
CONTEXTO DA PANDEMIA:**

ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO À ADPF 671/DF

Data da Defesa: 08 de junho de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador (a): Prof. (a): Gabriela Pugliesi Furtado Calaça

Nota

---

Examinador (a) Convidado (a): Fausto Mendanha Gonzaga

Nota

## SUMÁRIO

<b>ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA PANDEMIA .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>3</b>
<b>1 O ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 O DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.1 Estados Unidos .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.1.1 Caso Marbury vs Madison .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.1.2 Caso Dred Scott vs Sandford .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1.1.3 Lochner vs New York .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 CONCEITO .....</b>	<b>8</b>
<b>1.3 DESENVOLVIMENTO NO BRASIL: O ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>9</b>
<b>1.3.1 O direito de greve dos servidores públicos e o Mandado de Injunção .....</b>	<b>10</b>
<b>1.3.2 O princípio da anterioridade eleitoral e a Emenda Constitucional 52/2006 .....</b>	<b>11</b>
<b>1.3.3 A legitimação da Lei 11.105/2005 .....</b>	<b>12</b>
<b>1.3.4 Nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13 .....</b>	<b>12</b>
<b>2 O STF .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Análise Jurisprudencial .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.1 Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343/DF .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.2 Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 812/DF .....</b>	<b>15</b>
<b>3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 671/DF .....</b>	<b>16</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>20</b>
<b>9 ABSTRACT .....</b>	<b>20</b>
<b>10 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>22</b>
<b>11 ANEXOS .....</b>	<b>24</b>

## ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO

### CONTEXTO DA PANDEMIA:

#### ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO À ADPF 671/DF

João Batista Calação Neto

Em pleno contexto de pandemia, indaga-se se o Supremo Tribunal Federal está julgando com base na Constituição e após ser provocado. A constatação inversa seria catastrófica, pois resultaria no ativismo judicial. O ativismo judicial teve seu berço nos Estados Unidos. Após vários casos emblemáticos, percebeu-se que a Corte Americana se dividiu entre o ativismo e autorrestrrição. No Brasil, o fenômeno do ativismo foi recente. O STF, após a promulgação da Constituição de 1988, assumiu um papel promissor em diversas questões políticas e sociais. A análise de alguns casos mostrou deferência e respeito do STF aos demais poderes. Outrora, demonstrou inovação e expansão do entendimento da Constituição. A ADPF 671/DF foi julgada nesse sentido, respeitando os limites impostos pela Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Deferência. Respeito. Separação dos poderes. Supremo Tribunal Federal.

## INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno recente no Brasil. Em relação ao STF, instância máxima do Poder Judiciário, suas decisões têm impacto em todo o território nacional.

Durante a pandemia do coronavírus, vê-se que o STF realizou o controle de constitucionalidade de várias leis e atos normativos dos poderes executivos federais, estaduais e municipais, visando a relação entre a boa interpretação e a compatibilidade com a situação de calamidade pública.

No entanto, indaga-se se a Suprema Corte estaria legislando no lugar do Poder Legislativo ou criando políticas públicas no lugar do Poder Executivo. A constatação disso seria catastrófico, pois feriria o princípio da Separação dos Poderes, um dos pilares da Constituição Federal e do bom exercício da democracia.

A escolha do presente tema se deu pelo grande interesse na área de Direito Constitucional e sua relação com o contexto atual no qual o Poder Judiciário exerce o papel de protagonista na condução das decisões para enfrentamento da pandemia num cenário de aguda crise de governabilidade que reverbera em riscos reais à própria estabilidade democrática.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrinas de notórios juristas brasileiros, análises de jurisprudências, pesquisa na legislação vigente, como a Constituição Federal, e pesquisa em artigos científicos.

A respeito do tema a ser abordado, o trabalho será realizado a partir do método lógico-dedutivo de pesquisa científica, na qual se utilizará de uma cadeia de raciocínio descendente, isto é, analisando do geral ao particular, buscando compreender e analisar o posicionamento da Suprema Corte brasileira em relação ao julgamento da ADPF 671/DF, encerrando-se com a conclusão.

## 1 O ATIVISMO JUDICIAL

### 1.1 O DIREITO COMPARADO

#### 1.1.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos foi o berço do ativismo judicial, cujo termo começou a ser discutido pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. em seu artigo *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, em janeiro de 1947.

No referido artigo, o autor dividiu os juízes da Suprema Corte norte-americana nos grupos dos **ativistas** e dos **autorrestritivos**. Segundo AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 31 *apud* SCHLESINGER, 1947, p. 75/77), enquanto aqueles “[...] substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, ‘mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador’ [...]”, esses “[...] têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com ‘deferência à vontade do legislador’ [...]”.

Segundo Schlesinger, a disputa entre o ativismo e a autorrestrição judicial se resumia em definir o campo de atuação da Suprema Corte no **sistema constitucional e político do país**, de forma que a autorrestrição fosse regra geral e o ativismo reservado para casos de ameaças aos direitos políticos:

[...] “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a [sic] “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. Contudo, advertiu que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”, ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto, não o aceitava como rotina institucional da democracia norte-americana. (SCHLESINGER, 1947, p. 208 e 212).

##### 1.1.1.1 Caso *Marbury vs Madison*

Este caso emblemático promoveu um esquema de decisão importante para a instância máxima do Poder Judiciário norte-americano, na qual o juiz se abstém de julgar o mérito da

causa ante à inconstitucionalidade de uma lei federal face à Constituição, declarada incidentalmente.

O contexto fático se tratava da nomeação do magistrado William Marbury, pelo presidente John Adams, para o cargo de Juiz de Paz no estado da Colúmbia, mas que não ocorreu durante a vigência do governo dele, sendo postergada para o governo de Thomas Jefferson. Ocorre que James Madison, secretário de Estado nomeado por Jefferson, não investiu o magistrado no referido cargo.

No caso, foi posta à prova a competência originária da Suprema de Corte de apreciar o *writ of mandamus* proposto por Marbury, isto é, um mandado de segurança, em relação ao ato de autoridades públicas, como a do supracitado secretário de Estado, sendo esta competência estabelecida na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789.

Ocorre que, ao mesmo tempo, a Constituição Americana, em seu art. 3º, Seção 2, Cláusula 2, dispôs que a jurisdição originária da Suprema Corte se restringiria para causas atinentes a embaixadores, ministros de estado e cônsules, sendo o restante destinado à competência recursal:

*In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the supreme Court shall have **appellate Jurisdiction**, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.<sup>1</sup> (sem grifo no original)*

O “caso Marbury”, como ficou conhecido, possuiu caráter predominante de **autorrestrrição** na medida em que se negou “[...] a competência originária para controle de atos de altas autoridades do governo e, com isso, absteve-se de intervir na ação ilícita do governo federal sobre a violação do direito de Marbury” (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 34)

No entanto, conforme AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 34), também conteve resquícios de **ativismo judicial**, já que o órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano, a Suprema Corte, não seguiu o que dispunha o *Judiciary Act* de 1789, isto é, norma federal criada pelo Poder Legislativo, representado pelo Congresso, e que lhe conferia tal competência normativa.

---

<sup>1</sup> Em todos os Casos que afetem Embaixadores, outros Ministros e Cônsules públicos e aqueles em que um Estado seja Parte, a Suprema Corte terá jurisdição original. Em todos os outros casos antes mencionados, a Suprema Corte terá **Jurisdição de apelação**, tanto quanto à Lei e ao Fato, com as Exceções e sob os regulamentos que o Congresso fizer.

Além disso, a partir da instituição de um novo poder à Suprema Corte, chamado de *judicial review*, o referido dispositivo foi declarado inconstitucional por ser contrário à Constituição Americana, afirmando, dessa forma, a sua imutabilidade por meios ordinários.

#### 1.1.1.2 Caso Dred Scott vs Sandford

O caso Dred Scott foi um exemplo de ativismo de judicial da Suprema Corte norte-americana, mas com fragmentos de autorrestrrição.

Dred Scott foi escravo do major do Exército, John Emerson. À medida que Emerson era remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhava e, em algumas dessas oportunidades, residiu em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida. Foi assim em 1834, em Rock Island, no Estado de Illinois, cuja Constituição proibia a escravidão, e também em 1836, no Fort Snelling, localizado no então recém-criado Território de Wisconsin (1836-1848), onde a proibição da escravatura decorria da lei federal batizada como “Compromisso do Missouri” (1820). Depois da morte de Emerson, em 1843, a viúva se recusou a entregar a Dred Scott a liberdade. Ele então a demandou, na Corte estadual do Missouri, com o argumento de ter adquirido o direito à liberdade quando residiu no Estado de Illinois (1834-1836) e no Território Federal de Wisconsin (1836-1838), que proibiam a escravidão. Era a doutrina do “uma vez livre, sempre livre” (*once free, always free*). Inicialmente, Scott obteve a vitória, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do Missouri. Depois de um arranjo para assegurar a jurisdição federal sobre o caso, a questão chegou à Suprema Corte. (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 35).

Quando Dred Scott recorreu à Suprema Corte, o *Chief Justice* Roger Taney, chefe do órgão à época, decidiu que os afrodescendentes trazidos para o território dos Estados Unidos como escravos **não eram considerados cidadãos, mas apenas objetos com valor mercantil**. Essa interpretação foi criada a partir do contexto histórico no qual a Constituição norte-americana foi promulgada e que considerava Dred Scott como parte de “[...] uma classe de seres humanos subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante, e mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade” (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 35).

Taney, em sua decisão, argumentou também que a “[...] V Emenda garantia aos cidadãos americanos o direito constitucional de propriedade de escravos e, por isso, esse direito não poderia ter sido validamente diminuído pelo Congresso” (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 35).

Logo, a Suprema Corte declarou inconstitucional a referida lei federal abolicionista conhecida como “Compromisso do Missouri”, evidenciando o **caráter ativista** do caso Dred Scott ao proibir que o Congresso decidisse a respeito do tema da escravidão.

A parte correspondente à **autorrestrrição** se resume no fato de que Taney negou reconhecer a possibilidade da Suprema Corte de alterar o sentido da Constituição para legitimar o *status* de cidadão ao negro buscando, dessa forma, preservar o sentido da norma durante a sua criação pelo legislador constituinte originário, os *founding fathers*.

AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 36) trata também de outro ponto importante do caso Dred Scott ao dizer que “[...] decisões ativistas sobre questões cruciais devem sempre ser precedidas de cálculos precisos quanto aos efeitos sistêmicos e consequências políticas [...]”. O resultado do julgamento sobre a escravidão poderia trazer, por exemplo, consequências para os territórios da região Sul dos Estados Unidos, cujo modelo do sistema econômico se baseava na exploração do trabalho escravo.

#### 1.1.1.3 Lochner vs New York

O caso Lochner foi mais outro exemplo de destaque de ativismo judicial da história da Suprema Corte norte-americana.

Neste cenário, o Estado de Nova York aprovou lei limitando a jornada dos padeiros em dez horas por dia e 60 horas por semana com a finalidade de proteger a saúde dos empregados. As grandes padarias não foram tão afetadas com a lei das dez horas, todavia as pequenas padarias, sem muitos recursos, sentiram-se afetadas. (FREITAS, WEDY; 2015).

Indagava-se sobre a possibilidade do Poder Legislativo se imiscuir nas relações contratuais de trabalho para exercer o poder de polícia. A Suprema Corte, por sua vez, decidiu pela inconstitucionalidade da lei se utilizando, de maneira simplória, do princípio constitucional do devido processo legal (*due process of law*) previsto na 14<sup>a</sup> Emenda para justificar a polêmica decisão:

*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or*

*property, without **due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*<sup>2</sup> (sem grifo no original).

Os demais embates judiciais que ocorreram ao longo do tempo após o caso *Lochner* também abusaram da cláusula do devido processo legal:

[...] a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc. (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 37).

Segundo AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 37 e 38), *Lochner* foi essencialmente **ativista**, pois “[...] faltou com deferência às decisões prévias do legislador”. O gestor público possuía a competência técnica bem como as razões para editar um ato legislativo que impusesse limitações ao exercício da liberdade de contratar dos empregadores, mas o Poder Judiciário considerou a questão como mera infringência a um princípio constitucional que, embora importante, estava disposto de forma **vaga** no texto constitucional. Dessa forma, era permissível que interpretações dessa natureza fossem proferidas pelos magistrados da Suprema Corte, até mesmo para validar “[...] política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador”.

Apesar da decisão ativista do órgão colegiado,

[...] os *Justices* Harlan, White e Day dissentiram no sentido de que a liberdade de contratar não poderia ser violada, contudo estaria, sim, sujeita a uma política de regulação razoável. A intenção da lei aprovada, para os dissidentes, foi a de proteger o bem-estar daqueles que trabalham nas padarias. [...] Para os três dissidentes, a decisão deveria levar em consideração o poder inerente dos Estados para zelar pela vida, saúde e bem-estar dos seus cidadãos. (FREITAS, WEDY; 2015).

Conforme AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 38), o caso *Lochner* contribuiu, de certa forma, para o ativismo judicial contemporâneo na medida em que ilustrou “[...] a aplicação imediata e vigorosa de direitos fundamentais apenas vaga ou mesmo implicitamente previstos na Constituição [...]” bem como “[...] a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica do Executivo ou do Legislativo em matéria de políticas públicas”.

## 1.2 CONCEITO

---

<sup>2</sup> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o **devido processo legal**; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

Em relação ao conceito de ativismo judicial, AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 99) define da seguinte forma:

[...] exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Por sua vez, para BARROSO (2009, p. 5):

[...] 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 um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De certo modo, o ativismo judicial depende da ação dos representantes do Poder Judiciário, que é provocado para solucionar as demandas, seja em relação a questões controversas, seja pela ausência de regulamentação dos demais poderes constituídos, sendo, também, uma forma de **reação** à morosidade desses.

### 1.3 DESENVOLVIMENTO NO BRASIL: O ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ativismo judicial do STF começou a se desenvolver de forma mais evidente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, **que atribuiu maior poder decisório ao órgão:**

A nova Constituição criou modelo político longe de ser puramente majoritário, ao invés, impôs rígidos limites às decisões das maiorias de cada tempo, em particular, o respeito aos direitos fundamentais, regulou espaço importante da vida política e social e confiou ao Supremo – órgão sem lastro majoritário – a garantia da validade prática desses limites. Para tanto, a Constituição outorgou à Corte número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a sobremaneira e dando início a amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 137).

Mais tarde, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, ocorreram alterações que propiciaram ainda mais concentração de poder decisório. Além da reforma na estrutura do Poder Judiciário bem como do controle de constitucionalidade, a emenda criou a **súmula vinculante** (art. 103 – A, CF/88):

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária. (MORAES, 2020, p. 1474).

As súmulas vinculantes, como forma de uniformizarem a jurisprudência sobre determinada matéria legal, possibilitaram ao STF, de maneira geral, exercer funções típicas do Poder Legislativo em âmbito federal, representado pelo Congresso Nacional, para “[...] ditar normas de natureza escancaradamente legiferante, que vincula o Estado-administração, as demais instâncias judiciais e a própria sociedade.” (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 139).

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 45/04 também introduziu um novo pressuposto de admissibilidade dos recursos extraordinários, a **repercussão geral**:

A repercussão geral somente estará presente quando na pretensão arguida perante o STF houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas naquele determinado processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares, pretendendo o texto constitucional, ao mesmo tempo, fortalecer as decisões das instâncias jurisdicionais ordinárias e preservar o Supremo Tribunal Federal para a discussão das matérias constitucionais de relevância e reflexo para toda a sociedade. (MORAES, 2020, p. 1095)

Conforme AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 139), este requisito tem como base o princípio da duração razoável do processo e foi bastante útil para filtrar a quantidade de Recursos Extraordinários que seriam julgados pelo STF para que, assim, a Corte buscasse se concentrar nos casos que eram mais significativos.

No decorrer dos anos seguintes, o STF proferiu decisões com alto teor de ativismo judicial em questões cujas discussões pareavam sobre temas “[...] da dinâmica dos processos políticos e eleitorais e o das grandes questões morais e sociais contemporâneas [...]” (AZEVEDO CAMPOS, 2014, p. 143).

### 1.3.1 O direito de greve dos servidores públicos e o Mandado de Injunção

Os mandados de injunção 670, 708 e 712 possuíam como objeto a possibilidade dos servidores públicos, em âmbito municipal, estadual e federal, gozarem do direito de greve que, até momento, inclusive, não foi regulamentado pelo legislador ordinário.

Em 2007, o Supremo reconheceu a real necessidade de solucionar temporariamente o conflito entre o direito de greve dos servidores públicos e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua.

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. (MENDES, 2020, p. 1870).

Mas o que mais se destacou, além do exercício da atividade legislativa pelo poder judiciário, foi a possibilidade de se usar do referido remédio constitucional para suprir lacuna constitucional e **conferir à decisão eficácia *erga omnes***.

Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente para os impetrantes, mas também para os casos idênticos ou semelhantes. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei. (MENDES, 2020, p. 1870).

### 1.3.2 O princípio da anterioridade eleitoral e a Emenda Constitucional 52/2006

Em 2006, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 52 que possibilitava aos partidos políticos a formação de coligações sem a necessidade das candidaturas nacionais, estaduais, municipais e a distrital terem vínculo entre si.

No entanto, o STF, em sede da ADI nº 3.685/DF, entendeu que o art. 2º da emenda feria o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, entendido nesse julgamento, segundo MENDES (2020, p. 1177), como a “[...] garantia de um ‘devido processo legal eleitoral’ [...]”.

Além disso, segundo MORAES (2020, p. 570), tratou-se também de uma ofensa a uma **cláusula pétrea implícita**:

A subtração implícita da incidência do art. 16 em relação à EC nº 52/06, permitindo que as regras eleitorais sejam alteradas 6 meses antes da eleição, com o afastamento do princípio da verticalização, afronta claramente com a *ratio* da referida norma constitucional e atenta contra o princípio da segurança jurídica consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e, conseqüentemente, desrespeita uma das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).

Percebe-se que o ativismo do STF, neste caso, residiu em postergar a aplicação da inovação trazida pela referida emenda constitucional para daqui há 1 (um) ano após a data de sua vigência, obedecendo ao art. 16 da CF/88 e, simultaneamente, preservando a intenção do legislador incumbido do poder constituinte derivado reformador.

### 1.3.3 A legitimação da Lei 11.105/2005

A “Lei de Biossegurança”, aprovada pelo Congresso Nacional em 2005, careceu de debates entre o legislador ordinário e os setores interessados da sociedade, o que, em tese, prejudicaria o direito dos cidadãos em fiscalizar a atividade daqueles que os representam.

Assim, o Supremo, durante o julgamento da ADI nº 3.510/DF, analisou a referida legislação. Segundo AZEVEDO CAMPOS (2014, p. 144):

[...] Este caso mostrou, segundo penso, que **nossa dinâmica social tem creditado ao Supremo um valor de legitimação dos atos dos outros poderes, máxime do Legislativo**, no exato sentido defendido por Charles Black Jr. em obra clássica sobre a Suprema Corte norte-americana: **as decisões da Corte teriam a função de prover um “alto sentimento público de que o governo obedeceu à Constituição”**. (sem grifo no original).

Apesar da constitucionalidade plena da lei, o julgamento foi oportuno para preencher o “vácuo” criado pelo poder legislativo em trazer esclarecimentos à população, conferindo maior visibilidade ao assunto do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamentos de doenças graves.

### 1.3.4 Nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13

A edição da **Súmula Vinculante nº 13** foi objetivada para que “[...] os Poderes Executivo e Legislativo, no âmbito da administração direta e indireta, tanto da União como dos Estados, Distrito Federal e Municípios, abstivessem-se da prática de nepotismo [...]” (AZEVEDO CAMPOS, 2014).

A tese definida pelo ministro Ricardo Lewandowski, no RE 579.951, explicaria o motivo do STF ter utilizado da súmula vinculante para impor a restrição: “A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.”

Segundo BARROSO (2020, p. 451), esse precedente de postura ativista do STF aproxima o juiz da função de criar o Direito, porém, a Corte “[...] agiu diante da inércia do legislador ordinário. Em certas situações excepcionais – com grande parcimônia e sem arrogância –, a jurisdição constitucional deve desempenhar um papel iluminista, ajudando a empurrar a história.” (BARROSO, 2020, p. 110).

## **2 O STF**

### **2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

#### **2.1.1 Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343/DF**

A ação direta de inconstitucionalidade nº 6.343 foi ajuizada para declarar a discrepância de alguns dispositivos da Lei nº 13.979/2020 em relação à Constituição Federal no tocante a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a proteção e defesa da saúde, conforme reza o art. 24, inc. XII, da CF. Além disso, houve a inconstitucionalidade em relação ao impedimento de Estados e Distrito Federal para legislarem sobre o transporte intermunicipal, que, inclusive, trata-se de competência residual (art. 25, § 1º, CF).

No presente caso, percebe-se que, de fato, houve interferência indevida da União nos demais entes federativos ao impor, conforme a Lei nº 13.979/2020, a necessidade de

autorização do Ministério da Saúde para que os gestores locais de saúde pudessem adotar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública presentes no art. 3º do diploma legal.

Segundo a ementa do julgamento, os artigos 3º, inc. VI, “b”, §§ 6º, 6º-A e 7º, inc. II, criaram obstáculos aos Estados e Municípios para a adoção de certas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia da COVID-19, restringindo indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes e, ao mesmo tempo, ferindo o pacto federativo.

Analisando os motivos que ensejaram a ADI nº 6.343, é possível perceber que o STF agiu dentro do que preconiza a Constituição Federal, especificamente no que tange a sua competência originária para apreciar a constitucionalidade de lei federal (art. 102, I, “a”, CF).

A medida cautelar, apesar de ter sido indeferida pelo relator, o Ministro Marco Aurélio, foi concedida parcialmente para que a repartição de competências fosse respeitada, a saber, a competência concorrente de cada ente federativo para legislar sobre a proteção e a defesa da saúde.

Destaca-se o trecho do voto do Min. Alexandre de Moraes no qual afirmou a **hipótese de a União legislar sobre o transporte intermunicipal**, mas com a ressalva de não interferir na competência residual dos Estados, conferida pela CF:

Então, Senhor Presidente, sem querer estender-me, referendo parcialmente a negativa de medida cautelar, porque concedo medida cautelar em relação ao art. 3º, VI, b e §§ 6º e 7º, II, no sentido de suspender parcialmente, sem redução de texto, excluindo Estados e Municípios da necessidade de autorização da União ou obediência a determinações de órgãos federais para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas. **A União continua com a possibilidade de atuar na questão do transporte e das rodovias intermunicipais, desde que haja interesse geral, mas não exclui isso dos Estados.** A União, sim, deve, nos termos da Medida Provisória, observar as normas da ANVISA e de seus próprios Ministérios, mas isso não exclui a possibilidade de os Estados e Municípios efetivarem as normas previstas na Medida Provisória, observando as orientações dos órgãos técnicos correspondentes. (STF – Referendo na medida cautelar – ADI 6.343/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJE nº 273, Publicado em 16/11/2020, Acesso em 23 fev. 2022) (sem grifo no original)

A partir desse posicionamento, o ministro proferiu uma interpretação expansiva da Constituição, ampliando o alcance dessa competência residual dos Estados à União, possibilitando a harmonia entre os entes federativos.

Portanto, as inconstitucionalidades presentes na referida lei contribuíram para que o órgão máximo do Poder Judiciário fosse provocado para solucionar a questão, procedendo de

maneira adequada e modesta. A presença do ativismo judicial, independentemente da observação anterior feita ao entendimento do Min. Alexandre de Moraes, foi mínima e não afetou a legitimidade da decisão proferida no acórdão. Aliás, trata-se de uma evidência clara de que a verdadeira natureza do ativismo judicial não é, necessariamente, a ruptura da ordem, mas que pode ser decomposta em situações de autocontenção e aperfeiçoamento.

### **2.1.2 Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 812/DF**

Segundo o interior teor da decisão monocrática do relator Min. Ricardo Lewandowski:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de liminar de urgência proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB “em face de ações e omissões do Poder Público Federal, especialmente da Presidência da República e do Ministério da Saúde, consubstanciadas na mora injustificada em adquirir quantidade suficiente de vacinas contra a COVID-19, ocasionando perigoso atraso na execução do plano de imunização da população e violando preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º, III, art. 5º, caput, art. 6º, art. 37, caput e art. 196, todos da Constituição Federal de 1988”. (STF – Decisão monocrática – ADPF 812/DF, Relator: Ricardo Lewandowski. DJE nº 15, Publicado em 27/01/2022, Acesso em 23 fev. 2022)

Apesar de ser o instrumento correto para buscar judicialmente a concretização de um princípio fundamental, qual seja, o direito à saúde (art. 6º, CF), ante a inércia do Poder Executivo, a resposta da Advocacia-Geral da União (AGU) contrapôs acertadamente os argumentos da petição inicial, evidenciando as inúmeras ações tomadas pelo Governo Federal para consumir o princípio em análise.

Consequentemente, na decisão, o ministro não apreciou o mérito devido à perda do objeto da ADPF e, de maneira geral, a apresentação de documentos e notícias com informações demonstrando os esforços para o combate ao COVID-19 corroboraram para esse desfecho: “Digo isso porque as substanciosas informações juntadas aos autos denotam **a tentativa de promover, ainda que com importante atraso, a atuação da União na aquisição e distribuição das vacinas** para o combate à pandemia do novo coronavírus”.

Além disso, a argumentação do ministro trouxe aos autos o fato de que as omissões do Governo Federal já estavam sendo apuradas pelo Poder Legislativo em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI. Nesse caso, percebe-se um posicionamento autorrestritivo do

STF em relação ao Poder Legislativo de forma que os trabalhos da CPI não fossem usurpados por outro poder constituído.

Com tal característica, a decisão do ministro foi apropriada na medida em que primou pelo respeito **ao princípio da separação dos poderes** ao não interver em uma atividade típica do Poder Legislativo sendo, também, isenta de qualquer traço do ativismo judicial, tal como leciona Pedro Lenza:

Entendemos que esse papel desempenhado de **fiscalização e controle** da Administração é verdadeira **função típica** do **Poder Legislativo**, tanto que o art. 70, caput, da CF/88 estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo **Congresso Nacional**, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (LENZA, 2020, p. 397)

Aliás, diga-se de passagem, o mesmo princípio também foi invocado pela AGU para afirmar, em sede de contestação, a retração necessária do Poder Judiciário, representado pelo STF, órgão carente de competência técnica para planejar as políticas de proteção ao direito alavancado, e manifestar pelo julgamento improcedente dos pedidos:

De todo modo, cumpre ressaltar que, no modelo de separação de Poderes conformado no texto constitucional vigente, as decisões sobre alocação de recursos são tomadas segundo um processo complexo, que concatena a participação dos três Poderes, com destaque para o Executivo e o Legislativo, que são responsáveis por estabelecer os interesses públicos a serem priorizados em determinado momento.

O acolhimento das medidas requeridas, sobretudo diante de seu caráter genérico e sem limites precisos, implicaria um rearranjo de duvidosa utilidade na atuação de instituições e agentes com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação, além de reconfigurar todo o processo deliberativo vigente para a implementação de políticas de saúde, com inevitáveis consequências alocativas.

[...] Trata-se não apenas de deferência pela escolha dos representantes eleitos, mas também do reconhecimento de que outros Poderes podem ter maior aptidão para decidir sobre determinados assuntos, como ocorre no presente caso. (AGU – Parecer da Advocacia-Geral da União ADF 812/DF, Publicado em 15/04/2022, Acesso em: 24 fev. 2022.)

### **3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 671/DF**

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL requereu na petição inicial, em sede de controle concentrado, a obtenção de uma solução urgente para o combate das consequências da

COVID – 19 por meio da requisição administrativa dos leitos de UTI disponíveis no setor privado, pedido esse consubstanciado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 671:

Portanto, é fundamental que **se determine à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que, nas respectivas esferas administrativas e ante eventual escassez de bens e serviços necessários ao atendimento do interesse público, em especial leitos em unidades de tratamento intensivo (UTI), executem a requisição administrativa da totalidade dos bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas relativos à assistência à saúde prestados em regime privado.** (PSOL (Partido Socialismo e Liberdade e União) – Petição inicial – ADPF 671/DF, Relator: Ricardo Lewandowski, Publicado em 31/03/2020, Acesso em 23 fev. 2022)

O requerente sustentou que as providências do Poder Executivo federal, bem como inúmeras omissões, corroboraram para ferir certos preceitos fundamentais, tais como:

[...] **direito social à saúde** (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), o **direito fundamental à vida** (art. 5º, *caput*; art. 227 e art. 230), o **direito fundamental à igualdade** (art. 5º, *caput*, e art. 196), o **fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III) e, por fim, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I). (PSOL (Partido Socialismo e Liberdade e União) – Petição inicial – ADPF 671/DF, Relator: Ricardo Lewandowski, Publicado em 31/03/2020, Acesso em 23 fev. 2022)

Acrescenta também que a “[...] **violação maciça e persistente**, bem como de **absoluta ineficácia estrutural das políticas públicas de saúde** em cenário que impõe **urgente atuação dos Poderes Públicos [...]**” somada à “[...] **falha no acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde [...]**” são fatores que possibilitariam a interferência do STF na questão.

Por sua vez, a urgência da ADPF residia no risco iminente do colapso geral do sistema de saúde brasileiro:

[...] os efeitos sistêmicos da pandemia decorrente do “Covid-19”, a acarretar, conforme reconhecido pelo Ministério da Saúde, o **colapso do sistema de saúde nas próximas semanas, impõem a adoção de técnicas decisórias em sede de controle concentrado de constitucionalidade** para a solução de grave e massificada afronta aos preceitos fundamentais elencados, isso **em razão do “estado de inconstitucionalidade”** grave e permanente que assola, historicamente, o sistema de saúde brasileiro e que assumiu feições particularmente marcantes no cenário atual. Portanto, **o cenário impõe a intervenção da jurisdição constitucional brasileira**, o que decorre, historicamente, das graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais, as quais assumiram consequências particularmente catastróficas. (PSOL (Partido Socialismo e Liberdade e União) – Petição inicial – ADPF 671/DF, Relator: Ricardo Lewandowski, Publicado em 31/03/2020, Acesso em 23 fev. 2022)

Em sede de decisão monocrática, o relator, Min. Ricardo Lewandowski, adotou uma postura autorrestritiva ao declarar a incompetência técnica para emitir parecer em relação a questão discutida:

Por todos os ângulos que se examine a questão, forçoso e concluir que a presente ADPF não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois **não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes**, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate a Covid-19. (STF – Decisão monocrática – ADPF 671/DF, Relator: Ricardo Lewandowski. DJE nº 85, Publicado em 06/04/2020, Acesso em 23 fev. 2022) (sem grifo no original).

Em relação a requisição administrativa dos bens do setor privado, o relator salientou a discricionariedade do administrador público como atributo que lhe confere e restringe o poder para deliberar sobre o assunto:

É importante ressaltar que o poder de acionar esse instrumento apresenta um **caráter eminentemente discricionário**, que exige, antes de mais nada, a inequívoca configuração de perigo público iminente, cuja avaliação cabe exclusivamente as distintas autoridades administrativas, consideradas as respectivas esferas de competência, depois de sopesadas as diferentes situações emergentes na realidade fática. (STF – Decisão monocrática – ADPF 671/DF, Relator: Ricardo Lewandowski. DJE nº 85, Publicado em 06/04/2020, Acesso em 23 fev. 2022) (sem grifo no original). (sem grifo no original).

De natureza igual, a substituição da discricionariedade do administrador público pelo poder decisório e vinculante de uma decisão judicial iria de encontro ao princípio da separação de poderes:

Por essa razão, vulneraria frontalmente o **princípio da separação dos poderes** a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na tomada de decisões de cunho político-administrativo, submetidas a **critérios de conveniência e oportunidade**, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é nada mais nada menos do que a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia. (STF – Decisão monocrática – ADPF 671/DF, Relator: Ricardo Lewandowski. DJE nº 85, Publicado em 06/04/2020, Acesso em 23 fev. 2022) (sem grifo no original). (sem grifo no original).

Interessante acrescentar que semelhante entendimento foi enunciado pelo relator da ADPF nº 672, Min. Alexandre de Moraes, ao afirmar, também, o papel de sondagem do Poder Judiciário quanto as decisões discricionárias:

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, **porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da**

**exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas**, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias. (STF – Decisão monocrática – ADPF 672/DF, Relator: Alexandre de Moraes. DJE nº 89, Publicado em 14/04/2020, Acesso em 23 fev. 2022) (sem grifo no original)

Até esta ocasião, é possível perceber a consonância entre os integrantes da Suprema Corte ao proferir decisões que não excedam as suas competências nem tampouco afrontam a Constituição Federal, agindo com deferência em relação aos demais Poderes.

O relator indeferiu os pedidos com base no art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999, na qual não se admitiu a ADPF 671 **por haver outros meios eficazes de sanar a lesividade**, isto é, por descumprimento da cláusula de subsidiariedade, já que havia outros meios eficazes na legislação pátria para recorrer ao instituto da requisição administrativa, mas que, conforme mencionado anteriormente, **a aplicação depende exclusivamente da discricionariedade da autoridade competente**.

Por fim, o agravo regimental interposto foi negado, por unanimidade:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITOS À SAÚDE, À VIDA, À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ALEGADAMENTE VIOLADOS. ATINGIMENTO DE UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA COMO META CONSTITUCIONAL. PANDEMIA ACARRETADA PELA COVID-19. PRETENÇÃO DE REQUISITAR ADMINISTRATIVAMENTE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PRIVADOS. ADPF QUE CONFIGURA VIA PROCESSUAL INADEQUADA. INSTRUMENTO JÁ PREVISTO EM LEIS AUTORIZATIVAS. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS INSTRUMENTOS APTOS A SANAR A ALEGADA LESIVIDADE. DEFERIMENTO DA MEDIDA QUE VIOLARIA A SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATUAÇÃO PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. MEDIDA QUE PRESSUPÕE EXAME DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER ESTRATÉGICO. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF - ADPF: 671 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/06/2020, Tribunal Pleno, Publicado em 06/07/2020, Acesso em 23 fev. 2022)

Mais uma vez, em um cenário caótico, com o levantamento de soluções um tanto quanto utópicas, o STF se demonstrou resistente e inabalável perante a crise sanitária, atuando com parcimônia e respeito à Constituição. O julgamento improcedente da ADPF nº 671 foi oportuno

uma vez que simpatizou com a capacidade epistêmica do administrador público e, portanto, não conteve resquícios do ativismo judicial ao ponto de romper com o ordenamento jurídico.

## **CONCLUSÃO**

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu discorrer, brevemente, sobre a história e conceitos do ativismo judicial com ênfase nos fatores que contribuíram para o seu desenvolvimento no Brasil.

Também contribuiu para analisar a atuação do STF frente aos problemas enfrentados durante a pandemia e, minuciosamente, a ADPF 671/DF, verificando se a decisão do Supremo foi condizente com o contexto da crise sanitária e dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Ao examinar algumas decisões da Corte durante a calamidade pública causada pelo coronavírus, percebeu-se que respeitaram os limites estabelecidos pela Constituição. Em circunstâncias especialmente difíceis, o Supremo soube exercer seu papel de defesa da Carta Política, assistindo, dentro de suas competências, para uma atuação mais eficiente e técnica do poder público diante de uma crise tão complexa, com inúmeras dimensões e efeitos.

O ativismo judicial se faz presente em situações de retração dos demais poderes constituídos, bem como em discussões sobre questões controversas, como o direito de greve dos servidores públicos e a Lei de Biossegurança. No entanto, foi ínfimo nos casos analisados neste artigo.

### **JUDICIAL ACTIVISM AND THE LIMITS OF JUDICIAL ACTION IN THE**

### **CONTEXT OF PANDEMIC:**

### **ANALYSIS IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL**

### **COURT (STF) REGARDING ADPF 671/DF**

### **ABSTRACT**

In the midst of a pandemic, one wonders if the Supreme Court is judging based on the Constitution and after being provoked. The opposite statement would be catastrophic, since it

would result in judicial activism. Judicial activism had its origin in the United States. After several emblematic cases, it was noticed that the American Court was divided between activism and self-restriction. In Brazil, the phenomenon of activism was recent. The STF, after the promulgation of the 1988 Constitution, assumed a promising role in several political and social issues. The analysis of some cases showed deference and respect of the STF to the other powers. At other times, it has shown innovation and expansion of the understanding of the Constitution. ADPF 671/DF was judged in this sense, respecting the limits imposed by the Federal Constitution.

**Keywords:** Judicial activism. Deference. Respect. Separation of powers. Supreme Court.

## REFERÊNCIAS

ArtIII.S2.C2.1.1.1.2 Appellate Jurisdiction. **Constitution Annotated: Analysis and Interpretation of the U.S. Constitution**, 2021. Disponível em: < [https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S2-C2-1-1-1-2/ALDE\\_00001221/#ALDF\\_00004031](https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S2-C2-1-1-1-2/ALDE_00001221/#ALDF_00004031)>. Acesso em: 13 de out. de 2021.

AZEVEDO CAMPOS. C. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

BARROSO. L. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

BOAVENTURA, Thiago. Conheça o caso Marbury vs. Madison. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: < <https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/451428453/conheca-o-caso-marbury-vs-madison>>. Acesso em: 20 de out. de 2021.

MORAES. A. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas. 2020.

LENZA. P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MENDES. G; BRANCO. P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo. 2020.

GONDIM, Yuri. O caso Marbury Vs. Madison e a contribuição de John Marshall. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: < <https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>>. Acesso em: 20 de out. de 2021.

Supreme Court rules in Dred Scott case. **History**, 2021. Disponível em: < <https://www.history.com/this-day-in-history/supreme-court-rules-in-dred-scott-case>>. Acesso em: 21 de out. de 2021.

Dred Scott v. Sandford. **Oyez**, 2021. Disponível em: <  
<https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>>. Acesso em: 21 de out. de 2021.

FREITAS, Juarez; WEDY, Gabriel. Dissenso no caso Lochner v. New York deixou um legado nos EUA. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <  
[https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2#\\_ftnref](https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2#_ftnref)>. Acesso em: 25 de out. de 2021

Fourteenth Amendment. **Constitution Annotated: Analysis and Interpretation of the U.S. Constitution**, 2021. Disponível em: <  
<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

Constituição e Poder: O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <  
<https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/3187303/constituicao-e-poder-o-juiz-entre-o-ativismo-judicial-e-a-autocontencao#>>. Acesso em: 26 de out. de 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, publicado em 07 fev. 2020. Acesso em: 15 fev. 2022.

## ANEXOS

### ANEXO I: PESQUISA DE CAMPO

Entrevistada: Débora Cristina dos Santos Calaço - Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT

Data: 22/09/2021

1 – De maneira geral, em quais momentos é possível identificar uma decisão com teor de ativismo judicial apta a romper com o princípio da separação dos poderes?

Em primeiro lugar, é preciso contextualizar a concepção de separação de poderes que se toma como referência. Se se tomar uma acepção clássica, eu diria que toda decisão judicial presente viola o princípio da separação dos poderes. Digo isso porque o juiz da atualidade deve atuar levando em consideração a força normativa da Constituição, que é o texto que primeiro deve nortear suas decisões. Isso, sob aquele conceito de separação de poderes enunciado por Montesquieu, não faz muito sentido, seria anacrônico. A ideia de um texto constitucional enunciador de direitos com força suficiente para que se exija sejam implementados é muito moderna na história do pensamento jurídico. No contexto do direito no pós-guerra, sem aprofundar muito no tema, que não é consensual e é objeto de várias pesquisas, penso que o ativismo judicial é mais um elemento que tangencia os freios e contrapesos existentes nas relações entre os poderes constituídos. Em outras palavras, o agir do Judiciário é inerente à boa interpretação e aplicação do direito. A questão, todavia, é delimitar o que é ativismo e o que é abuso, quando é devida atuação “ativista” e quando é devida a “autocontenção” do Poder, ficando claro que ativismo não configura, necessariamente, abuso ou ruptura.

2 – Há mecanismos no contexto laboral dos juízes para evitar decisões que fogem da função típica do poder judiciário?

Há algumas disposições legais, especialmente no contexto das alterações promovidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que norteiam a interpretação das normas no caso concreto pelos magistrados, evitando-se a invasão indevida das atribuições dos demais Poderes.

Tradicionalmente, os princípios de interpretação, especialmente voltados à análise da conformidade das normas com a Constituição, enunciam o texto constitucional como limite do

aproveitamento das normas infraconstitucionais sob análise pelo intérprete. Neste ponto, a definição de bloco constitucional é premissa necessária para adequado controle da atuação judicial. Para além disso, ainda, eu mencionaria, em terminologia bastante pragmática, abstraindo de todo o debate doutrinário que envolve o tema, que o magistrado deve considerar as possíveis consequências da decisão que transbordam do caso concreto (“consequencialismo”), isto é, sua repercussão social e, eventualmente, sobre outros casos semelhantes que venham ao crivo do Judiciário. Enumero, também, que o magistrado não deve se abster de agir para a garantia da plena concretização dos direitos fundamentais, por isso tenho que, em determinados casos, o juiz deve assumir postura contramajoritária. Isso, a meu ver, não configuraria “fuga da função típica do Judiciário”, mas plena consecução de suas atribuições constitucionais. Por fim, considero que o bom magistrado/a boa magistrada mantém os olhos e ouvidos bem abertos quanto ao que se passa na sociedade, quanto aos anseios sociais e as transformações correntes. A boa aplicação da norma não deve refugir da realidade, pois é função do Judiciário cuidar para que as leis sejam aplicadas à luz do que acontece no presente.

3 – Na sua opinião, o princípio do livre convencimento motivado estaria contribuindo para o crescimento do ativismo judicial no Brasil?

Não, de forma alguma. Primeiro, tem-se que considerar que o ativismo judicial não é necessariamente um mal a ser banido do sistema. De todo modo, há vários instrumentos no ordenamento processual brasileiro voltados à revisão das decisões judiciais. O livre convencimento motivado não significa uma carta branca para que o magistrado interprete e aplique as normas a bel prazer, ele apenas confere ao magistrado independência para apreço dos fatos e provas levados ao seu conhecimento, de forma imparcial, porém sem interferências alheias ao processo, especialmente advindas de outros Poderes ou mesmo de setores poderosos da sociedade civil. Para controle da atividade judicante, ademais, há numerosas instâncias recursais; há a força normativa dos precedentes julgados com status de repercussão geral, das súmulas e das súmulas vinculantes; há variados limitadores regulados pela Lei do Abuso de Autoridade; há diversas normas e recomendações diuturnamente editadas pelo Conselho Nacional de Justiça. A atuação judicante é submetida a instâncias de controle, processuais ou não, de modo que a independência conferida pelo livre convencimento motivado, “ativista” ou não, dificilmente deixaria de passar por alçadas de revisão e debate.

**ANEXO II: EMENTA - ACÓRDÃO AGRAVO REGIMENTAL ADPF 671****16/06/2020****PLENÁRIO****AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL 671 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DA BAHIA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DA PARAIBA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE ALAGOAS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE GOIÁS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE MATO GROSSO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE PERNAMBUCO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE RONDÔNIA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE RORAIMA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE SANTA CATARINA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: ESTADO DE SERGIPE</b>

**ADPF 671 AGR / DF**

**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO ACRE  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO AMAPÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO AMAZONAS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
AMAZONAS  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO CEARÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO  
SANTO  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO MARANHÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
MARANHÃO  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO PARANÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO PARÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO PIAUÍ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE  
JANEIRO  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO NORTE  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL  
**AGDO.(A/S)** : ESTADO DO TOCANTINS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS  
**AGDO.(A/S)** : DISTRITO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

**ADPF 671 AGR / DF**

Ementa: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITOS À SAÚDE, À VIDA, À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ALEGADAMENTE VIOLADOS. ATINGIMENTO DE UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA COMO META CONSTITUCIONAL. PANDEMIA ACARRETADA PELA COVID-19. PRETENÇÃO DE REQUISITAR ADMINISTRATIVAMENTE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PRIVADOS. ADPF QUE CONFIGURA VIA PROCESSUAL INADEQUADA. INSTRUMENTO JÁ PREVISTO EM LEIS AUTORIZATIVAS. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS INSTRUMENTOS APTOS A SANAR A ALEGADA LESIVIDADE. DEFERIMENTO DA MEDIDA QUE VIOLARIA A SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATUAÇÃO PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. MEDIDA QUE PRESSUPÕE EXAME DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER ESTRATÉGICO. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, pressupõe, para a admissibilidade da ADPF, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado.

II - O sistema jurídico nacional dispõe de outros instrumentos judiciais capazes de reparar de modo eficaz e adequado a alegada ofensa a preceito fundamental, especialmente quando os meios legais apropriados para viabilizar a requisição administrativa de bens e serviços já estão postos (art. 5º, XXV, da Constituição Federal; art. 15, XIII, da Lei 8.080/1990; art. 1.228, § 3º, do Código Civil; e art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020).

III – A presente ação não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na

**ADPF 671 AGR / DF**

tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos adequados para sopesar os diversos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19.

IV – Vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na deliberação de cunho político-administrativo, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia.

V - O § 1º do art. 3º da Lei 13.979/2020 dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

VI - Essa apreciação, à toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo do posterior controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Judiciário.

VII - Não está evidenciada a ocorrência de omissão dos gestores públicos, de modo que não é possível concluir pelo descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial da ADPF ou no presente recurso.

VIII - Agravo regimental a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por

**ADPF 671 AGR / DF**

unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de junho de 2020.

**RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR**