

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO**

Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

**A atuação do Supremo Tribunal na crise sanitária de covid-19:
do ativismo ao diálogo institucional**

Juiz de Fora
2023

Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

**A atuação do Supremo Tribunal na crise sanitária de covid-19:
do ativismo ao diálogo institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito e Inovação. Linha de Pesquisa: Direito, Argumentação e Políticas Públicas: empiria e inovação na pesquisa jurídica.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Juiz de Fora

2023

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Fagundes, Gabriel Lima Miranda Gonçalves.

A atuação do Supremo Tribunal na crise sanitária de covid-19 : do ativismo ao diálogo institucional / Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes. -- 2023.

198 p.

Orientadora: Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

1. Diálogo interinstitucional. 2. Poderes emergenciais. 3. Ativismo judicial. 4. Teoria da Argumentação Jurídica. I. Duarte, Luciana Gaspar Melquíades, orient. II. Título.

GABRIEL LIMA MIRANDA GONÇALVES FAGUNDES**A atuação do Supremo Tribunal na crise sanitária de Covid-19: do ativismo ao diálogo institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito e Inovação

Aprovada em 19 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Gaspar Melquíades Duarte - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Vanice Regina Lírio do Valle
Universidade Federal de Goiás

Cláudia Maria Toledo da Silveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bruno Stigert de Sousa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora, 21/12/2023.



Documento assinado eletronicamente por **Luciana Gaspar Melquiades Duarte, Professor(a)**, em 21/12/2023, às 15:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Stigert de Sousa, Professor(a)**, em 21/12/2023, às 19:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Vanice Regina Lírio do Valle, Usuário Externo**, em 07/02/2024, às 15:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Claudia Maria Toledo da Silveira, Professor(a)**, em 08/02/2024, às 16:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no Portal do SEI-Ufjf (www2.ufjf.br/SEI) através do ícone Conferência de Documentos, informando o código verificador **1639829** e o código CRC **2D68A7EF**.

Dedico este trabalho a todos os 693.853 brasileiros vitimados pela covid-19 até 2022, que não puderam contar com ações do Executivo Federal para implementação de políticas públicas de controle da pandemia baseadas na ciência.

AGRADECIMENTOS

Ter a possibilidade de ser a primeira pessoa da minha família a almejar o título de mestre é uma conquista por si só, que só pôde ocorrer por uma série de direitos fundamentais, de políticas públicas e de pessoas amadas.

O estudo só me foi viabilizado a partir de políticas públicas educacionais e de direitos fundamentais que serviram de alicerces para tanto. Eu não seria o ser humano que sou se não fosse ter estudado da pré-escola até o mestrado em escolas públicas municipal, estadual e federal, e na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) - minha segunda casa nos últimos 09 anos, às vezes até sendo a primeira se considerarmos o tempo diário -. Uma segunda casa que me permitiu conhecer professores e amigos extraordinários, viver experiências diversas, começar a me entender enquanto adulto e me conhecer a fundo. Foram horas e horas diárias pelos corredores e salas da Faculdade, aproveitando ao máximo o que a Universidade poderia me ensinar sobre tudo e, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, retribuindo para sua melhoria, seja pelo movimento estudantil, bolsas de ensino e extensão, bolsas administrativas nos seus órgãos. Finalizo essa estadia no ensino público, momentaneamente, tentando fornecer uma contribuição mais relevante para sociedade como um todo, esta pesquisa científica acerca desse momento histórico tão difícil vivenciado.

Não tem como falar de educação e não falar do seu principal ator, os professores, ou melhor, as professoras. Ao longo de toda essa caminhada sempre pude contar com professoras, como disse, extraordinárias, que sempre me apoiaram, incentivaram e ensinaram, para além das disciplinas. Por todo o respeito e admiração que tenho por elas, a palavra “professor/a” virou sinônimo de respeito e admiração, sendo um cargo que carrega consigo essa responsabilidade de mudar e fazer a sociedade avançar da forma mais sincera e orgânica que é a educação. Aqui, não posso deixar de destacar duas professoras que contribuíram de forma especial nesses últimos anos.

A professora Luciana Melquíades, minha orientadora, tem sido minha mentora, amiga e uma das maiores incentivadoras desde 2015. Destino ou não, é docente justamente da disciplina que me apaixonei e atuo, Direito Administrativo. Uma mulher incrível, pessoalmente e profissionalmente, a qual admiro profundamente. Não posso culpá-la pelo meu interesse pela docência, já que desde

criança tinha essa vontade de ensinar, mas quase tudo o que sei sobre isso é fruto de seus conselhos e exemplos. Sempre carregarei comigo, seja em sala de aula ou fora dela, o que aprendi contigo.

Já a professora Manoela Roland, minha coordenadora no projeto de extensão Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas de 2017 a 2022, confiou e acreditou em mim para desempenhar funções cada vez mais relevantes, sendo o pontapé inicial da minha experiência profissional. Foi tendo-a como “chefe” que eu pude aprender e me entender enquanto profissional, tendo como exemplo a sua excelência e o amor que tem pelo trabalho. Se hoje, no primeiro emprego, já tenho a confiança e o destaque que muitos demoram anos a adquirir, devo a você. Além de, claro, poder contar com sua amizade e carinho até hoje.

Bem, e não poderia deixar de fora a maior professora que eu pude ter, a mais importante da minha vida, a Dona Modestina, minha mãe. Professora não só de vida, por todos os ensinamentos sobre ser um ser humano honesto, íntegro, educado, amoroso e empático, entre tantas outras lições repassadas, mas, também, professora de carreira, tendo sido ela quem primeiro me ensinou a ler e a escrever, em casa, ao não ter vaga para mim na escola para o 2º pré-escolar. Mãe de 5 filhos, ela abdicou da vida de cantora, diz ela, e de professora escolar para poder se dedicar à nossa educação. Seu amor incondicional me ensinou o que é amar de verdade e essa é a lição mais preciosa que um ser humano pode ter. Só pude estar onde estou e chegar onde chegarei por ter você lá atrás pavimentando o caminho da melhor forma possível apesar de todas as adversidades.

Junto de mim tive dezenas de pessoas amadas e queridas, como meus amigos da faculdade e de fora dela, meus quatro irmãos, meu namorado e minha Tia Lu. Da mesma forma, pude contar com o apoio, contribuição e trabalho conjunto de todos os integrantes do Grupo de Pesquisa CNPq ao qual essa pesquisa integra, os docentes Cláudia Toledo, Wagner Rezende, Joana Machado e Waleska Rosa; e os discentes Lara, Levi, Caroline, Bianca, Bruna e Isabela.

Realizar essa pesquisa passando por uma pandemia, com metade do mestrado de forma totalmente remota, com o medo do vírus e de perder pessoas amadas, vendo um governo federal não só inerte - mas agindo contra a ciência e o combate efetivo - foi um desafio sem precedentes. Ser cientista e assistir tudo isso acontecendo foi revoltante. Da mesma forma, rememorar todo esse cenário com o desenvolvimento da pesquisa mesmo passada a crise sanitária foi igualmente

desgastante, mas necessário para que a ausência de políticas públicas adequadas seja estudada sob todos os ângulos, inclusive o do Judiciário, a quem tivemos que contar, por diversos momentos, para proteger a vida e a Constituição.

Espero que, com este trabalho e meu conhecimento, eu possa contribuir para a constante melhoria e avanço da nossa sociedade, retribuindo um pouco de tudo o que me foi possibilitado até aqui nesta jornada da vida através da educação.

A todas essas pessoas que estiveram comigo e a todas as pessoas que lutaram pela defesa de políticas públicas de saúde e educação, meus sinceros agradecimentos.

*“Se não der, tenta ligar
A gente resume a distância
Me conta da tua janela
Me diz que o mundo não vai acabar
Me conta da tua janela
E me diz que o mundo não vai acabar*

*Daqui eu vi o tempo parar
Pra gente se lembrar
Da força que é alguém do lado
Pra gente entender
Que nós e o chão somos a mesma coisa
E os dias são contados pra gente viver”
(Ana Clara Caetano Costa, Me conta da tua janela)*

RESUMO

O trabalho dedicou-se, através de pesquisa bibliográfica e empírica, à investigação de uma resposta ao seguinte problema: houve o exercício regular e dialógico do controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de ações e omissões do Poder Executivo federal brasileiro no enfrentamento da pandemia de covid-19, no período de julho de 2020 a março de 2023? Partindo da hipótese de que a Corte atuou de forma devida no controle do governo federal, mas sem que tenha havido diálogo institucional, esta pesquisa realizou o levantamento de informações no inteiro teor dos acórdãos do plenário da Suprema Corte brasileira referentes ao controle de medidas de combate à pandemia. Para a identificação de parâmetros teóricos para a análise dos dados, buscou-se amparo nas pesquisas desenvolvidas por Ginsburg e Versteeg (2020) acerca da atuação judicial em contexto de poderes emergenciais; por Toledo (2022a), sobre ativismo judicial e sua mensuração na perspectiva argumentativa a partir da aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2017); e de Bateup (2006), Silveira (2016) e Souza (2022) sobre a adoção das Teorias de Diálogos Institucionais como forma de democratizar a interpretação constitucional ao incorporar os demais poderes e a sociedade nessa discussão, suplantando a possibilidade de ocorrência de ativismo judicial. Ao fim, concluiu-se que, ao longo do período estudado, foi mantido o controle do Judiciário sobre as ações e omissões do Executivo no Brasil, a partir da atuação discursivamente fundamentada pela Corte, sem a prática de ativismo judicial. No entanto, não se observou a existência de diálogo institucional na relação entre esses dois Poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo interinstitucional; Poderes emergenciais; Ativismo judicial; Teoria da Argumentação Jurídica.

ABSTRACT

Through bibliographical and empirical research, the work was dedicated to investigating an answer to the following problem: was there a regular and dialogical exercise of judicial control by the Federal Supreme Court (STF) of the actions and omissions of the Brazilian federal executive power in dealing with the covid-19 pandemic, in the period from July 2020 to March 2023? Based on the hypothesis that the Court has acted properly in controlling the federal government, but without institutional dialog, this research gathered information on the full content of the Brazilian Supreme Court's rulings on the control of measures to combat the pandemic. In order to identify theoretical parameters for analyzing the data, support was sought from the research carried out by Ginsburg and Versteeg (2020) on judicial action in the context of emergency powers; by Toledo (2022a), on judicial activism and its measurement from an argumentative perspective based on the application of Alexy's Theory of Legal Argumentation (2017); and Bateup (2006), Silveira (2016) and Souza (2022) on the adoption of Institutional Dialogue Theories as a way of democratizing constitutional interpretation by incorporating the other powers and society into this discussion, supplanting the possibility of judicial activism. Finally, it was concluded that, throughout the period studied, the Judiciary's control over the actions and omissions of the Executive in Brazil was maintained, based on the Court's discursively reasoned action, without the practice of judicial activism. However, there was no institutional dialog in the relationship between these two powers.

KEYWORDS: Inter-institutional dialog; Emergency powers; Judicial activism; Legal Argumentation Theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO	Ação Cível Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIns	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ADOs	Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
EUA	Estados Unidos da América
FI	Fator de impacto
MS	Mandado de Segurança
OMS	Organização Mundial da Saúde
Rcl	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 PODERES EMERGENCIAIS E O ABUSO DE PODER PELO EXECUTIVO.....	21
2.1 Vinculação do Executivo durante as crises.....	21
2.2 Enquadramento da pandemia.....	26
2.3 Poderes de emergência no Brasil.....	29
2.3.1 <i>Estado de defesa</i>	29
2.3.2 <i>Estado de sítio</i>	31
2.3.3 <i>Intervenção federal e estadual</i>	33
2.3.4 <i>Estado de calamidade</i>	34
2.3.5 <i>Estado de emergência</i>	35
2.3.6 <i>Adoção de modelo misto: legislativo e constitucional</i>	36
2.4 Pandemia em desgoverno e a necessidade de freios e contrapesos.....	37
3 DEMARCAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	41
3.1 Normas de direitos fundamentais.....	41
3.1.1 <i>Colisões e conflitos entre normas</i>	43
3.1.2 <i>O modelo misto de regras e princípios</i>	46
3.1.3 <i>Teoria dos Princípios e Teoria dos Valores</i>	47
3.2 Restrições aos direitos fundamentais.....	50
3.3 Justiciabilidade dos direitos fundamentais e ações positivas do Estado..	51
3.4 Teoria alexyana do discurso.....	55
3.4.1 <i>As regras do discurso prático geral</i>	57
3.4.2 <i>Discurso jurídico enquanto caso especial do prático geral</i>	59
4 ATIVISMO JUDICIAL COMO EXTRAPOLAMENTO DA COMPETÊNCIA DE CONTROLE DO JUDICIÁRIO SOBRE O EXECUTIVO.....	62
4.1 Ativismo, uma prática de várias modalidades.....	69
4.2 A ideia de ativismo adotada.....	71
4.3 A taxonomia argumentativa.....	78
4.3.1 <i>Os argumentos institucionais</i>	78
4.3.2 <i>Os argumentos não institucionais</i>	83
5 ATIVISMO JUDICIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19.....	86
5.1 Proposta de mensuração da probabilidade de ativismo judicial sob o prisma argumentativo.....	88
5.2 Levantamento de dados para pesquisa empírica jurisprudencial.....	98
5.3 As classificações argumentativas na empiria.....	102
5.4 Dados empíricos sobre ativismo judicial argumentativo do STF na pandemia.....	120

5.5 Controle judicial do Supremo sobre Executivo na pandemia: ativista ou não ativista?.....	128
6 DIÁLOGO COMO LUZ NO FIM DO TÚNEL?.....	133
6.1 Teorias do Método Judicial.....	136
6.2 Teorias Estruturais do Diálogo (<i>Structural Theories of Dialogue</i>).....	138
6.3 Fusão proposta por Bateup.....	145
6.4 Aplicação das teorias pelo STF.....	147
6.5 Dados empíricos sobre a atuação dialógica do STF na pandemia.....	156
6.6 Diálogo institucional durante a pandemia de covid-19.....	166
7 CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS.....	176
APÊNDICE A - FICHAMENTO.....	192

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito possui uma relação estreita com a ideia de separação entre os Poderes, que fornece um sistema de freios e contrapesos para dificultar o surgimento de um Estado ditatorial, sob o pressuposto de que os Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - controlam-se mutuamente, impedindo que todo o poder estatal seja exercido de maneira concentrada. Apesar de divididos, os Poderes permanecem conectados para uma atuação republicana na resolução dos problemas nacionais.

No entanto, em situações de crises emergenciais, a atuação do Executivo é demandada em maior medida para a proteção da ordem constitucional, da população ou da paz social. Normalmente, tais situações anômalas exigem respostas rápidas e altamente qualificadas, sendo o Executivo o Poder com maiores capacidades institucionais para tanto. Nesse contexto, ficam mais propensos os abusos de poder, o que requer a aplicação do sistema de freios e contrapesos de forma ativa pelos demais Poderes. A pandemia de covid-19¹ se insere nesse quadro ao se tratar de uma crise sanitária de grande magnitude.

Durante o período de 30 de janeiro de 2020 a 05 de maio de 2023, período em que perdurou a decretação da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (OPAS, 2023) em virtude da elevada disseminação da covid-19, o Poder Executivo foi intensamente demandado para tomar medidas de contenção da doença e diminuição do contágio. Para tanto, medidas restritivas de direitos se fizeram necessárias por recomendação de pesquisadores e cientistas de todo o mundo (Fagundes; Duarte, 2022).

Ginsburg e Versteeg (2020), compreendendo a gravidade do momento para a preservação dos Estados de Direito ao redor do mundo, realizaram uma pesquisa empírica intitulada “*The Bound Executive: Emergency Powers during the Pandemic*”. No artigo publicado, os autores analisaram se houve a aplicação do sistema de freios e contrapesos durante a pandemia em 106 países no primeiro semestre de 2020. Esse estudo serviu como referência para a criação do Projeto de Pesquisa de demanda universal com 3 anos de duração do Conselho Nacional de

¹ Segundo o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, a grafia do termo, por se tratar de nome comum de uma doença, é somente com letras minúsculas, embora a Organização Mundial de Saúde adote o termo como acrônimo do inglês, em letras maiúsculas. Ver: <https://www.volp-acl.pt/index.php/item/covid-19>.

Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) intitulado “Diálogos Interinstitucionais no Contexto da Pandemia COVID-19 - Estudo comparativo em distintas realidades: Brasil, Estados Unidos, Alemanha e Portugal”, sob a coordenação da professora Cláudia Maria Toledo da Silveira e com a participação dos professores Robert Alexy, Joana de Souza Machado, Waleska Marcy Rosa, Wagner Silveira Rezende e Luciana Gaspar Melquíades Duarte, além dos pesquisadores da graduação e pós-graduação *stricto sensu* em Direito. A pesquisa a ser apresentada aqui se insere no trabalho desenvolvido pelo grupo, a partir do recorte centrado no Brasil².

Assim, este trabalho objetiva o desenvolvimento e atualização dos resultados da pesquisa norte-americana no âmbito brasileiro a partir de um recorte do objeto, somado a um aprofundamento na análise qualitativa da atuação judiciária. Para tanto, foi proposto, como recorte na pesquisa de Ginsburg e Versteeg (2020), o enfoque na relação institucional exclusivamente entre os Poderes Executivo e Judiciário do Brasil, a partir da análise do controle judicial dos atos comissivos e omissivos do governo central, acrescida de uma investigação acerca da existência de ativismo judicial e diálogo institucional. A inclusão dos diálogos na pesquisa busca complementar o estudo do fenômeno, já que eles são apontados como uma solução ao ativismo judicial por democratizar a interpretação constitucional ao envolver os demais poderes e a sociedade na deliberação. Delimitando ainda mais o objeto, serão estudados os atos administrativos relacionados com a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde da população e que tenham sido objeto de ação na Corte Constitucional brasileira com acórdão publicado no período de julho de 2020 a março de 2023, totalizando pouco mais de 3 anos de pandemia.

² Ao integrar a pesquisa desenvolvida pelo grupo de pesquisa do CNPq, este trabalho contou com a colaboração dos demais pesquisadores envolvidos em diversos momentos. A definição do problema, do marco teórico principal e das expressões de busca da pesquisa empírica foi realizada pela coordenadora do grupo, a bibliografia consultada foi selecionada pelos docentes doutores que integram o grupo, bem como pelo autor do trabalho de forma complementar, tendo sido fichadas pelo autor e pelos demais pesquisadores graduandos. Ao longo da pesquisa, em reuniões quinzenais, o grupo discutia as principais obras e suas conclusões. Para a definição das tipologias argumentativas, este trabalho visou um maior aprofundamento e esclarecimento prático das classificações, tendo como base algumas discussões levadas ao grupo, mas não se limitando a elas, partindo, principalmente, de contribuições pessoais discutidas com a orientadora do trabalho. Ademais, a metodologia de mensuração de ativismo proposta neste trabalho é uma contribuição dialógica do autor com a orientadora. Integrantes do grupo: Cláudia Maria Toledo da Silveira (coordenadora docente), Luciana Gaspar Melquíades Duarte (docente e orientadora), Robert Alexy (docente), Joana Machado (docente), Waleska Marcy Rosa (docente), Wagner Silveira Rezende (docente), Levi Teotônio (graduando), Bruna Ferreira (graduanda), Lara Mota (graduanda), Caroline Villela (graduanda), Bianca Neves (graduanda) e Isabela Guerra (graduanda) e Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes (autor).

Logo, teve-se, como problema de pesquisa, a seguinte pergunta: houve o exercício regular e dialógico de controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre ações e omissões do Poder Executivo federal brasileiro no enfrentamento da pandemia de covid-19, no período de julho de 2020 a março de 2023? Partiu-se da hipótese de que, apesar de ter havido atuação regular da Corte no controle do governo federal, essa atuação não foi dialógica.

Como marco teórico, foram utilizados os trabalhos de Ginsburg e Versteeg (2020) no tocante à identificação da atuação judicial em contexto de poderes emergenciais. Outrossim, foram determinantes as contribuições de Toledo (2022a) para a análise crítica da atuação do Judiciário a partir da aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2017), e de Bateup (2006), Silveira (2016) e Souza (2022) para a identificação do exercício dialógico na relação entre os dois Poderes.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica a fim de esclarecer conceitos e teorias referenciais necessários para a compreensão do fenômeno estudado. Outrossim, foi desenvolvida uma pesquisa empírica a partir da fonte documental primária dos acórdãos do Tribunal Constitucional brasileiro, coletadas em seu sítio eletrônico oficial a partir da busca pela combinação das seguintes expressões no inteiro teor, conjugadas de quatro formas distintas: pandemia, covid-19, direito à saúde, direito à vida, poder executivo, ato administrativo, medida administrativa, medida provisória, ato administrativo normativo e separação de poderes.

As decisões foram fichadas em planilhas, viabilizando a análise quantitativa e qualitativa dos dados coletados, por meio de tabulação cruzada, bem como a aplicação automática da metodologia apresentada para a mensuração da probabilidade de presença de ativismo judicial. Os dados coletados serão agrupados a partir dos seguintes parâmetros:

- a) taxonomia argumentativa apresentada por Toledo (2022a), que classifica os argumentos que integram o discurso jurídico em argumentos institucionais de dispositivo normativo, de precedentes e doutrinários, e em argumentos não institucionais referentes ao discurso prático geral (argumentos pragmáticos, éticos e morais) e ao discurso empírico (argumentos relativos a fatos concretos e a dados científicos);
- b) separação dos argumentos segundo os elementos da decisão, *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dicta*;

- c) formas de atuação do Poder Judiciário (Ginsburg; Versteeg 2020) identificadas:
- i) controle do cumprimento exigências procedimentais devidas para elaboração do ato administrativo normativo – controle formal;
 - ii) controle das restrições a direitos geradas pelo ato administrativo normativo – controle material;
 - iii) ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de medidas em combate à pandemia – controle material.
- d) formas de integração dialógica entre os Poderes (Bateup, 2006) identificadas:
- i) indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo em caso de declaração de sua inconstitucionalidade;
 - ii) fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo.
- e) efetiva troca de razões entre a Corte e demais atores (Bateup, 2006; Souza, 2022; Silveira, 2016):
- i) consideração das razões do Executivo pelo STF de forma expressa no julgamento das ações selecionadas como objeto da pesquisa.

Os temas nos quais este trabalho se insere possuem elevado grau de relevância e de atualidade ao conjugar na análise da atuação do Poder Judiciário no controle de atos do Executivo em combate à pandemia de covid-19: a identificação da existência de controle judicial, a mensuração da probabilidade do seu extrapolamento na perspectiva discursiva (desencadeando o ativismo judicial) e a identificação de diálogos institucionais quando do exercício desse controle. A discussão teórica e social acerca do ativismo judicial e da necessidade de diálogo entre os Poderes para uma efetiva harmonização entre eles ganha maior relevância a partir dos embates institucionais entre o Judiciário e Executivo ocorridos nos últimos anos. Não bastante, a crise pandêmica, somada à atuação contrária ao controle adotada pelo governo federal, provocou mais de 700 mil mortes no Brasil, sendo um dos registros históricos com maior perda de vidas pelo país, se não o maior. Assim, a compreensão completa sobre o funcionamento dos Poderes da República nesse triste período da história é primordial para um aprendizado nacional.

Não bastante, tal temática também possui aderência à linha de pesquisa do programa de pós-graduação *stricto sensu* que se insere: “Direito, Argumentação e Políticas Públicas: empiria e inovação na pesquisa jurídica”. Esta investigação busca analisar juridicamente a atuação do Supremo Tribunal Federal tendo como um dos recortes o prisma argumentativo deste fenômeno, demonstrando de forma clara sua aderência à linha do programa. Não bastante, a inovação científica presente em pesquisas do Direito pode se dar, sendo esse o enfoque deste trabalho, pela inovação metodológica a partir do uso da empiria para a investigação jurídica, tradicionalmente realizada por estudos bibliográficos. Nesse sentido, a realização de uma pesquisa sobre o ativismo judicial e diálogo institucional na pandemia de covid-19 com coleta de dados empíricos, inova não somente pelo ineditismo e contemporaneidade do objeto, mas também por trazer elementos da realidade para ajudar a compreender esses fenômenos na atuação do Judiciário.

O desenvolvimento deste trabalho ocorreu em 5 partes. Foi apresentada, no capítulo 2, a base teórica do exercício dos poderes emergenciais pelos governos em tempos de crise, como a pandêmica. Nesse momento, foi apresentado o contexto regulatório do Brasil para o exercício dos poderes emergenciais, de modo a verificar se foram mantidos os controles sobre a atuação do Executivo brasileiro, especialmente durante a pandemia. Compreendida essa questão, o capítulo 3 elucidou a possibilidade de exercício de controle judicial de políticas públicas para efetivar direitos fundamentais, a partir das teorias alexyanas. É através dessas políticas que o Estado atua para controlar a pandemia de covid-19, sendo preciso esclarecer sobre a viabilidade de o Judiciário exercer esse controle.

No capítulo seguinte, sedimentada a viabilidade de o Judiciário exercer esse controle, fez-se a delimitação dos limites dessa atuação, quando o seu extrapolamento gera o ativismo judicial. Nesse ponto, foi esclarecido o conceito e recorte de ativismo adotado e apresentada a taxonomia dos argumentos que foi utilizada na pesquisa empírica. Logo em seguida, no capítulo 5, após explicados os conceitos teóricos, foi proposto um aprimoramento da metodologia desenvolvida por Toledo (2022a) para a mensuração da probabilidade de ativismo judicial. Somada a essa explicação, a metodologia da pesquisa empírica foi detalhada, com a apresentação dos dados coletados sobre o ativismo. Por fim, no capítulo 6, foram apresentadas as bases teóricas dos diálogos institucionais e sua aplicação pela Suprema Corte brasileira, para que pudessem enriquecer e subsidiar a análise dos

dados coletados na pesquisa empírica sobre a atuação dialógica dos Poderes Executivo e Judiciário no período estudado, que foi apresentada em sequência.

2 PODERES EMERGENCIAIS E O ABUSO DE PODER PELO EXECUTIVO

O surgimento do Estado de Direito foi atrelado à ideia de segregar os poderes estatais, fazendo com que eles se controlassem mutuamente, uma lógica que continua vigente nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. No entanto, esse princípio de separação entre os poderes e seu sistema de freios e contrapesos são mitigados em situações anômalas, segundo teorias clássicas de poderes emergenciais que não defendem a viabilidade desse modelo madisoniano. Tushnet (2007) afirma que tais poderes representam a expansão da autoridade governamental e a alteração na amplitude das liberdades individuais, com a transferência de competências do Legislativo para agentes públicos do Executivo durante emergências. Essas teorias se desenvolveram no contexto estadunidense e de crises ligadas à segurança nacional, como o terrorismo e as guerras (Tushnet, 2004). Nesse cenário, os poderes emergenciais se tornaram um meio para viabilizar a superação da crise e proteger o Estado Democrático de Direito atual e a própria ordem constitucional.

2.1 Vinculação do Executivo durante as crises

O principal doutrinador clássico sobre poder de emergência é Schmitt (*apud* Ginsburg e Versteeg, 2020), que é, ainda utilizado como referência teórica atualmente. Segundo ele, o modelo romano outorgava ao Senado a prerrogativa de nomear um ditador com plenos poderes por seis meses, uma ditadura comissária, com fim de preservar a ordem constitucional. No entanto, Schmitt (*apud* Ginsburg e Versteeg, 2020) reconhece que esse modelo está suscetível à influência da decisão política de promulgar a lei que fornece os poderes ao ditador no estado de exceção, tendo possibilidade do seu uso não controlado (Ginsburg; Versteeg, 2020). Ou seja, os políticos tinham certa liberdade para formar e moldar esse poder excepcional conforme seus interesses.

Já Rossiter (*apud* Ginsburg; Versteeg, 2020) argumentava que uma ditadura constitucional é inevitável, mas que, diferentemente da ditadura fascista, é temporária e busca preservar a ordem constitucional (Ginsburg; Versteeg, 2020). Para tanto, defendeu que haja limites para o seu exercício constitucional, como a existência de necessidade e de limites temporais, o que também é apontado por

Carvalho Filho (2020) como formas de controle de medidas excepcionais autorizadas pelo Congresso ao Executivo frente à situação de “anomalia social”.

Posner e Vermeule (2011) seguem a linha de Schmitt, tendo uma visão de destaque nas chamadas teorias neo-schmittianas. Segundo eles, o Legislativo e o Judiciário delegam poderes ao Executivo em situações de emergência, por ser este o único que dispõe de recursos e informações, e é capaz de agir com rapidez e flexibilidade. Ou seja, os demais poderes não têm outra escolha senão deixar o Executivo agir de forma desvinculada, melhor maneira de gerir a crise na perspectiva dos autores.

Para eles, as respostas às situações de emergência devem ser rápidas e requerem sigilo. Os tribunais são estruturas estatais lentas, que exigem um tempo maior para a revisão das medidas, o que causaria uma defasagem nas ações, com decisões julgando fatos já consumados. Além disso, os processos judiciais são, em regra, públicos, dificultando a garantia do sigilo das informações sobre a crise. Por fim, argumentam que os tribunais são rígidos e não possuem legitimidade política para questionar as medidas tomadas pelo Executivo nos momentos de crise (Posner; Vermeule, 2011).

Já no tocante às desvantagens da atuação do Legislativo nas emergências, Posner e Vermeule (2011) afirmam que ele não possui todas as informações sobre a situação, nem controle sobre a polícia e militares, muito menos capacidade de agir de forma rápida e centralizada. No entanto, os autores afirmam que os Legislativos fornecem uma base legal abrangente, de antemão, que pode ser ativada durante a crise, podendo se abster de legislar durante o período.

Porém, os autores não são claros sobre o papel das unidades subnacionais, mas, para Ginsburg e Versteeg (2020), eles parecem sugerir que a ação nas crises deva ser no nível nacional, por meio de um único ator, o que se respalda nos argumentos trazidos.

Posner e Vermeule (2011) vão além e afirmam que, pelo menos nos Estados Unidos, o Estado sempre atua com o Executivo desvinculado, tendo em vista ser esse o método da governança estatal moderna, que deve lidar com inúmeras situações complexas. Nesse cenário, o Legislativo e o Judiciário acabam atuando de forma marginal no sistema. No entanto, eles rejeitam a ideia de ser um estado autoritário, por estar, o Executivo, sujeito a restrições políticas.

Ginsburg e Versteeg (2020) afirmam que essa compreensão sofreu inúmeras críticas de outros pensadores, além de defenderem que essa desvinculação durante as crises é uma porta para o abuso de poder, tendo em vista, também, que inúmeros casos de autoritarismo pelo mundo tiveram origem com o uso de poderes emergenciais (Huq; Ginsburg, 2018). Até mesmo as suposições empíricas de Posner e Vermeule foram contestadas por estudiosos (Ginsburg; Versteeg, 2020).

No tocante à base legal para esses poderes, Posner e Vermeule (2011) defendem que, mesmo nas emergências, a ordem constitucional permanece formalmente, porém, na prática, há uma delegação de poderes ao Executivo pelos demais Poderes. Essa base legal pode ser: constitucional, com as regras de emergência expressas no texto da Constituição, ou legal, com a legislação outorgando poderes. Entretanto, Ginsburg e Versteeg (2020) apontam que ambos modelos são vulneráveis a abusos.

As cláusulas constitucionais que autorizam a declaração de estado de emergência - presentes em mais de 90% dos textos constitucionais (Huq; Ginsburg, 2018) -, fornecem poderes ao governo para emitir decretos e executar ações extraordinárias, inclusive restringindo direitos e derogando competências de outros entes federados. Porém, a maioria das Constituições modernas que as adotam preveem limitações para tais poderes emergenciais (Ginsburg; Versteeg, 2020). Isso se justifica pelo fato de serem poderes com propensão a abusos no seu uso.

Essas condicionantes podem ser: exigência de declaração do estado de emergência pelo Parlamento; impossibilidade de dissolução do Parlamento e de alteração constitucional durante o estado de emergência (o que revela o objetivo de preservar a ordem constitucional e não alterá-la); estabelecimento de prazo de duração dos poderes emergenciais, com necessidade de aprovação parlamentar para sua prorrogação; disposição de rol limitado de situações motivadoras de uma declaração da emergência, sendo as mais comuns guerra/agressão estrangeira, crise de segurança interna, perigo geral ou desastre natural (Ginsburg; Versteeg, 2020). Tudo isso faz com que Ginsburg e Versteeg (2020) defendam que a atuação do Executivo seja vinculada, ao contrário do modelo desvinculado de Posner e Vermeule (2011). Esse controle também se torna possível por meio da revisão judicial, com o Judiciário sendo provocado para julgar se tais condicionantes constitucionais foram seguidas e dizer se a invocação dos poderes emergenciais foi devida (Ginsburg; Versteeg, 2020).

Todavia, a outorga de poderes emergenciais também pode se dar por lei que viabilize a restrição de direitos pelo Executivo, algo constitucional na maioria dos ordenamentos jurídicos, segundo Ginsburg e Versteeg (2020). Esse 'modelo legislativo' de governança de crises teria vantagens ao modelo constitucional para Ferejohn e Pasquino (2004), pois assegura o envolvimento do Legislativo, que deverá elencar os poderes a serem outorgados ao Executivo, e mantém em vigor a ordem constitucional ordinária e, conseqüentemente, o controle judicial do Executivo no tocante às restrições aos direitos fundamentais impostas emergencialmente.

Essa lei pode ser anterior à crise ou contemporânea a ela. Quando anterior, algumas proteções são colocadas como: a exigência de declaração de emergência pelo Legislativo para ativar a aplicação da lei; ou o estabelecimento de um período de validade para a lei, a não ser que o Legislativo prorrogue o estado de emergência. Quando contemporânea, a lei acaba sendo elaborada com o envolvimento do Legislativo com a crise específica, atendendo às suas necessidades. Porém, deve ser tomado o cuidado para que não seja esquecida a inserção, na lei, de dispositivos que limitem a vigência dela para a crise momentânea, de modo que não seja usada em situações futuras diversas ou, até mesmo, não emergenciais (Ginsburg; Versteeg, 2020).

Por fim, Ginsburg e Versteeg (2020) apontam que parte da literatura defende que os Executivos ajam sem base legal durante as crises, de forma a não ser considerada legal ou constitucional, mesmo que temporariamente, a restrição de direitos fundamentais e a outorga de poderes emergenciais ao Executivo. Nesse caso, o melhor seria avaliar essas ações depois de superada a crise, suspendendo temporariamente o sistema de freios e contrapesos (Ginsburg; Versteeg, 2020), não dando margem para o uso de precedentes judiciais autorizativos dessas ações para períodos ordinários.

Esse modelo extra-legal não é defensável em um Estado de Direito. Uma das premissas fundantes do Estado é o princípio da legalidade/juridicidade³, que vincula o agir administrativo ao Direito. Mais danosa seria uma atuação contra direitos e garantias fundamentais sem que haja nenhum respaldo jurídico, nem controle

³ A partir do pós-positivismo, a interpretação do princípio da legalidade deve ser realizada através da noção de juridicidade, isto é, a Administração Pública deve respeitar não somente a lei, mas o ordenamento jurídico como um todo hierarquizado. Assim, passa-se a ter uma vinculação do Estado à lei e ao Direito, abarcando também as normas constitucionais (inclusive os valores e direitos fundamentais), a jurisprudência e até os atos administrativos normativos (Melquíades Duarte, 2016; Binenbojm, 2014).

imediatamente exercido pelos demais Poderes. Permitir a suspensão deliberada e informal desse fundamento estatal seria aceitar que o Direito fosse utilizado somente quando conviesse para os altos escalões dos Poderes constituídos, sujeitando-o não a vontade popular por meio do processo legislativo legítimo, mas aos gabinetes dos membros desses Poderes, oculto da sociedade. Dessa forma, as chances de abuso do poder se tornam extremamente mais elevadas com esse modelo paralegal.

Tushnet (2007) defende que o controle político é preferível sobre o controle legal dos poderes de emergência, argumentando que aquele é mais alinhado à democracia, mais eficaz e mais célere do que o judicial, podendo atuar previamente, durante a elaboração das medidas a serem executadas, ou concomitantemente, na fiscalização de como elas estão sendo administradas. Esse controle seria exercido pela pressão política e o cálculo do custo político da adoção da medida, envolvendo a interação entre diversos atores políticos, dentro do governo, do parlamento e da própria sociedade. De fato, deve-se levar em consideração a importância do controle político não só em situações de emergência, mas também nos papéis ordinários do Estado. Esse controle é inerente à própria noção de democracia, com a pretensão partidária de angariar a maior quantidade de votos no pleito eleitoral para implementar seu projeto político.

No entanto, somente essa forma de controle não é o bastante para impedir o abuso por parte do Executivo, possuindo a natureza de controle complementar dentro do sistema democrático de separação entre os poderes. Alguns aspectos formais de um controle político já são inseridos nas normas constitucionais ao redor do mundo - inclusive no Brasil, como se verá adiante - prevendo a atuação do Legislativo na aprovação da outorga dos poderes emergenciais, bem como na delimitação e fiscalização das medidas. Esse papel do Legislativo sempre é exercido a partir dessa noção de controle político, fornecendo um aspecto formal a ele, que passa a ter um caráter mandamental para o Executivo. Ou seja, pode-se dizer que o controle legislativo é um controle político formalizado dentro do Estado.

Outrossim, Tushnet (2007) alega que uma emergência ocorre quando se tem um consenso de que o país, ou parte do seu território, teve seus custos sociais aumentados de forma inesperada e repentina, sem que haja previsão sobre sua duração. Porém, a declaração de que há uma emergência, em muitos países, como no caso brasileiro, depende de aprovação do Legislativo tão somente. Em um

sistema de presidencialismo de coalizão, como o adotado no Brasil, uma das falhas possíveis é a captura da maioria do Congresso pelo Executivo com o uso da máquina pública para distribuir mais recursos para as bases eleitorais dos congressistas em troca de apoio nos projetos da Presidência da República⁴, inclusive em clara afronta a preceitos básicos da democracia. Isso ocorreu no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional nº 123 (Brasil, 2022a), que criou uma nova modalidade de poderes emergenciais no Direito Constitucional brasileiro, ligados à ideia de estado de calamidade pública, mas com características próprias com vistas a autorizar o Executivo Federal a implementar medidas sociais sem ter que respeitar regras fiscais e eleitorais de proibição de majoração de benefícios em ano eleitoral. Essa emenda contou, inclusive, com o apoio maciço da oposição, acuada em período eleitoral por receio de rejeitar uma proposta populista sob o fundamento de respeito aos preceitos democráticos e constitucionais e, assim, perder votos na eleição que se aproximava (Sardenberg, 2022). Isso demonstra que o controle político somente não basta para a efetiva proteção do Estado Democrático de Direito na concessão e uso de poderes emergenciais.

Por outro lado, como demonstrado por Ginsburg e Versteeg (2020), a maioria dos ordenamentos jurídicos prevê limitações e condicionantes para a outorga de poderes emergenciais ao Executivo, justamente por serem suscetíveis de abuso. Logo, não se pode falar em supressão da separação entre os poderes e de uma atuação desvinculada do Estado frente a crises. O que se tem é criação de institutos jurídicos que, dentro desse sistema de freios e contrapesos, permitem que o Estado responda à crise de forma satisfatória para superá-la. No entanto, é necessário analisar de que tipo de crise se trata, por ser ela a justificativa para esse escopo de atuação alargado do Executivo.

2.2 Enquadramento da pandemia

O desenvolvimento das teorias de poderes emergenciais ocorreu baseado em somente um tipo de crise, a de segurança nacional (Ginsburg; Versteeg, 2020). Isso pode ser justificado pela maior gravidade e necessidade de proteção do Estado nesse contexto de ameaça, interna ou externa, que demanda uma atuação estatal

⁴ Tal fato foi extensamente noticiado pelos principais veículos de imprensa no Brasil (O Estado de São Paulo, 2022; PODER360, 2021).

tão repressiva. Vale ressaltar que os Estados Unidos da América (EUA) e a Europa passaram por um momento de preocupação generalizada com sua segurança interna após os atentados de 11 de setembro, o que fortaleceu o desenvolvimento teórico dos poderes emergenciais para a resolução de crises de segurança.

No entanto, Ginsburg e Versteeg (2020) apontam que existem quatro tipos comuns de crises (quadro 1), cada uma com suas peculiaridades.

Quadro 1 - Tipos de crise

	Segurança nacional	Crise financeira	Desastre natural	Pandemia
Fonte	Atores violentos	Falha regulatória	Natureza	Natureza
Velocidade de início da crise	Rápida	Rápida	Rápida	Devagar
Duração da crise	Variável	Variável	Curta	Duradoura
Distribuição de informações sobre o perigo	Concentrada	Concentrada	Dispersa	Dispersa
Necessidade de uma resposta uniforme em todo o território	Alta	Alta	Baixa	Depende, mas geralmente baixa
Necessidade de sigilo das informações	Alta	Baixa	Baixa	Baixa
Distribuição de instrumentos para resposta	Concentrada	Concentrada	Descentralizada	Descentralizada

Fonte: (Ginsburg; Versteeg, 2020), tradução livre.

Notadamente, uma crise provocada por uma pandemia tem características muito distintas daquela de segurança nacional, como bem demonstram Ginsburg e Versteeg (2020). A crise pandêmica não tem um inimigo visível e racional, ocorrendo geralmente de maneira lenta e previsível, a partir da observação dos impactos causados em outros países que a doença atingiu primeiro. Muitas vezes, a sua duração é longa, com sucessivas ondas e mutações do patógeno, como foi o caso da pandemia de covid-19, que totalizou 3 anos de duração em março de 2023, com 4 ondas registradas e muitas variantes do vírus. As informações sobre a crise sanitária são dispersas, tendo em vista a realização de pesquisas por centenas de instituições e a coleta dos dados por milhares de profissionais da saúde, em tempo

real, passando por mudanças rapidamente, de modo que autoridades locais passam a ter informações em maior qualidade e velocidade do que em órgãos centralizados. Da mesma forma, por impactar cada localidade de forma e em momento distinto, a resposta à pandemia não pode ser única nacionalmente, o que foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 (Brasil, 2020c). Ademais, as informações sobre a crise pandêmica não têm necessidade de sigilo para o sucesso no enfrentamento da crise, pelo contrário, sendo a publicidade ampla um dos caminhos apontados pelos cientistas para a sua superação, permitindo avanço no conhecimento científico sobre a moléstia e seu patógeno e a adoção rápida de medidas preventivas por toda a população.

Ginsburg e Versteeg (2020) apontam que essas características peculiares fazem com que o Executivo nacional esteja mais vinculado aos demais Poderes em uma crise pandêmica do que em uma de segurança nacional, já que o Legislativo e Judiciário terão acesso às mesmas informações que o Executivo nacional. Da mesma forma, os entes federados subnacionais podem ter um papel mais importante no combate à crise pandêmica do que o governo central, por terem informações superiores e em maior velocidade sobre a crise no seu território, capacitando-os a tomar medidas independentes, como foi decidido pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341 (Brasil, 2020c).

É evidente que, para cumprir com o objetivo da outorga desses poderes emergenciais, isto é, a superação da crise, faz-se necessária uma regulamentação que não seja única para todos os tipos de crise, já que elas possuem suas peculiaridades que exigem respostas distintas, conforme apontado.

Logo, a teoria de poderes emergenciais desvinculados de controle, pensada para crises de segurança nacional, que exige uma atuação forte, sigilosa, uniforme e rápida do Executivo nacional, não se mostra aplicável para uma crise provocada pela pandemia. Até mesmo nos casos de segurança nacional, foram vistas restrições a esses poderes excepcionais que buscam justamente manter certo controle sobre as ações do governo, de forma a impedir abusos (Ginsburg; Versteeg, 2020). Outrossim, é necessário entender como essa matéria é regulada pelo Direito brasileiro.

2.3 Poderes de emergência no Brasil

No Brasil, tem-se como base legal para a outorga de poderes emergenciais a Constituição (Brasil, 1988), que prevê algumas hipóteses de outorga deles ao Executivo. No entanto, diferentemente de como a doutrina estrangeira leciona, esses poderes são regulados de forma distinta e específica para cada tipo de crise a ser enfrentada no território brasileiro, algo típico nos países latinos, segundo Gross (2011). Nota-se uma preocupação do constituinte para tratar do assunto com um maior cuidado exigido pela matéria. No entanto, persiste um certo grau de imprecisão em algumas categorias, com o uso de conceitos jurídicos não determinados para dar certa margem para a decisão política envolvida nesse processo, como aponta Gross (2011) e pode ser observado no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato dificulta a identificação das crises que cada tipo de outorga pretende combater, mas algumas delimitações serão feitas adiante. Entre os institutos de outorga de poderes emergenciais no Brasil, tem-se: estado de defesa, intervenção federal, estado de sítio e estado de calamidade.

2.3.1 Estado de defesa

O estado de defesa visa a “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (Brasil, 1988), ou seja, vincula-se a noção de ordem pública e paz social. Sua decretação é competência privativa do Presidente da República, que deve ouvir o Conselho da República⁵ e o Conselho de Defesa Nacional⁶. Em até vinte e quatro horas após a decretação, o ato deve ser remetido junto com sua justificação para o Congresso Nacional, para que este o aprove ou o suspenda em

⁵ É um órgão de consulta do ocupante do cargo de Presidente da República em assuntos ligados à estabilidade das instituições democráticas, sendo integrado pelos: vice-presidente da república, presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, líderes da maioria e da minoria na Câmara e no Senado Federal, ministro da Justiça e seis cidadãos brasileiros natos com mais de 35 anos, sendo cada terço nomeado pelo presidente da república, Senado Federal e Câmara dos Deputados, com mandatos únicos de 3 anos (Brasil, 1988).

⁶ Também é um órgão de consulta do Presidente da República, para temas ligados a soberania nacional e defesa do Estado democrático, integrado pelos: vice-presidente da república, presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ministros da Justiça, de Estado de defesa, das Relações Exteriores e do Planejamento, bem como pelos comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica (Brasil, 1988).

até dez dias por maioria absoluta. Além disso, o Congresso Nacional deverá designar uma comissão própria para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas relativas ao estado de defesa e de sítio (Brasil, 1988).

A Constituição (Brasil, 1988) ainda determina que o decreto deve prever o tempo de duração - que não pode ser superior a trinta dias, prorrogável uma vez por igual período se mantidas as razões -, as áreas abrangidas e as medidas coercitivas que irão vigorar, nos termos e limites da lei. Não bastante, deverão ser elencadas quais medidas e restrições podem ser adotadas, com a ressalva de que a prisão por crime contra o Estado determinada durante o estado de defesa deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente para realizar o controle judicial. Da mesma forma, se a prisão ou detenção for superior a 10 dias, ela deve ser autorizada pelo Judiciário. Ademais, o Congresso Nacional deve continuar em funcionamento durante todo o período (Brasil, 1988), o que reforça o seu papel constitucional de fiscalização do Poder Executivo mesmo nesse interstício temporal.

Por fim, o texto constitucional dispõe expressamente que a Constituição não pode ser emendada durante o estado de defesa e que, findado este, seus efeitos também serão cessados, “sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes” (Brasil, 1988). Devem ser, ainda, relatadas ao Congresso Nacional as medidas adotadas durante sua vigência pelo Presidente da República, “com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas” (Brasil, 1988).

Sendo um instituto de proteção da ordem pública e da paz social para defesa da ordem institucional, ele prevê uma outorga de poderes emergenciais que pode ser ampla, conforme a necessidade apresentada pela realidade em que o país se encontra. No entanto, fica clara a vinculação do Executivo e a manutenção do sistema de freios e contrapesos que o constituinte fez, visando a limitação do exercício desse poder extraordinário para não incorrer em abusos e estado ditatorial. A aprovação pelo Congresso, a delimitação de quais medidas poderão ser adotadas e em quais locais, bem como o acompanhamento do Congresso e a prestação de contas do Executivo, ao final, são alguns dos controles exercidos pelo Legislativo sobre o Executivo. Por outro lado, é explícita a menção ao controle judicial em casos de prisão por crimes contra o Estado. Outrossim, o constituinte não desobriga o Judiciário de seus deveres constitucionais durante a vigência do estado de defesa, pelo contrário, prevendo explicitamente a responsabilização dos agentes por ilícitos

cometidos e o controle de prisões executadas, bem como que a decretação obedeça aos limites da lei. Assim sendo, só se pode entender como mantido o controle judicial amplo mesmo nesse período.

No entanto, esse modelo se adequa melhor ao combate das crises de segurança nacional e de desastres nacionais em larga escala, conforme a justificativa trazida para sua decretação. Somente os desastres em escala nacional e de extrema gravidade para a ordem pública ou a paz social justificam sua adoção, já que aqueles que atinjam somente alguns territórios ou não impactem a sociedade dessa maneira podem ser combatidos pelo Estado por meio de institutos menos gravosos para o Estado Democrático de Direito, como será visto adiante.

2.3.2 Estado de sítio

O estado de sítio também segue as mesmas normas constitucionais que regem o estado de defesa sobre a decretação privativa do Presidente da República e autorização do Congresso Nacional. Conforme a Constituição (Brasil, 1988), o arcabouço fático que dá ensejo a ele pode ser a declaração de estado de guerra, agressão armada estrangeira, ou, então, “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (Brasil, 1988). Portanto, nota-se a ligação da fundamentação do uso desse mecanismo com a proteção da segurança nacional.

O decreto de estado de sítio também deverá prever sua duração, as normas necessárias para sua execução e a especificação de quais garantias constitucionais serão suspensas. No entanto, se lastreado na comoção grave de repercussão nacional ou em ineficácia de medida do estado de defesa, a duração do estado de sítio não poderá ser superior a 30 dias, nem prorrogada por prazo superior. Se motivado por guerra, sua vigência pode ser mantida enquanto ela perdurar. Para aplicar as medidas, um executor é designado pelo Presidente da República, que deverá indicar, também, as áreas abrangidas pelo instituto (Brasil, 1988).

Ademais, o texto constitucional também delimita quais medidas podem ser adotadas contra as pessoas no caso de estado de sítio fundado em comoção grave ou ineficácia do estado de defesa (Brasil, 1988). Porém, o texto não faz a mesma restrição em caso de guerra, tendo em vista a própria proteção da soberania do Estado.

Assim como é regulado para o estado de defesa, o Congresso Nacional deverá criar uma comissão com seus membros para acompanhar e fiscalizar as medidas adotadas. Além disso, é expressamente previsto que, cessado o estado de sítio, cessam-se seus efeitos, sem prejuízo da responsabilização dos agentes por ilícitos cometidos, devendo, também nesse caso, o Presidente da República remeter ao Congresso, no término do período, o relato das medidas adotadas, acompanhadas da sua justificativa e da relação nominal das pessoas atingidas e das restrições impostas. Também é vedada a aprovação de emenda constitucional durante a vigência do instituto.

Um ponto distinto do estado de sítio para o de defesa é o fato de a Constituição (Brasil, 1988) prever expressamente que a imunidade parlamentar é mantida durante o estado de sítio, sendo sua suspensão permitida somente se aprovada por dois terços dos integrantes de cada Casa e referente aos “casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida”.

Esse instituto tem uma ligação estreita com as graves crises de segurança nacional, notadamente aquelas que ameaçam a própria soberania do Estado, sendo o mais gravoso para o Estado de Democrático de Direito ao outorgar poderes emergenciais ainda mais amplos que os do estado de defesa. Tal gravidade fica evidente no caso da sua decretação ser fundada em guerra, na qual não há uma delimitação de quais medidas podem ser previstas pelo ato normativo, diferentemente de quando a justificativa for pela ineficácia do estado de defesa, em que o texto constitucional elenca as ações contra as pessoas que podem ser incorporadas no decreto. Isso pode ser justificado pela necessidade de proteção do Estado e da ordem constitucional, ameaçada pela agressão estrangeira.

Mesmo assim, o constituinte previu para o estado de sítio os mesmos controles legislativos impostos ao primeiro instituto e, indo além, manteve expressamente a imunidade parlamentar durante o período, a menos que a própria casa legislativa, em votação qualificada, suspenda-a. Como forma de impedir que a concentração de poderes seja tão ampla, também determina-se que seja nomeado um executor das medidas elencadas no decreto, tirando esses poderes emergenciais das mãos do Presidente da República, dificultando o seu abuso por este.

2.3.3 Intervenção federal e estadual

A intervenção federal e estadual segue a mesma normativa com sua decretação pelo Presidente da República ou Governador, aprovação do Congresso ou Assembleia Legislativa, com a impossibilidade de alteração do texto constitucional no período. Esse instituto permite que a União intervenha nos Estados, ou o Estado nos seus Municípios (intervenção estadual), de modo a garantir a manutenção do federalismo e do republicanismo, de modo geral. Gross (2011) já apontava que o federalismo é uma das primeiras vítimas dos poderes emergenciais em Estados Federados, porém, no caso brasileiro, a outorga de poderes emergenciais de modo a afetar esse princípio é tratada mais especificamente pelo instituto da intervenção e não para todos os casos de outorga.

A Constituição (Brasil, 1988) traz, em seu art. 36, outras condicionantes para que seja possível a decretação da intervenção, sendo necessária a solicitação pelo Poder coacto ou impedido, ou a requisição, caso este seja o Judiciário. O mesmo ocorre em caso de desobediência de ordem judicial. Já para intervenção calcada em recusa de execução à lei federal ou para assegurar cumprimento de alguns princípios constitucionais, deve haver o provimento pelo STF e representação do Procurador-Geral da República.

Por fim, a Constituição (Brasil, 1988) determina que o decreto especifique a amplitude, o prazo e as condições para a execução da intervenção, nomeando o interventor quando cabível, já que ela pode se limitar a somente suspender a execução de ato impugnado de modo a fazer cumprir lei federal, ordem judicial ou princípios constitucionais específicos. Nesse caso de mera suspensão de ato, não é necessária aprovação pelo Poder Legislativo. Igualmente aos demais institutos, cessados os motivos da intervenção, a autoridade afastada do cargo retornará para o exercício de suas atribuições.

Esse instituto demonstra ter relação com a própria ideia do sistema de pesos e contrapesos, mas no nível federativo, servindo como instrumento de controle dos Poderes Executivos que compõem a federação brasileira em casos de crises, que podem ser diversas. Ainda assim, são previstas expressamente formas de controle legislativo e judicial da intervenção, bem como limitações para seu exercício.

Aqui, tem-se, ainda, uma inovação do Direito brasileiro ao prever o instituto também para crises que não foram elencadas por Ginsburg e Versteeg (2020)

(quadro 1). Tem-se um novo tipo de crise previsto pelo constituinte brasileiro, a crise institucional, federativa ou republicana. Pode-se dizer que ela decorre da ameaça ao sistema de freios e contrapesos, causada por ações e/ou omissões dos Executivos que compõem a federação. Essa tipologia nova faz maior sentido em democracias jovens, com uma noção de Estado de Direito pouco amadurecida na sociedade, como é a realidade brasileira. No entanto, não é o objetivo desta pesquisa o aprofundamento nesse tema.

2.3.4 Estado de calamidade

Outra previsão constitucional brasileira nessa matéria é o estado de calamidade⁷. Ele somente pode ser proposto pelo Presidente da República, sendo sua decretação competência do Congresso Nacional (Brasil, 1988). Entretanto, diferentemente dos demais institutos de poderes emergenciais brasileiros, que autorizam a intervenção de um Poder sobre outro ou a restrição de direitos e garantias individuais, o estado de emergência tem como objetivo único permitir uma resposta ágil e desvinculada de controles fiscais rígidos para responder aos efeitos sociais e econômicos da crise que se apresenta. Para tanto, é adotado um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações, apartado do regime jurídico ordinário, para atender exclusivamente às necessidades excepcionais decorrentes da situação peculiar vivenciada pelo país, possibilitando que o Poder Público adote todas as medidas essenciais para enfrentar a calamidade. Porém, o exercício do Poder Executivo em suas atividades cotidianas não é afetado pela decretação de calamidade, continuando elas regidas pelas regras fiscais e de licitação vigentes.

Outrossim, mesmo com a possibilidade de adoção de “processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras”, previsto no art. 167-C da Constituição (Brasil, 1988), eles devem garantir o respeito aos princípios da igualdade e da competitividade entre os interessados. Igualmente, o texto prevê a manutenção do controle dos órgãos competentes sobre as medidas adotadas (Brasil, 1988).

Esse instituto está ligado, tão somente, ao enfrentamento de crises sociais e econômicas que assolam o país, buscando mitigar ou suplantar seus efeitos na

⁷ Também são usados no texto constitucional os termos “estado de calamidade” e “estado de emergência” para se referir ao instituto.

sociedade. Por esta razão, sendo a pandemia uma crise sanitária com consequências sociais e econômicas de grande magnitude (Rodrigues; Costa, 2021), o estado de calamidade pública é o instituto que mais dialoga com o seu enfrentamento adequado. Outrossim, ele permite uma outorga de poderes emergenciais restritos à esfera fiscal e contratual do Estado, o que permite abusos de poder ligados à corrupção e ao enriquecimento ilícito dos agentes. Mesmo nessa situação menos gravosa, são expressamente mantidos os controles constitucionais sobre a atuação do Executivo, já que o objetivo desse instituto é, tão somente, autorizar que o Estado tenha à sua disposição todos os recursos necessários para o enfrentamento da crise.

Como se vê, o estado de calamidade não autoriza a adoção de medidas restritivas de direitos pelo Estado, não sendo a única ferramenta jurídica adotada para o combate à pandemia de covid-19 no Brasil.

2.3.5 Estado de emergência

Como última previsão constitucional conferindo poderes emergenciais ao Executivo, tem-se o estado de emergência⁸. Ele é o único que não foi criado pelo constituinte originário, tendo sido implementado com a aprovação da Emenda Constitucional nº 123 (Brasil, 2022a), em julho de 2022. Entretanto, sua criação foi feita com caráter pontual, com vigência específica até o término de 2022, de modo que sua inclusão no ordenamento foi feita no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esse processo foi marcado por captura do Legislativo pelo Executivo (O Estado De São Paulo, 2022; PODER360, 2021), concedendo benefícios sociais à população mais atingida pelo aumento da inflação e dos combustíveis há 3 meses da eleição nacional, o que é vedado pela legislação eleitoral.

Gross (2011) alerta que o uso da emergência para situações que não sejam tão perigosas pode acabar banalizando o uso de poderes emergenciais para situações que se tornem corriqueiras. Assim, a previsão legal deveria se atualizar para corresponder a um grau de perigo elevado. Gargarella e Roa (2020) também afirmam que medidas excepcionais não devem ser usadas para resolver um

⁸ A opção do Congresso por utilizar a mesma nomenclatura já usada pelo constituinte originário como sinônimo para estado de calamidade é um fator de confusão sobre os institutos. No entanto, o estado de emergência criado após a promulgação da Constituição apresenta características bem distintas, conforme serão apontadas.

problema estrutural, por exigirem políticas de longo prazo, planejadas com cautela. Fica claro esse uso dos poderes de emergência de forma banalizada nesse caso, o que pode ser usado futuramente como precedente legislativo para o abuso no uso dos institutos.

Apesar de ser uma nova categoria, o estado de emergência se assemelha ao estado de calamidade, com a concessão de poderes emergenciais no âmbito de desobrigar o Executivo do cumprimento de regras fiscais para a adoção de medidas de controle. Porém, o Legislativo já previu, no texto constitucional, o tempo de duração e quais medidas serão adotadas exclusivamente pelo Executivo, versando somente sobre a criação ou majoração de auxílios sociais aos taxistas, caminhoneiros e beneficiários do programa Auxílio Brasil, até dezembro de 2022. Diferentemente do caso de calamidade, as regras de contratação pela Administração Pública continuam plenamente em vigor para todo o Estado.

O estado de emergência, devido seu caráter pontual, repentino, e com o uso de manobras legislativas para sua aprovação (García; Barbiéri; Mattos, 2022), banalizando a matéria, deixa clara a necessidade de haver um controle judicial sobre os poderes emergenciais, tendo em vista a possibilidade de atuação conjunta antidemocrática e anti-republicana do Executivo e Legislativo.

2.3.6 Adoção de modelo misto: legislativo e constitucional

O enfrentamento à pandemia no território brasileiro contou com a adoção de medidas restritivas de direitos, como a decretação de *lockdowns*, de uso obrigatório de máscaras e de distanciamento social (Fagundes; Duarte, 2022), de modo que somente o estado de calamidade não forneceria os elementos jurídicos necessários para o uso desses poderes emergenciais pelo Executivo.

Foi promulgada, em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979 (Brasil, 2020a), outorgando poderes restritivos de direitos ao Executivo para o combate à crise sanitária enquanto durasse a emergência de saúde pública de importância internacional, de modo que a decretação do Ministério da Saúde não poderia ultrapassar o período estabelecido pela Organização Mundial de Saúde.

Nesse cenário, a Administração Pública passa a ser autorizada legalmente para adotar como medidas restritivas, por exemplo: isolamento; quarentena; realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras

clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, ou tratamentos médicos específicos; uso obrigatório de máscaras de proteção individual; entre outras.

Outrossim, a lei faz menção expressa ao Decreto Legislativo nº 6 (Brasil, 2020b), que aprovou o estado de calamidade no país, tornando clara a adoção de um modelo misto de poderes emergenciais de enfrentamento à pandemia, abrangendo o constitucional - calcado no instituto da calamidade, e abrangendo a questão fiscal e contratual do Estado - e o de autorização legal, outorgando poderes para restringir direitos individuais da população.

A opção do legislador pela adoção do modelo misto se torna ainda mais evidente com a previsão de vinculação da vigência do texto legal ao decreto de estado de calamidade. No entanto, o decreto estabeleceu como prazo para a adoção do instituto constitucional somente até o fim de 2020, caducando em 01 de janeiro de 2021. Dessa forma, foi ajuizada a ADI nº 6625 (Brasil, 2021a), na qual o STF julgou pela manutenção da vigência da norma durante todo o tempo em que o país se encontrasse em emergência de saúde pública, decorrente do surgimento de novas cepas do vírus. Para tanto, os ministros justificaram que essa foi a real intenção legislativa para com a norma, fundados, ainda, no princípio da prevenção e da precaução em matéria de saúde.

Portanto, com a implementação de medidas restritivas autorizadas pela via legal, fica clara a manutenção do sistema de freios e contrapesos no combate brasileiro da pandemia, tendo em vista as normas constitucionais de controle entre os poderes, notadamente o controle judicial, se encontram hierarquicamente superiores à lei promulgada, não sendo criado um regime jurídico diferenciado que exclua os atos do Executivo do controle. Por outro lado, nem mesmo as normas constitucionais de poderes emergenciais mais graves, como os Estados de defesa e de sítio, preveem essa supressão do controle pelo Judiciário, em muitos casos, até mesmo reafirmando esse seu papel, essencial para que se mitiguem os abusos que possam ocorrer sob o pretexto da proteção à vida da população na crise sanitária.

2.4 Pandemia em desgoverno e a necessidade de freios e contrapesos

O Brasil adota o sistema federativo de 3 níveis, sendo eles a União, os Estados/Distrito Federal e os Municípios. Cada um dos entes é dotado de autonomia

política, administrativa e financeira. Entretanto, a Constituição (Brasil, 1988) delimita a competência de cada um para que a atuação estatal seja organizada e coesa.

No tocante ao direito à saúde, o texto constitucional estabelece a competência comum entre as três esferas cuidar da saúde. No Município, porém, tem-se a prestação desse serviço público de maneira mais direta, contando com a cooperação técnica e financeira dos demais federados (Brasil, 1988). A prestação do direito à saúde pelo Estado brasileiro é feito por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que possui como princípios a regionalização e hierarquização (Brasil, 1988).

A Lei nº 8.080/1990 (Brasil, 1990), que regulamentou o SUS, determina que compete à direção nacional do sistema “definir e coordenar os sistemas de vigilância sanitária e epidemiológica; “coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica”; bem como executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em situações que escapem do controle estadual do SUS ou que tenham risco de disseminação nacional. Logo, é claro na legislação brasileira o papel da União de coordenação e até de atuação frente a uma crise de saúde pública como representou a pandemia de covid-19.

A atuação do governo federal (2019-2022) frente à crise sanitária foi marcada por políticas e ações de negacionismo científico, provocando recusa às vacinas e incentivo à adoção de tratamentos precoces sem comprovação científica (Bustamante; Meyer, 2022). Membros do alto escalão do governo chegaram a admitir a intenção governamental de adotar política de deixar o vírus circular para atingir a “imunidade de rebanho”, mesmo sendo essa prática rechaçada pelos cientistas por gerar sobrecarga do sistema de saúde e provocar ainda mais mortes pela doença. O enfrentamento da pandemia pelo governo federal pode ser considerado como uma sequência de “falhas intencionais” em não encarar a pandemia.

Bustamante e Meyer (2022) consideram o enfrentamento da pandemia realizado pelo Executivo federal como uma sequência de falhas intencionais. O então Presidente da República menosprezou a doença durante todo o período, dizendo publicamente frases que colocavam em dúvida a gravidade da moléstia, a eficácia das vacinas, a necessidade de vacinação infantil, além de incentivar o descumprimento de medidas de contenção (Queiroz, 2022). Seguem abaixo algumas falas trazidas por Queiroz (2022, online):

7 de julho – “É como uma chuva, vai atingir você” – 66.741 mortes

Bolsonaro comparou o coronavírus a chuva, ao dizer que uma grande parte da população seria infectada. Deu a declaração durante entrevista que revelou ter testado positivo para covid-19.

17 de dezembro – “Se tomar vacina e virar jacaré não tenho nada a ver com isso” – 184.827 mortes

Na ocasião, o presidente voltou a afirmar que é contrário à vacinação obrigatória contra covid-19. Se referindo à vacina da Pfizer, disse que o contrato da farmacêutica é claro na parte em que a empresa não se responsabiliza por possíveis efeitos colaterais causados pelo imunizante.

“Se você virar um jacaré, problema de você [sic]. Se você virar super-homem, se nascer barba em alguma mulher aí ou algum homem começar a falar fino, eles não vão ter nada a ver com isso. O que é pior: mexer no sistema imunológico das pessoas”, afirmou.

4 de março de 2021 – “Chega de frescura e mimi” – 260.970 mortes

Durante evento em São Simão (GO), presidente se posicionou contra as medidas de combate a covid. “Temos que enfrentar os nossos problemas. Chega de frescura e de mimi. Vão ficar chorando até quando?”, afirmou.

17 de maio – “Tem alguns idiotas que até hoje ficam em casa” – 436.537 mortes

A declaração ocorreu em conversa com apoiadores ao se referir a uma manifestação organizada por ruralistas no dia 15 de maio de 2021. “O agro realmente não parou. Tem uns idiotas aí, o ‘fique em casa’. Tem alguns idiotas que até hoje ficam em casa. Se o campo tivesse ficado em casa, esse cara tinha morrido de fome, esse idiota tinha morrido de fome”.

9 junho de 2021 – “Nunca vi ninguém morrer por tomar hidroxicloroquina” – 479.515 mortes

O chefe do Executivo defendeu o medicamento, que não tem eficácia comprovada, durante culto evangélico em Anápolis (GO). “A vacina tem comprovação científica ou está em estado experimental ainda? Está [em estado] experimental”, completou.

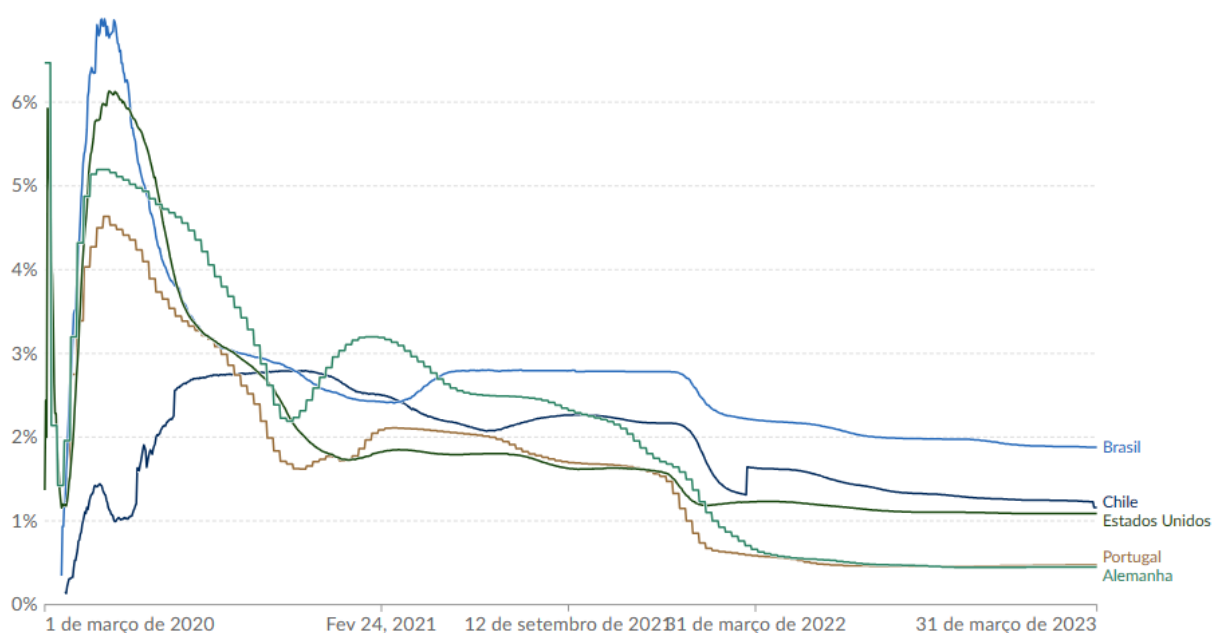
22 de janeiro de 2022 – “Lamento profundamente, mas é um número insignificante” – 622.801 mortes

Bolsonaro disse que o número de mortes de crianças por covid é “insignificante” em conversas com jornalistas em Eldorado (SP). “Tem que levar em conta se elas tinham comorbidade também”, disse.

O governo central chegou a elaborar campanha estatal incentivando a população a não fazer isolamento social (“O Brasil não pode parar”), assim como preteriu as vacinas chinesa e russa, as primeiras a ficarem disponíveis para países em desenvolvimento, por questão meramente ideológica e não científica (Bustamante; Meyer, 2022). Essa atuação surtiu efeitos negativos também nas medidas tomadas pelos entes subnacionais. Em 2020, a União editou mais de 3.000 atos normativos referentes à covid-19, que possuem uma relação direta com a obstrução contínua promovida pelo ente das medidas de combate tomadas localmente pelos governos subnacionais, bem como evidenciam a propaganda governamental contra a saúde pública feita pelo ente central (Asano *et al*, 2021).

Do ponto de vista epidemiológico, a pandemia no Brasil apresentou dados alarmantes. Com quase 38 milhões de casos e mais de 700 mil mortes em decorrência da doença confirmadas (WHO, 2023), o Brasil apresentou, na maior parte do período, a maior taxa de letalidade da moléstia entre os 5 países estudados no grupo de pesquisa da CNPq ao qual essa pesquisa integra, chegando a quase 7% de letalidade em abril e maio de 2020.

Gráfico 1 - Taxa de letalidade da covid-19



Fonte: elaborado por Ritchie *et al* (2020) com dados da Organização Mundial da Saúde (2023).

Tal situação resultou no fato de o Brasil possuir mais de 10% dos óbitos por covid-19 em todo o mundo, apesar de sua população representar menos de 3% da população mundial (Ritchie *et al.*, 2020). Como apontado por Fagundes e Duarte (2022), pode-se considerar que as medidas de contenção da pandemia adotadas no país foram desproporcionais.

Tal contexto brasileiro, somado a teoria e regulamentação jurídica apresentada anteriormente sobre os poderes emergenciais, reforçam a compreensão de que a atuação do Executivo federal no controle da pandemia deve ocorrer dentro do sistema de freios e contrapesos, com o exercício do controle político e judicial.

3 DEMARCAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não tendo a Constituição (Brasil, 1988) previsto a suspensão do sistema de freios e contrapesos durante crises, inclusive as sanitárias, é necessário compreender acerca da possibilidade de controle judicial de políticas públicas e sobre o eventual ativismo que pode ser praticado pelo Poder Judiciário. O controle será estudado aqui mediante a demarcação da esfera jurídica de proteção dos direitos fundamentais, a partir da qual se delimita o controle judicial devido e o avanço indevido da esfera jurídica sobre a política.

Os estudos de controle e ativismo judicial ganharam maior relevância após a Constituição (Brasil, 1988) promulgada no período pós-ditadura, conhecida como a Constituição cidadã, e o consequente amadurecimento institucional democrático brasileiro. O texto inovou trazendo uma série de direitos fundamentais sociais que exigem uma atuação positiva estatal para a sua concretização, bem como regulando uma série de matérias que não só as referentes à organização do Estado, o que expressa um desejo do constituinte de consolidar e proteger tais normas de reiteradas alterações e retrocessos, movidos pelo terror vivenciado na ditadura militar.

Apesar de representar enormes avanços para a sociedade brasileira, a aprovação de uma constituição programática robusta trouxe para o direito positivo e para a esfera de competência do STF, guardião do texto, uma infinidade de matérias relativas às políticas públicas necessárias à persecução desses novos direitos, ou mesmo para pacificar conflitos dos temas constitucionalizados. Logo, o estudo das normas de direitos fundamentais faz-se necessário para que se compreendam os fenômenos aqui pesquisados. Para tanto, far-se-á emprego da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2015) como marco teórico desta fase da pesquisa bibliográfica.

3.1 Normas de direitos fundamentais

A teoria possui como base a distinção entre regras e princípios, sendo um elemento chave para solucionar os problemas centrais dos direitos fundamentais, como suas restrições, colisões e seu papel no sistema jurídico (Alexy, 2015). As

regras e os princípios são espécies do gênero norma, tendo em vista que enunciam o dever-ser, o que pode ser transcrito em expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. Um dos critérios tradicionais de distinção é o da generalidade, de modo que os princípios são normas com alto grau de generalidade, ao contrário das regras (Alexy, 2015).

Alexy (2015) cita diversos outros critérios debatidos na doutrina, o que permite a ele formular três teses distintas sobre a diferença entre regras e princípios. Na primeira, qualquer tentativa de separar as normas nessas espécies fracassaria, tendo em vista a diversidade de formas possíveis, que podem inclusive ser combinadas entre si. Na segunda tese, aceita-se a possibilidade de diferenciação relevante das normas em regras e princípios, mas defende-se que ela é somente de grau. Já a terceira tese, considerada a correta pelo autor, afirma que as normas são divididas em regras e princípios, mas que a diferença é qualitativa e não somente gradual.

Para o jusfilósofo, a diferenciação crucial entre regras e princípios é que estes “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes” (Alexy, 2015, p. 90). Ou seja, princípios são, para o autor, “mandamentos de otimização” que podem ser efetivados em níveis diversos, a depender tanto das possibilidades fácticas, quanto das jurídicas, que são determinadas pelas normas colidentes. Portanto, os princípios contêm somente um mandamento *prima facie* (Alexy, 2015).

Dessa forma, eles “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas” (Alexy, 2015, p. 104), de modo que os princípios não contêm em si próprios a extensão do seu conteúdo frente aos princípios colidentes e às possibilidades fácticas. Ou seja, os princípios só têm seu conteúdo determinado definitivamente após a aplicação da lei de colisão, quando são contrapostos em face de outros no caso concreto, gerando uma regra com mandamento definitivo.

O autor defende a utilização da definição de princípios como “mandamentos de otimização”, ao invés de “maximização”, por aquela considerar a relação constitutiva que um princípio possui com os demais (Alexy, 2015). Ou seja, a ideia não é somente maximizar a sua satisfação isoladamente, mas a de todos os princípios, por isso a preferência pela terminologia de otimização, mais simples e direta na interpretação. Alexy (2015) ainda entende que não é necessário que os

princípios sejam expressos, podendo decorrer até de jurisprudência e sua compreensão do que deve ser o Direito.

Por outro lado,

as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (Alexy, 2015, p. 91).

Alexy (2015) compreende o modelo de aplicação tudo-ou-nada das regras e de uso dos princípios como razões que direcionam para um caminho, mas considera esse modelo simples, que merece ser aprofundado, mantendo o caráter *prima facie* diferenciado das regras e dos princípios.

Para o autor, as regras também possuem um caráter *prima facie*, ainda que distinto dos princípios. Ele explica que caso haja o estabelecimento de uma cláusula de exceção a uma regra no caso concreto, ela perde o seu caráter definitivo, e que a cláusula pode ser estabelecida por um princípio (Alexy, 2015). Porém, esse caráter é muito diferente daquele dos princípios, já que um princípio cede lugar a outro antagônico de maior peso e a regra não é suplantada somente com o peso maior do princípio contrário àquele que a sustenta, é necessário que os princípios formais - que se referem às competências e à legitimidade das autoridades criadoras da norma - sejam superados também (Alexy, 2015). Alexy (2015, p 105) ainda aponta que “quanto mais peso se atribui aos princípios formais [em um ordenamento], tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras”.

Dessa forma, “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas” (Alexy, 2015, p. 106). Compreendidos esses conceitos, é preciso entender como a teoria soluciona os conflitos entre os diferentes tipos de normas possíveis.

3.1.1 Colisões e conflitos entre normas

Tanto as colisões entre princípios, quanto os conflitos entre regras representam a situação em que duas normas levam a resultados incompatíveis entre si caso sejam isoladamente aplicadas (Alexy, 2015). Entretanto, a forma de resolução desse embate é distinta para cada caso segundo a teoria alexyana, e, por isso, o autor utiliza de uma terminologia diferenciada para cada espécie.

No caso do conflito entre regras, a sua solução é ou pela declaração de invalidade de uma das regras, ou pela introdução de uma cláusula de exceção que o elimine em uma delas (Alexy, 2015). No caso da validade jurídica, podem ser adotados os critérios de resolução de antinomias: hierárquico, cronológico e da especialidade. Ainda conforme o autor, “o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é” (Alexy, 2015, p. 92). Essa concepção também é apresentada por Dworkin (2002) como de aplicação tudo-ou-nada.

Já se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, o que não significa ser declarado inválido, mas tão somente que o outro tem precedência frente a ele sob aquelas condições. Se as condições são alteradas, o resultado pode ser diferente. Isto é, no caso concreto, os princípios possuem pesos distintos e aqueles com maior peso possuem precedência condicionada em face dos demais (Alexy, 2015). O jusfilósofo explica que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (Alexy, 2015, p. 94).

A resolução da colisão passa pelo sopesamento dos interesses conflitantes que os princípios representam, que abstratamente estão no mesmo nível, mas no caso concreto vão apresentar pesos distintos, isto é, “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro” (Alexy, 2015, p. 96). A lei do sopesamento pode ser traduzida como: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2015, p. 167). Sua realização se dá pela aplicação da máxima da proporcionalidade nos casos concretos.

A máxima da proporcionalidade⁹ se subdivide em três submáximas: adequação (isto é, se a medida analisada é apta a promover o princípio), necessidade (se é o meio menos gravoso para o princípio colidente) e a proporcionalidade em sentido estrito (o sopesamento propriamente dito, em que se verifica a possibilidade jurídica de realização de um princípio frente ao outro). As submáximas da adequação e da necessidade estão ligadas à verificação das

⁹ Estudos apontam que não há rigor metodológico na aplicação desta máxima pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho, de forma que este a utiliza como sinônimo do princípio da razoabilidade (Arena, 2022) e aquele a aplica mesmo quando não há colisão entre direitos fundamentais, sendo a lide resolvida por outros métodos, ou, como em alguns casos emblemáticos, a aplica desconsiderando as duas primeiras submáximas (Pedron, Rodrigues, 2022).

possibilidades fáticas para a otimização do princípio, ao passo que a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito se vincula à possibilidade jurídica de efetivação de um princípio (Alexy, 2015). Pedron e Rodrigues (2022) alertam que a aplicação da máxima da proporcionalidade se dá pela tentativa de resolução da colisão de forma escalonada entre as submáximas, de modo que, somente quando a adequação e necessidade não forem capazes de solucionar é que a proporcionalidade em sentido estrito será necessária.

Para Alexy (2015), o peso dado a um princípio não é quantificável. Para compreender o maior ou menor peso no sopesamento de princípios colidentes, é necessário se verificar se há razões suficientes para que um princípio prevaleça sobre o outro naquelas condições do caso concreto (Alexy, 2015). O sopesamento será evidenciado por meio do discurso, ou seja, o peso de cada princípio será verificado discursivamente, por meio da argumentação racional.

Como resultado do sopesamento, tem-se criada uma relação de precedência de um princípio sobre outro, desde que atendidas determinadas condições fáticas (Alexy, 2015). Essa relação de precedência estabelecida, para Alexy (2015), possui natureza de regra, tendo em vista que, quando tais condições fáticas forem observadas na colisão entre os mesmos princípios, aquele sempre terá um peso maior. O autor denomina como “lei de colisão” o resultado do sopesamento, que ele assim formula de simplificada maneira: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (Alexy, 2015, p. 99).

A lei de colisão reflete o conceito dos princípios enquanto mandamentos de otimização, tendo em vista que são normas *prima facie*, inexistindo uma relação de precedência absoluta entre eles, e que estão ligados a ações e situações que não são quantificáveis (Alexy, 2015).

O jusfilósofo ainda afirma que as normas de direito fundamental podem ser tanto aquelas estabelecidas pela Constituição quanto aquelas atribuídas, isto é, uma norma que é atribuída à esfera constitucional por meio de uma possível fundamentação referenciada nos direitos fundamentais (Alexy, 2015). Nesse sentido, para Alexy (2015), a regra que resulta do sopesamento, fruto da lei de colisão, pode ser formulada como uma norma-regra de direito fundamental atribuída.

Entretanto, Alexy (2015) apresenta algumas objeções trazidas ao conceito de princípio. Em relação à elas, ele defende sua teoria afirmando, primeiramente, que inexistem colisões de princípios que possam ser solucionadas pela declaração de invalidade de um deles, já que, para haver a colisão, os dois princípios devem ser válidos no ordenamento jurídico. Outrossim, sobre a existência de princípios absolutos, o autor afirma que, quando se considera que um princípio prevalece sempre sobre os demais, na verdade, tem-se sedimentada uma gama de condições em que ele prevalecerá com um grau maior de certeza, sendo difícil o seu afastamento. Esse é o conceito de núcleo essencial das normas de direito fundamental para Alexy (2015). Sendo resultado de sopesamentos, o núcleo possui o caráter de regra. Por último, o autor defende que o conceito amplo de princípio, que engloba interesses coletivos¹⁰, exige que se tenham “situações que satisfaçam - na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas - critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais” (Alexy, 2015, p. 115).

3.1.2 O modelo misto de regras e princípios

Ao longo do desenvolvimento de sua teoria, Alexy (2015), defende um modelo misto de regras e princípios para as normas de direito fundamental, rechaçando um modelo puro de princípios ou de regras.

No modelo puro de princípios, as normas de direitos fundamentais podem ser princípios ou regras, que são criadas a partir das relações de precedência resultadas de sopesamentos. Nesse sentido, as regras dependem totalmente dos princípios, por isso esse nome dado ao modelo (Alexy, 2015). Todavia, o autor afirma que esse modelo ignora o texto e a vinculação constitucionais, desconsiderando a regulação das restrições de cada direito feita pela Carta.

Já no modelo puro de regras, as normas de direitos fundamentais seriam aplicáveis sem a necessidade de sopesamento, mesmo que careçam de complementação (Alexy, 2015). Entretanto, Alexy (2015) rechaça esse modelo sob o argumento de que, na aplicação das normas de direitos fundamentais sem reserva, o sopesamento acaba sendo inafastável. Mesmo diante de uma obviedade do

¹⁰ Isso, de acordo com a crítica apresentada pelo Alexy (2015), permitiria que qualquer interesse pudesse ser colocado em sopesamento, tornando os princípios inúteis.

resultado, não se pode excluir que houve um sopesamento anterior definindo essa relação de precedência, principalmente em casos complexos.

No caso dos direitos fundamentais com reserva, deve ser preservado seu “conteúdo essencial”, que, pela teoria relativa, é atingido se a restrição for desproporcional, e, pela teoria absoluta, seria necessário um critério adicional, que recai na mesma questão das normas sem reserva. A mesma compreensão sobre a necessidade de sopesamento se dá àqueles direitos com reserva qualificada, em que a reserva estabelecida pelo constituinte já é uma relação de precedência e, nos casos complexos, ainda persiste a máxima da proporcionalidade para a sua resolução (Alexy, 2015).

Alexy (2015), portanto, defende um modelo misto, com um nível de regras e outro de princípios, tendo em vista que, para além de positivar princípios, as disposições de direitos fundamentais também podem trazer determinações com caráter de regra acerca das exigências de princípios contrapostos, apresentando suporte fático e cláusulas restritivas específicos. No entanto, mesmo sendo regras, elas são incompletas, necessitando de sopesamentos para sua aplicação. Nesses casos, há uma relação de primazia relativa do nível das regras, por força da vinculação constitucional, apesar de ambos os níveis terem hierarquia constitucional (Alexy, 2015).

Dessa forma, as normas de direitos fundamentais podem ser regras, princípios, ou terem o caráter duplo quando possuem cláusula de restrição estruturada como princípio, logo, sujeita a sopesamento (Alexy, 2015). Para o autor, elas irão surgir quando a norma estabelecida pela disposição constitucional puder ser transformada em norma subsumível, a partir de cláusulas que se referem a sopesamentos.

3.1.3 Teoria dos Princípios e Teoria dos Valores

Avançando em sua teoria, Alexy (2015) afirma que valores e princípios estão intrinsecamente ligados, tanto por poderem ter colisão e sopesamento, quanto por sua realização gradual, sendo possível que os enunciados sobre princípios sejam aplicados para os valores e vice-versa. Porém, há uma diferença entre eles, entendida a partir dos conceitos práticos: deontológicos (dever ou dever-ser),

axiológicos (valoração) e antropológicos (relativos à vontade, necessidade, decisão, ação, interesse) (Alexy, 2015).

Para o jusfilósofo, a diferença entre ambos é somente uma: princípios integram o grupo deontológico, enquanto mandamento de otimização, já os valores fazem parte do axiológico (Alexy, 2015). Alexy (2015) aprofunda sua diferenciação ao buscar responder o que é um valor. Para ele, deve ser diferenciado o objeto que está sendo valorado dos critérios da valoração, de modo que estes critérios são os valores em questão. Eles podem ser sopesados, correspondendo a um princípio, ou serem “regras de valoração”, quando não é necessário sopesamento para sua aplicação enquanto critério. Logo, a diferença estrutural entre regras e princípios também pode ser observada dentro do nível axiológico.

A teoria dos valores sofre algumas objeções, sendo trazidas aqui as metodológicas e dogmáticas, de maior relevância para o desenvolvimento da teoria.

As objeções metodológicas focam contra as concepções de ordem de valores e de sopesamento, pela possibilidade de uso irracional e com o objetivo de ocultar decisionismo judicial. Alexy (2015) acata quase todas as críticas contra a ordem de valores, mas rechaça contra o sopesamento, que são respondidas pelo modelo de princípio defendido por ele.

O autor aponta que no conceito de ordem de valores é praticamente impossível que se estabeleça uma lista exaustiva de todos os valores que podem ser relevantes para decidir um caso, logo a ordenação seria de algo incompleto. Não bastante essa dificuldade, mais problemática seria a ordenação abstrata em si mesma de valores constitucionais (Alexy, 2015). Isso causaria decisões absurdas baseadas não no caso concreto, mas na ordem abstratamente atribuída. Se se aceitasse a precedência absoluta de um valor sobre outro, as colisões entre valores se equiparariam às regras e seus conflitos (Alexy, 2015). Já nas situações de igualdade hierárquica, nenhum resultado seria obtido. No entanto, Alexy (2015) não rechaça a possibilidade de uma ordenação flexível, que pode surgir pelas precedências *prima facie*, sendo exigido maior carga argumentativa contrária a um valor, ou por meio da jurisprudência, com diversas decisões acerca das precedências.

Sobre o sopesamento, Alexy (2015) defende sua teoria da crítica de ser um procedimento fora do controle racional ao diferenciar o modelo decisionista do fundamentado. No decisionista, o resultado do sopesamento é fruto do processo

psíquico do julgador, algo não controlável racionalmente. Entretanto, no modelo fundamentado, defendido pelo autor, é necessário que, para além do processo psíquico, inerente a todo ser humano, deva ter uma fundamentação, sendo esta passível de controle racional. É a mesma separação feita entre processo de descoberta do processo de justificação da decisão. Logo, as razões utilizadas para justificar o resultado do sopesamento devem ser racionais, seguindo a sua teoria da argumentação jurídica (Alexy, 2015).

Nesse ponto, é importante lembrar que o sopesamento é traduzido pelo filósofo como: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2015, p. 167). Assim, não basta que se afirme que uma decisão é devida mesmo com uma afetação elevada de um princípio por haver a satisfação em grau muito alto de outro princípio. Deve haver fundamentação sobre esses enunciados de graus de afetação e de importância dos princípios (Alexy, 2015).

Já para rebater a crítica ao uso de valores não cogentes no sopesamento, Alexy (2015) explica que o próprio Direito faz esse uso e se propõe a essa tarefa. Da mesma maneira, apesar de ser considerado uma “fórmula vazia” por alguns críticos e não oferecer parâmetros para decisões definitivas, o sopesamento fornece um critério que associa a lei de colisão à teoria de argumentação jurídica, possibilitando que o resultado seja alcançado de forma mais racional e controlável (Alexy, 2015) como se verá mais adiante no trabalho.

Nesse sentido, a dogmática jurídica teria como objeto a rede de regras resultadas dos sopesamentos realizados pela jurisprudência e pela ciência jurídica (Alexy, 2015).

Já como objeção dogmática, é apontado que a teoria valorativa dos direitos fundamentais promoveria um aniquilamento da liberdade constitucional em sentido liberal, vinculando-a aos valores. Porém, Alexy (2015) defende que a liberdade é um valor como os demais, sendo sua teoria neutra em relação à liberdade jurídica de fazer ou deixar de fazer o que se deseja, podendo ter peso maior ou menor a depender do caso concreto.

Outra objeção dogmática apontada é a de que o entendimento dos direitos fundamentais enquanto princípios cria uma insegurança constitucional ao possibilitar que variados resultados da lei de colisão sejam considerados constitucionais, o que pode ser usado para manipular a escolha constitucional do constituinte sobre os

direitos fundamentais (Alexy, 2015). Sobre a vinculação à Constituição, o autor aponta que é justamente o seu modelo de regras e princípios que a garante, tendo em vista que o modelo puro de regras se mostrou ineficiente nesse papel, já que os direitos fundamentais garantidos com reserva simples teriam dificuldade de delimitação do seu conteúdo essencial ou até mesmo gerando seu esvaziamento, destruindo a força constitucional. No tocante à segurança jurídica, o autor afirma que inexistente outro modelo que a garanta em maior grau e que o seu modelo de regras e princípios também fornece segurança jurídica a partir dos precedentes da Corte Constitucional.

3.2 Restrições aos direitos fundamentais

Para a compreensão sobre o controle judicial também é necessário entender sobre as restrições aos direitos fundamentais¹¹, que se torna inerente em uma ação judicial com interesses contrapostos. A teoria alexyana desenvolve essa questão no tocante à sua extensão possível. Para a teoria externa, existe o direito e a restrição, oriunda de algo estranho ao direito. Já na interna, o direito e a restrição são a mesma coisa: “o direito com um determinado conteúdo” (Alexy, 2015, p. 277), e a ideia de restrição transmutada para a noção de limite do conteúdo daquele direito. Para Alexy (2015), a compreensão dos direitos fundamentais enquanto normas-princípios, com posições *prima facie*, permite concluir que a teoria externa é a única que possibilita a ideia de restrição, visto que se consideradas normas-regra, o objeto da restrição são os bens jurídicos protegidos pelo conteúdo da norma fundamental e não os direitos, que são definitivos. Por outro lado, enquanto princípios, os direitos fundamentais *prima facie* são o objeto passível de restrição ante o caso concreto.

Alexy (2015, p. 281) conceitua, então, da seguinte forma: “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. Para tanto, uma norma - regra ou princípio - só pode restringir um direito fundamental caso ela seja compatível com a Constituição, devido à hierarquia do ordenamento. Logo, as restrições são diretamente constitucionais ou

¹¹ Alexy (2015) as diferencia de cláusula restritiva, que é um componente da norma, especificando como que o bem garantido *prima facie* pode ou é restringido. O autor aponta, ainda, que em certos casos ela pode ser confundida com o suporte fático.

indiretamente constitucionais, com normas infraconstitucionais criadas mediante autorização pela Carta Magna (Alexy, 2015). No entanto, mesmo sendo possível a restrição por outros princípios constitucionais, o Executivo deve se basear em restrições infraconstitucionais legais, devido às posições formais inerentes aos direitos fundamentais (Alexy, 2015).

Mesmo no caso das restrições infraconstitucionais, o legislador possui limites que impedem o esvaziamento desses direitos, quais sejam: as condições da reserva no texto constitucional, o núcleo essencial do direito e o dever de sopesamento (Alexy, 2015). Vale esclarecer que, para o autor, o núcleo essencial de um direito representa condições nas quais é possível, com enorme grau de confiança, dizer que o princípio prevalecerá, carecendo de uma carga argumentativa excessiva. Isso se dá na medida em que cada vez mais um direito é restringido pelo sopesamento, melhor deve ser a argumentação a favor de novas restrições e mais resistente se torna o direito, até que se chega ao seu núcleo essencial com certa margem de segurança (Alexy, 2015).

Portanto, vê-se, pela teoria, que não só a colisão entre direitos fundamentais, enquanto normas *prima facie*, mas também a restrição deles é possível, tendo seus limites postos, em último caso, pelas reservas constitucionais e pela racionalidade argumentativa, verificada na máxima da proporcionalidade.

3.3 Justiciabilidade dos direitos fundamentais e ações positivas do Estado

Os constituintes originários brasileiros, na ânsia de concretizar o país que idealizaram e estavam normatizando na Constituição, previram, para além das dezenas de novos direitos sociais, a garantia individual de que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988) no inciso XXXV de seu art. 5º. De nada bastaria todo o esforço político democrático nacional pós-ditadura se os avanços conquistados não pudessem ser exigidos do Poder Público.

Sarlet (2015) aponta para a eficácia dos direitos fundamentais a partir da compreensão da retomada da força normativa da Constituição após a Segunda Guerra Mundial e o avanço do neoconstitucionalismo. No entanto, coloca os direitos sociais, que exigem ações positivas da Administração Pública, como distintos dos individuais, com eficácia limitada e vinculação ao Estado restrita, a depender da

densidade normativa existente. Ele os considera como normas direcionadas ao legislador, mas que o Executivo ainda é obrigado a considerar (Sarlet, 2015).

Por essa razão, o Judiciário deveria agir com cautela no controle desses atos relativos aos direitos sociais com menor regulamentação legal (Sarlet, 2015). Porém, mesmo os chamados direitos de liberdade, como o direito à propriedade, à vida e à liberdade, classicamente definidos como direitos a ações negativas, ou à abstenção do Estado (Sarlet, 2015), também possuem aspectos que exigem uma atuação positiva por parte da Administração Pública, na medida em que carecem de estrutura para serem garantidos à população (Holmes; Sunstein, 2019); é o que Alexy (2015) chama de direitos à proteção estatal contra intervenções de terceiros. À guisa de ilustração, menciona-se que, para que a propriedade privada seja protegida, o Poder Público deve manter agentes e infraestrutura policiais capazes de fiscalizar, investigar e assegurar a garantia do Direito quando ameaçado, o que possui um custo para a Administração Pública. Da mesma forma, esses direitos de primeira geração também não possuem densidade normativa no texto constitucional, sendo deixado, muitas vezes, a cargo do Legislativo e do Executivo garanti-los. Por exemplo, o direito à propriedade, apesar de garantido, não é regulamentado na Constituição (Brasil, 1988), ficando sua regulação a cargo das normas infraconstitucionais produzidas pelo Legislativo e Executivo.

Nesse diapasão, é importante destacar o processo de positivação dos direitos fundamentais. Duarte (2020) associa os direitos de primeira geração, consagrados após a Revolução Francesa, com o atendimento aos interesses burgueses da época absolutista, que queriam ver protegidas sua liberdade, propriedade e vida. Somente com o receio da elite econômica ocidental, já possuidora do poder político desde as revoluções liberais, de uma revolução trabalhadora contra si fomentada pela ascensão de ideais comunistas pelo mundo, é que foram reconhecidos os direitos sociais para acalmar os ânimos populares e evitar maiores questionamentos à classe política econômica dominante e ao modelo capitalista vigente (Duarte, 2020). Isto é, os direitos sociais teriam seu surgimento atrelado à ideia de concessão feita pela elite política para a preservação do seu *status quo*.

Distinguir a eficácia dos direitos de liberdade, imediata, dos sociais, limitada, parece servir mais para a manutenção dessa lógica de preservação do poderio político do que para a concretização dos fins estatais consagrados na Constituição (Brasil, 1988), em seus artigos 1º e 2º. Ambas as categorias não possuem

densidade normativa elevada no texto constitucional e necessitam de atuação positiva do Estado para a sua garantia. O próprio parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição (Brasil, 1988) trata todos os direitos fundamentais como de aplicação imediata, sem qualquer distinção.

A doutrina jurídica já vem sedimentando essa compreensão sobre a possibilidade de controle judicial referente aos direitos sociais, notadamente suas políticas públicas (Soares, 2012; Bucci, 2009; Duarte, 2020; Piovesan; Stanzola Vieira, 2006).

Alexy (2015), em sua obra, também aponta para a existência de orientações interpretativas postas na Constituição alemã, que não consagra direitos sociais explicitamente como a brasileira, no sentido de consagrar os direitos a prestações, como é o caso dos objetivos do Estado, o que também se observa no caso brasileiro, como apontado anteriormente. Ele vai além ao defender, até mesmo, a existência de direitos a prestações normativas, garantindo a criação de certas normas, como as de direito penal, ambiental ou administrativo.

Favoravelmente aos direitos sociais podem ser elencados alguns argumentos, sendo o primeiro relativo à liberdade. A liberdade jurídica, de fazer ou deixar de fazer algo, não tem nenhuma concretude se não há uma liberdade fática que permita ao indivíduo realizar suas escolhas livremente. Em uma sociedade capitalista produtivista, essa liberdade real não estaria sob o controle de uma massa de indivíduos titulares de direitos fundamentais, sendo preciso intervenções estatais para que sejam alcançadas (Alexy, 2015).

Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais, criados sob o fundamento de assegurar a liberdade jurídica dos cidadãos, abarcam, também, a garantia da liberdade fática. Isto é, tais direitos almejam justamente a sua concretização na realidade. De nada adianta para o indivíduo ter uma liberdade jurídica sem a fática, que é mais relevante para si do que aquela (Alexy, 2015). Ademais, para o autor, reforça esse argumento o fato de a dignidade humana ser consagrada constitucionalmente como valor máximo, sendo os direitos fundamentais os institutos para garanti-la.

Sendo tão relevantes tais direitos no ordenamento jurídico, a decisão sobre assegurá-los não poderia ser deixada para o Legislativo em maioria simples (Alexy, 2015). No Estado Democrático de Direito, há uma vinculação entre a liberdade do legislador e os direitos fundamentais, que limitam sua esfera de competência. Logo,

tem-se uma colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, que deve considerar o fato de que não se sabe como agirá o futuro legislador e em que circunstâncias, podendo atuar de maneira a prejudicar os indivíduos (Alexy, 2015).

Assim, toda deliberação a respeito dos direitos a prestações devem considerar esse sopesamento a ser feito, de modo que se analisem quais não podem ser deixadas para a deliberação parlamentar (Alexy, 2015). A própria natureza principiológica dos direitos fundamentais enquanto mandamentos de otimização, com a sua realização na maior medida possível, leva ao entendimento de que tais direitos a prestações estatais são também subjetivos, por assegurar em maior grau possível sua concretização, conforme argumenta Alexy (2015).

Ademais, o autor assevera que - diferentemente dos direitos de defesa, isto é, de abstenção estatal - os direitos à prestação exigem somente que seja adotada uma ação adequada para concretizar esse dever, havendo mais de um meio possível (Alexy, 2015). Recairia, portanto, sob a discricionariedade do agente público a forma de garantia do direito fundamental, exceto se somente uma medida fosse efetiva.

No entanto, ter-se-ia um problema de prognóstico de competência para decidir qual medida seria adequada ou não para o fim que se pretende, se a do legislador ou a do Tribunal. Alexy (2015) apresenta que, de toda forma, há a necessidade de ponderação entre os princípios, lastreada pela argumentação. Nesse caso, incumbe à Corte a análise da colisão entre o princípio material do direito e formal de competência legislativa para se suplantear a decisão do legislativo democraticamente eleito e legitimado.

Outras objeções apontadas contra os direitos fundamentais sociais referem-se a dois tipos de argumentos, formal e substancial (Alexy, 2015). No primeiro, defende-se um dilema. Caso sejam eles vinculantes, há um deslocamento da competência de políticas públicas do Legislativo para o Judiciário, caso contrário, violaria a eficácia imediata do parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição¹² (Brasil, 1988). Nesse contexto, aponta-se o impacto financeiro e o controle orçamentário que o Tribunal teria ao haver a vinculação constitucional desses direitos, bem como a impossibilidade de definição do conteúdo dos direitos sociais por meio da teoria jurídica propriamente, sendo uma decisão política e não jurídica. Porém, Alexy (2015) alerta que, para evitar essas questões, as normas teriam que ser

¹² Transpõe-se a explicação alexyana, calcada na Constituição Alemã, para a realidade brasileira.

não-vinculantes, alheias ao controle judicial, o que é incompatível com o próprio texto constitucional sobre sua eficácia.

Já no tocante ao argumento substancial, afirma-se que esses direitos seriam incompatíveis ou colidentes com normas constitucionais materiais que garantem direitos à liberdade. Dessa forma, pode-se falar em colisões entre direitos sociais de uns e liberdades de outros; direitos sociais e liberdades do mesmo indivíduo; ou, até mesmo, entre direitos sociais. Porém, a decisão sobre quais seriam esses direitos em definitivo do indivíduo no caso concreto, perpassa a aplicação da máxima da proporcionalidade. Alexy (2015, p. 512) elucida que:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade tática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.

Toda a análise acerca da aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto para resolução de conflitos na sociedade levados ao Judiciário seria realizada discursivamente por meio da argumentação, trazendo racionalidade para esse processo decisório e afastando-o do decisionismo. Na mesma linha, Soares (2012) afirma que a fundamentação de uma decisão é essencial para a limitação da discricionariedade no controle das políticas públicas.

Conforme Tovar (2020), o estudo da argumentação jurídica buscou que as decisões judiciais não sejam baseadas na discricionariedade, falta de evidências e na irracionalidade do juízo, mas sim em argumentos fundamentados em termos racionais e legais. Essa compreensão é melhor trabalhada pelo Alexy (2017) em sua Teoria da Argumentação Jurídica, o que será visto a seguir.

3.4 Teoria alexyana do discurso

A argumentação jurídica visa a descrever, avaliar e fundamentar racionalmente os argumentos levantados no raciocínio jurídico. Possui, ainda, uma natureza dupla, teórica e prática, reunindo elementos de lógica, metodologia, epistemologia jurídicas, de teoria e filosofia do direito, bem como do uso prático do raciocínio jurídico pelos juízes e advogados (Tovar, 2020).

Alexy (2017), ao discorrer sobre a teoria do discurso¹³, defende que a racionalidade é alcançada quando se respeitam as regras do discurso racional, o que, no entanto, não garante que se alcance a certeza absoluta do resultado. Para ele, a racionalidade não pode ser equiparada à certeza. Sendo a verdade construída discursivamente (Toledo, 2017), uma ideia pode sempre ser contestada, desde que seguido o rigor metodológico. Ou seja, para o autor, não é a produção de uma segurança definitiva que assegura a racionalidade da ciência do Direito, mas a observância de uma série de condições. Assim, a racionalidade discursiva é equiparada ao cumprimento dessas regras que dizem respeito não só às proposições feitas, como também ao comportamento dos falantes (Alexy, 2017).

A partir dessa ideia central, o autor desenvolve sua teoria do discurso prático geral e do discurso jurídico, buscando normatizar as condições discursivas ideais diante das quais um discurso se pretende racional. Nesse ponto, é importante se distinguir o contexto de descobrimento e o de justificação. O estudo da argumentação jurídica é reduzido ao contexto da justificação, dentro da teoria padrão desse campo de pesquisa (Atienza, 1998). Schecaira e Struchiner (2016) defendem que a avaliação qualitativa de um argumento perpassa a justificação em seus dois aspectos, interno e externo¹⁴.

Para Atienza (1998), alguns estudiosos afirmam que as decisões não podem ser justificadas, já que os juízes as tomam de forma irracional, isto é, a motivação da sentença não seria nada além de uma “racionalização” de uma operação que não obedece ao silogismo. Esses estudiosos confundem o contexto do descobrimento com o da justificação, tendo em vista que, mesmo as decisões sendo produzidas primeiro por um processo mental, fruto de preconceitos, isso não anula a necessidade de se justificar a decisão tomada, nem converte esta tarefa em algo impossível (Atienza, 1998).

Esse processo de justificação viabiliza que seja feito um controle sobre a decisão a partir da sua racionalidade discursiva, visto que a fundamentação vincula a decisão prolatada e o que será objeto de análise para a verificação da sua correção perante o Direito.

¹³ Alexy (2017, p. 175) apresenta como discursos “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições”.

¹⁴ Segundo Alexy (2017), a justificação interna refere-se à validação lógica de uma opinião a partir das premissas colocadas. Por outro lado, a justificação externa diz respeito à correção dessas premissas.

Nesse sentido, Alexy (2017) afirma que o discurso prático é aquele que se preocupa com a correção das proposições normativas, enquanto o discurso jurídico, enquanto caso especial do prático geral, ocorre sob limitações do direito vigente. Sendo a racionalidade verificada pela observância das regras discursivas, passa-se a explicitar aquelas mais relevantes para o estudo em questão.

3.4.1 As regras do discurso prático geral

As regras fundamentais que possibilitam qualquer comunicação linguística que tenha pretensão de correção são expressas por Alexy (2017, p. 183) como:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

A regra (1.2) trata da sinceridade discursiva, enquanto a (1.3) formula um princípio de universalidade e refere-se à coerência do falante, ao lado da (1.1). Já a regra (1.4) aborda a necessidade de uma comunidade de uso da linguagem (Alexy, 2017).

As regras da razão buscam normatizar o processo de fundamentação no discurso, de modo que a sua regra geral é:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação (Alexy, p. 186).

De modo a viabilizar a igualdade entre os falantes, foram formuladas três regras, referentes à admissão no discurso, à liberdade de discussão e à proteção contra a coerção, respectivamente:

- (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
- (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
- (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
- (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.
- (2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso (Alexy, p. 187).

As regras sobre a carga da argumentação buscam impedir que um falante concentre no outro todo o peso argumentativo do discurso, distribuindo a responsabilidade pela fundamentação:

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo. (Alexy, p. 189)

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação (Alexy, p. 190).

Já as chamadas regras de fundamentação são:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral (Alexy, p. 196).

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis (Alexy, p. 197).

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados (Alexy, p. 198).

Por último, Alexy (2017) afirma que muitos problemas não podem ser resolvidos por meio da argumentação prática, em especial quando se trata de problemas de fato, linguísticos ou ao próprio discurso prático. Desse modo, deve ser possível migrar para o discurso empírico a qualquer momento, conforme as regras de transição:

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso (Alexy, p. 198).

Nesse cenário, as próprias regras dadas delimitam alguns discursos como serem discursivamente impossíveis ou possíveis. Aqueles que atentarem contra as regras de igualdade entre os falantes, por exemplo, são considerados discursos impossíveis, por não poderem ser concebidos dentro de um discurso racional, que respeita as regras elencadas acima. Já nas situações em que, respeitando as

regras, é viável chegar a duas conclusões contraditórias, fala-se em discursos possíveis racionalmente (Alexy, 2017).

Alexy (2017) aponta que a possibilidade do discurso prático chegar a um resultado vinculante entre dois discursivamente possíveis contraditórios é limitada. Para tanto, fazem-se necessárias regras jurídicas no discurso, fazendo a transição para o discurso jurídico.

3.4.2 Discurso jurídico enquanto caso especial do prático geral

A diferença entre a argumentação jurídica da prática geral, segundo a teoria alexyana, reside na vinculação da primeira ao Direito vigente. As limitações do discurso jurídico processual são mais acentuadas do que na doutrina: inserção não voluntária do acusado no processo, obrigação de veracidade limitada, limitação temporal e regulamentada da argumentação pelas normas processuais, atuação das partes orientadas pelo mais vantajoso para si e não pelo mais correto e justo (Alexy, 2017).

Segundo Alexy (2017), apesar dessas características impossibilitarem que se caracterize, no processo, um discurso propriamente, não se pode compreendê-lo teoricamente sem a ideia de discurso, já que as partes visam convencer não umas às outras, mas toda pessoa racional, notadamente a figura do juiz imparcial.

Enquanto caso especial do discurso prático geral, o jurídico faz referência a questões práticas do que pode ou não ser feito. De igual modo, há a pretensão de correção no discurso jurídico à medida que o enunciado normativo exarado na sentença se objetive como racional, e, indo além, deve ser racionalmente fundamentado perante o ordenamento jurídico. Mesmo que atuem defendendo seus interesses, as partes fazem alegações e as fundamentam, pretendendo que haja uma correção no que alegam, de modo a verem validados os seus interesses na sentença. Essa pretensão de correção na seara judiciária se faz presente também por força legal, que obriga os juízes a apresentarem as motivações para a decisão (Alexy, 2017).

Conforme a teoria do autor, o processo de fundamentação pode ser separado em dois: a justificação interna e a externa. A justificação interna é conhecida no Direito como silogismo jurídico, na qual se verifica se a decisão se origina

logicamente das premissas expostas. Já na justificação externa, o objeto é a correção dessas premissas (Alexy, 2017).

Isso posto, são elencadas algumas regras próprias do discurso jurídico referentes à justificação interna:

- (J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.
- (J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições. (Alexy, p. 215)
- (J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se *A* é um *T* ou *M'*, deve-se apresentar uma regra que decida a questão. (Alexy, p. 218)
- (J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.
- (J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento. (Alexy, p. 220)

No tocante à justificação externa, as premissas utilizadas na justificação interna podem ser de diversos tipos, como normas do direito positivo, enunciados empíricos ou práticos. Isto é, para Alexy (2017), os argumentos possíveis na justificação externa se referem à lei, à doutrina, aos precedentes, à razão e à empiria. Esses três primeiros representam a vinculação institucional limitadora desse tipo de discurso. A tipologia será melhor especificada posteriormente neste trabalho. Nesse ponto, cabe trazer algumas regras específicas para o processo de justificação externa que são importantes:

- (J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação, impede por isso falas vazias. (Alexy, p. 236)
- (J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos. (Alexy, p. 238)
- (J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo as regras da ponderação.
- (J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação. (Alexy, p. 239)

Tais regras trazem a vinculação do discurso ao Direito vigente, bem como a ideia de saturação argumentativa, presente no discurso prático geral. Mais especificamente sobre a argumentação doutrinária, têm-se as seguintes regras:

- (J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.
- (J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo. (Alexy, p. 252)
- (J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados. (Alexy, p. 259)

Já no tocante ao uso dos precedentes, Alexy (2017, p. 262) elenca as regras a seguir:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

Como se nota, as regras apresentadas para o discurso jurídico contêm elementos de reforço da ideia de saturação argumentativa e de igualdade entre os falantes também presente no discurso prático geral. Para Alexy (2017), a argumentação prática geral se faz presente no discurso jurídico a despeito dos seus argumentos próprios, de modo que os práticos são utilizados para fundamentar enunciados dogmáticos, de aplicação de precedentes ou das normas do direito posto. “A argumentação prática geral constitui por isso o fundamento da argumentação jurídica” (Alexy, 2017, p. 269).

Por fim, a análise conjugada das teorias dos direitos fundamentais (Alexy, 2015) e da argumentação jurídica (Alexy, 2017) permite concluir pela viabilidade de um controle judicial das políticas públicas fundamentadas em normas de direito fundamental, de modo que esse controle pelo Poder Judiciário deve ocorrer de modo racional, mediante o emprego adequado do discurso jurídico. A avaliação discursiva desse controle, uma das várias possíveis, passa a ser viável mediante a observância das regras próprias desse tipo de discurso elaboradas por Alexy (2017), das quais se extraem as particularidades desse tipo de discurso. A necessidade de uso dos argumentos propriamente jurídicos, como a lei, a doutrina e a jurisprudência, enquanto caráter diferenciador e vinculante do discurso jurídico, é o ponto de partida para o desenvolvimento de um critério científico de aferição da racionalidade de acordo com Toledo (2022), o que será melhor trabalhado à frente.

4 ATIVISMO JUDICIAL COMO EXTRAPOLAMENTO DA COMPETÊNCIA DE CONTROLE DO JUDICIÁRIO SOBRE O EXECUTIVO

Compreendida a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, deve-se, ainda sim, traçar limites para essa atividade jurisdicional. Caso contrário, tem-se um abuso de poder pelo Judiciário, em afronta ao princípio da separação entre os poderes, o que vem sendo chamado de ativismo judicial.

Essa terminologia surgiu nos Estados Unidos, na transição entre o constitucionalismo liberal e o social (Matias-Pereira, 2021), tendo sido utilizada pela primeira vez pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, direcionada à população, no qual trazia as antipatias mútuas entre os membros da Corte Constitucional estadunidense, de modo que se separaram entre os juízes da autocontenção e os ativistas judiciais (Gonet Branco, 2022; Siqueira; Lima, 2022). O segundo grupo tinha a crença de que o papel da Corte deveria se expandir para um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, julgando de modo a alcançar esse resultado, já que o Direito é inescapável da Política. Já o grupo da autocontenção preferia abrir uma larga margem para os agentes políticos avaliarem e deliberarem sobre o bem comum e objetivos sociais, tornando as soluções legítimas e limitando o papel da Corte. Para estes, o resultado político dessas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo poderia ser de melhoria ou de piora da situação para a população, não cabendo ao Judiciário interferir em favor de algum grupo social (Kmiec, 2004).

Vale ressaltar que o uso dessa expressão não apresenta uma conotação ideológica política firme, sendo possível o ativismo em prol de ideologias de direita e de esquerda, por exemplo (Gonet Branco, 2022). Inclusive, o ativismo já foi utilizado na história estadunidense para ações consideradas “boas” e “más”, como trazem Streck, Barretto e Oliveira (2009).

A incorporação, a partir da Constituição (Brasil, 1988), da ideia da força normativa do texto constitucional e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, aliada à adoção de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador, formam a base para a ‘judicialização da vida’¹⁵ como um todo (Siqueira; Lima, 2022). O aumento do número de casos judicializados é um fenômeno mundial

¹⁵ Esse termo foi utilizado pelo ministro Luís Roberto Barroso na obra “A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal”, publicado em 2018 pela Editora Fórum.

do pós-guerra - tendo diversas constituições nacionais incorporado cada vez mais novos direitos - o que gera o ativismo (Oliveira, 2020).

Para Toledo (2022a), o ponto paradigmático para a crítica de ativismo ao Judiciário é a reivindicação dos direitos sociais judicialmente, o que - no Brasil - ocorreu nos anos 2000, com a compreensão de que eles são direitos subjetivos e não meramente normas programáticas. A partir desse momento, os poderes Legislativo e Executivo passaram a acusar o Judiciário de ativismo, enquanto este afirma praticar mero controle judicial regular dos atos e omissões dos outros poderes (Toledo, 2022a).

Com a judicialização cada vez maior, tem-se uma aproximação perigosa entre o Poder Judiciário e a Política. Poder-se-ia contestar a existência de um Judiciário apolítico - como grande parte da doutrina defende por não ser composto por representantes eleitos -, já que todo ser humano é político e sofre influências pelo seu entorno. Porém, essa contestação não atrapalha a análise a ser feita, já que aqui se busca distanciar a esfera decisória sobre questões sensíveis para a sociedade de autoridades que não têm o dever constitucional de “prestar contas” ao povo periodicamente em eleições livres e diretas, como prestam os membros do Legislativo e chefes do Executivo. Esse exercício ativista das funções jurisdicionais pode representar graves problemas. Torres e Gonçalves (2015) apontam os seguintes: risco para a legitimidade democrática das decisões; risco de politização da Justiça, que deve ser vinculada e não discricionária; e limitação institucional do Judiciário para decidir sobre algumas matérias complexas.

No contexto brasileiro, os riscos do ativismo agravam-se com a atuação cada vez mais politizada e midiática dos ministros da Suprema Corte. Feitosa e Ivo (2022) lembram da exposição pública que passa a se ter no Brasil com o televisionamento das sessões de julgamentos do STF ao vivo, que começou em 1990. Por outro lado, é importante ressaltar que há um contraponto democrático na transmissão das sessões de julgamento, que torna mais transparente o exercício jurisdicional para a população, diretamente impactada pelas decisões da Suprema Corte e que possui o direito de fiscalizar juridicamente e politicamente o seu exercício. Essa fiscalização fica notória com a possibilidade de o Congresso Nacional, eleito pelo povo, realizar *impeachment* de ministros da Corte. Outrossim, tem-se uma atuação pública dos ministros por meio das redes sociais, com objetivo de se conectarem com a população e justificarem seus posicionamentos na instituição (Feitosa; Ivo, 2022).

Harutyunyan (2021) defende que as instituições políticas tomem decisões assegurando uma unidade política e um quadro de valores que formam consenso na sociedade, sendo esse um imperativo do Estado de Direito. Para ele, somente assim pode-se falar em tribunais independentes. Isso é justificado até pela necessidade de o Direito se adequar às mudanças na sociedade ao longo do tempo, diminuindo a margem de ativismo das Cortes para adequar o ordenamento à realidade. Nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, mudanças demográficas do eleitorado nas últimas décadas têm impactado diretamente o quadro político do país, de modo que se tem a previsão de que algo nunca visto ocorra em breve, o grupo historicamente dominante transformar-se em minoria política (Karlán, 2020).

Matias-Pereira (2021) defende que os conflitos sociais entre os diferentes pontos de vista sociopolíticos sejam resolvidos pela Política para o bem das instituições e da democracia. Apesar disso, o modelo kelsiano de vinculação do juiz à lei foi se alterando com a incorporação de valores como paz social e justiça, ampliando o campo de interpretação do juiz, que passa a considerar os princípios (Siqueira; Lima, 2022).

Entretanto, Matias-Pereira (2021) afirma que a sobreposição do Direito em detrimento da Política vem da omissão legislativa do Congresso ao não elaborar normas que efetivem os direitos sociais, o que Canotilho (2001) assevera ser uma obrigação constitucional do legislador. Araújo (2014) já indica que a crise de representatividade junto aos Poderes Legislativo e Executivo, com uma desconfiança perene e um questionamento da legitimidade dos políticos eleitos, promovem um deslocamento pela sociedade da autoridade final no sistema representativo para o Poder Judiciário, que transfere para ele sua expectativa de concretização dos direitos e proteção de seus interesses. Nesse diapasão, Siqueira e Lima (2022, p. 371) defendem que o ativismo “é típico de Estados Democráticos onde o Poder Judiciário detém independência a julgar, sem interferências dos outros poderes, os casos postos”, sendo fruto desse processo de ‘judicialização da vida’. Entretanto, ele seria perigoso e complexo às jovens democracias constitucionais (Morais; Trindade, 2011), sendo necessário que o seu exercício seja feito com cautela, deferência ao legislador e debate junto à sociedade de modo a suplantir a ilegitimidade democrática e não representar um risco para o Estado de Direito (Siqueira; Lima, 2022).

Para Streck (2016), o ativismo sempre prejudica a democracia, por ser oriundo de visões e comportamentos individuais dos membros do Judiciário. Já Mendes (2011) e Brandão (2012) criticam o controle constitucional judicial argumentando que as Cortes não possuem capacidade institucional para decidir todos os casos, por terem tão somente o conhecimento jurídico. Ademais, elas não conseguem proteger a minoria por longos períodos, com a maioria conseguindo se impor com o tempo. Outrossim, elas não são alheias à Política, em muitos casos mascarando seu posicionamento ideológico na decisão com argumentos técnicos.

Torres e Gonçalves (2015, p. 296) condensam as críticas doutrinárias à intervenção judicial no âmbito social:

- a) dificuldade contramajoritária: caracterizada pela atuação expansiva do Judiciário de forma a sobrepor suas decisões às ações dos agentes políticos eleitos, desequilibrando a clássica lição da separação dos poderes;
- b) capacidade institucional e os riscos dos efeitos sistêmicos, haja vista que nem sempre a decisão judicial é a melhor solução para determinadas matérias, notadamente aquelas que envolvem aspectos técnicos e científicos complexos, podendo incorrer em efeitos indesejáveis ou imprevisíveis, de forma a promover um impacto negativo nas relações sociais;
- c) problema da elitização do debate político, através da desnecessária utilização de métodos de argumentação rebuscados, os quais não se fazem acompanhar pela população, fazendo com o papel da sociedade civil se restrinja à meros expectadores, na espera de soluções providenciais de juízes quanto ao deslinde de questões sociais, que tradicionalmente, deveriam ser resolvidas pelos agentes políticos;
- d) colapso judiciário em razão da crescente procura do Poder Judiciário pelos jurisdicionados, que antes mesmo de procurarem os meios legiferantes próprios, se socorrem do judiciário para buscarem o alcance de suas prerrogativas.

Diversos autores têm se debruçado sobre essa temática, buscando definir o que seria ativismo judicial, diferenciando-o do exercício ordinário e constitucional do Poder Judiciário. A conceituação não está consolidada na doutrina, sendo até mesmo controversa (Toledo, 2022), tornando interessante trazer alguns conceitos ao texto. É necessário ressaltar que cada conceituação trazida se conecta com debates anteriores sobre teorias normativas sobre o papel do Judiciário adotadas por cada autor (Leal, 2022).

Barroso (2018, p. 40) conceitua o ativismo como uma atitude de “deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou insuficientes”. Já Miarelli e Lima (2012) entendem como sendo o papel criativo dos tribunais ao inovarem no Direito, antecipando-se à elaboração da lei. Matias-Pereira (2021) recorda que aos juízes cabe, inevitavelmente, criar o Direito

de certa forma, tendo o seu exercício interpretativo o condão de ajustar a norma à realidade contemporânea, e que são precisos limites para que ele não ultrapasse o objetivo normativo. Siqueira e Lima (2022) alertam que o ativismo ocorre não só nos casos de omissão legislativa inconstitucional, mas também quando a Suprema Corte alarga sua interpretação para efetivar direitos fundamentais.

Já Ramos (2015) defende que o Judiciário possui uma discricionariedade inerente ao seu exercício constitucional atrelada à interpretação judicial, sendo ela proporcionada pelo próprio ordenamento e pelos demais poderes para viabilizar a aplicação do Direito conforme a temporaneidade da sociedade. A partir disso, conceitua o ativismo como um fenômeno negativo que é (Ramos, 2015, p. 131):

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Ademais, o autor explica que a inexistência dessa discricionariedade judicial, com a aplicação mecânica das normas defendida pelo positivismo liberal, gera um fenômeno igualmente perverso, o “passivismo judiciário”.

Enquanto isso, Teixeira (2012) aponta que o ativismo é uma patologia constitucional necessária, fruto da insuficiência do Estado em satisfazer os interesses da população e seus fins constitucionais, o que promove a judicialização e impõe ao Judiciário o papel de “esfera pública” das decisões políticas. Nesse sentido, o autor apresenta a ideia de um “ativismo judicial positivo”, necessário para proteger os indivíduos dos excessos e omissões estatais, desde que estejam presentes na decisão alguns desses elementos: (i) a busca em assegurar direitos fundamentais; (ii) visando à garantia da supremacia da Constituição; (iii) fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, especialmente os constitucionais; e (iv) criada com “técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão” (Teixeira, 2012, p. 52, grifos do autor).

Em linha semelhante, Raupp (2016, p. 61, *apud* Matias-Pereira, 2021) afirma que “o ativismo judicial está associado a uma ideia de concretização de direitos (e também valores) constitucionais mediante uma atuação proativa (mais enérgica) do Poder Judiciário, em face de omissões dos demais Poderes de Estado”. Dieter Grimm (*apud* Siqueira; Lima, 2022) e Medeiros (2011) alertam que essa omissão seria estratégica dos demais poderes da República, que dependem da sua boa

popularidade junto aos eleitores, abstando-se de decidirem matérias que possam desagradar sua base eleitoral. É o que Leal e Alves (2014, p. 14) chamam de “transferência (in)voluntária dos próprios Poderes políticos, diante de questões de tamanha relevância e controvérsia política”.

Por outro ponto de vista, Hogemann e Padeiro Filho (2022) também defendem que o Judiciário atua, muitas vezes, quando há omissões legislativas. Ademais, defendem que a Corte Constitucional seja forte para proteger os direitos dos mais fracos e ser um equilíbrio entre as forças econômico-políticas presentes na sociedade globalizada e capitalista, com atividades econômicas podendo lesar direitos de populações inteiras. No tocante à realidade brasileira, os autores afirmam que os juízes têm um papel relevante para a efetivação dos direitos sociais, fixando o conteúdo concreto deles, considerando uma atuação legislativa ineficiente, com disposições legais contraditórias (Hogemann; Padeiro Filho, 2022).

Nessa esteira, Souza Filho (2016) defende que a Corte Constitucional possa utilizar de sentenças aditivas quando há omissões legislativas inconstitucionais pelo legislador, com vistas a cessar violação a um direito materialmente fundamental, ou seja, aquele originário do processo democrático. O fundamento, para tanto, é a proteção ao princípio democrático, já que o direito violado seguiu o processo legislativo. Essa omissão justificadora pode ser oriunda de um dever de legislar derivado de uma norma constitucional específica, de um conceito jurídico indeterminado ou de um princípio constitucional. No entanto, o autor defende que essa intromissão judicial deva ser a menor possível para sanar a inconstitucionalidade. Nesse ponto, vale ressaltar a pesquisa desenvolvida por Guimarães e Silves (2014) sobre a eficácia da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Os autores apontam que, em regra, as decisões em sede de ADO acabam não cumprindo seu objetivo de concretizar direitos, com o STF meramente se dispondo a declarar a mora e cientificar o Poder competente para, querendo, sanar a omissão.

Olhando para a América Latina, mais especificamente a Colômbia, Rodríguez-Garavito (2011) identifica e conceitua um modelo de ativismo que seria mais bem sucedido por incorporar o monitoramento das decisões relativas a políticas públicas, o ‘ativismo dialógico’. Nele, o Judiciário traria, em sua decisão, objetivos gerais e vias claras de implementação com necessidade de obedecer prazos e emissão de relatórios. O acompanhamento se daria mediante participação

da sociedade com a realização de audiências públicas e comissões específicas para esse fim.

Gonet Branco (2022, p. 9) aponta que o ativismo na situação em que “a jurisdição constitucional se substitui, sem competência para tanto, a uma decisão que, no sistema de separação de poderes, é esperada que seja estabelecida pelos poderes dotados de representação democrática”. Dessa forma, para ele, haveria transbordamento da competência jurisdicional quando “as instâncias políticas deliberarem, a partir de uma interpretação/concretização da Constituição passível de ser considerada pela cidadania informada como razoável, e, mesmo assim, vierem a esbarrar numa censura judicial” (p. 09). Para tanto, como forma de aferir a razoabilidade da decisão tomada pelos poderes políticos, o Gonet Branco (2022) defende a verificação argumentativa alexyana da solução proposta, que pode ser discursivamente necessária, impossível ou possível. Assim, para o autor, pelo princípio formal da democracia representativa, tem-se o limite jurisdicional constitucional, no qual a Corte poderia tão somente determinar a margem de ação epistêmica para os demais poderes, desenhando os contornos para uma atuação política conforme os direitos fundamentais.

Na mesma seara, Araújo (2018) defende que o problema não é a criação ou implementação de direitos fundamentais, mas sim a argumentação sem fundamentação racional, que deslegitima a Corte. Logo, o autor aponta para uma dualidade no conceito de ativismo, por um meio possibilitando a efetivação de direitos fundamentais, mas, por outro, podendo levar à deslegitimação do Estado de Democrático de Direito.

Araújo (2018) afirma que o ativismo poderia ser contido de forma mais eficiente por meio de constrangimentos processuais e pragmáticos, isto é, pelo uso dos precedentes (seja para respeitá-los, superá-los ou afastá-los) e da interpretação evolutiva do Direito sobre a matéria. Como exemplo, assinala o caso das uniões homoafetivas decidido pelo STF, contrariamente ao texto expresso da Constituição (Brasil, 1988) sobre o assunto, mas que respeitou a evolução do ordenamento brasileiro na matéria, que já vinha reconhecendo direitos de casais do mesmo sexo. No entanto, esse caminho para controle do ativismo não se mostra o mais adequado por duas razões. A primeira delas é a de que não apresenta como que a não adoção de um precedente pode ocorrer, já que ela pode se dar de maneira ativista também. A segunda razão diz respeito à manutenção do subjetivismo maior na aferição do

que é evolução interpretativa. A palavra “evolução” denota um julgamento de que algo é melhor e isso perpassa pela visão de mundo de cada indivíduo. No caso da união homoafetiva, parcela da população vai considerar que, na verdade, foi um retrocesso a decisão, sendo totalmente ativista, compreendendo que o melhor entendimento para a matéria, conforme sua visão de mundo, é o da heteronormatividade. Ou seja, mesmo nessas situações, o mais adequado seria aferir o ativismo com base nos argumentos utilizados, afastando a valoração moral do juiz.

De forma mais genérica, para Paulino (2016, p. 10), o ativismo “seria o exercício expansivo de poderes político-normativos por partes [sic] de juízes e cortes, para a concretização dos princípios constitucionais, em face dos demais atores políticos”. Para ele, a Suprema Corte teria junto ao povo uma “representatividade argumentativa”, já que essa é a única forma de reconciliar a revisão constitucional com a democracia. Isto é, as decisões devem se fundamentar nos melhores argumentos para poder ter aceitação popular, caracterizando as decisões como racionais e sólidas. A jurisdição constitucional teria, assim, o papel de introduzir ao debate público democrático argumentos de princípio (Paulino, 2016).

Nesse cenário, tem-se autores que apontam tanto para a defesa quanto para o rechaço do ativismo, mas nota-se que em comum entre as ideias está o papel do Judiciário em balizar-se pela Constituição, sendo a diferença a forma como ela deva ser interpretada, se mais restrita ou ampla (Gonet Branco, 2022). Villas Bôas e Vêras (2022) afirmam que os estudos sobre ativismo o tratam com excessiva simplificação, sendo seus debates complexos e importantes, necessários para o avanço da discussão sobre controle de constitucionalidade e o princípio da separação dos poderes. Para eles, abandonar essa terminologia seria o mais adequado para avançar nos debates urgentes.

4.1 Ativismo, uma prática de várias modalidades

Não há ainda um critério exato na doutrina para medir uma decisão como ativista ou democraticamente deferente aos demais poderes (Gonet Branco, 2022).

Nesse contexto, observa-se que existem diversos tipos de ativismo, conforme aponta Marshall (1995, p.104, tradução livre, grifos do autor)¹⁶:

- (1) **Ativismo contra-majoritário**: a relutância dos tribunais em acatar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;
- (2) **Ativismo não originalista**: a falha dos tribunais em acatar alguma noção de originalismo na decisão de casos, seja esse originalismo baseado em uma fidelidade estrita ao texto ou em referência à intenção original dos criadores;
- (3) **Ativismo Precedencial**: o fato de os tribunais não obedecerem aos precedentes judiciais;
- (4) **Ativismo jurisdicional**: a falha dos tribunais em aderir aos limites jurisdicionais de seu próprio poder;
- (5) **Criatividade judicial**: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
- (6) **Ativismo corretivo**: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas contínuas aos outros ramos do governo ou para colocar instituições governamentais sob supervisão judicial contínua como parte de um recurso imposto judicialmente;
- (7) **Ativismo partidário**: o uso do poder judiciário para atingir objetivos claramente partidários.

Campos (2014) alerta para o caráter multidimensional do ativismo, da qual identifica ao menos sete: metodológica, processual, dirigista, estrutural, intrainstitucional, maximalista e antidialógica. Para fins elucidativos da complexidade do conceito, destaca-se aqui a dimensão processual do ativismo, na qual a própria Corte expande o alcance e escopo dos processos constitucionais sob sua competência, aumentando hipóteses de cabimento de ações e recursos e os efeitos de suas decisões. Já Kmiec (2004) apresenta como modalidades de ativismo: invalidar ou afastar a aplicação de atos dos demais Poderes mesmo quando constitucionais; afastar aplicação de precedentes; atuar como legislador positivo; utilizar técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina; e julgar de forma predeterminada a fins específicos. Enquanto, para Teixeira (2012), quatro tipos de condutas ativistas seriam nocivas à ordem constitucional: (a) atuação como legislador positivo; (b) ofensa ao princípio da separação dos Poderes; (c) desconsideração dos precedentes; e (d) decisões viciadas por decisionismo político.

¹⁶ No idioma original: “**Counter-Majoritarian Activism**: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; **Non-Originalist Activism**: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; **Precedential Activism**: the failure of the courts to defer to judicial precedent; **Jurisdictional Activism**: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; **Judicial Creativity**: the creation of the new theories and rights in constitutional doctrine; **Remedial Activism**: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; **Partisan Activism**: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.” (Marshall, 1995, p.104)

A dificuldade de compreender esse fenômeno, que é mutável no tempo, está expressa na nomenclatura que a doutrina foi dando ao longo dos anos: primeiro como ‘juristocracia’ (Hirschl, 2020), depois ‘supremocracia’ (Vieira, 2008) e, mais recentemente, tem ganhado destaque como ‘ministrocracia’ (Arguelhes; Ribeiro, 2008), evidenciando o ativismo oriundo do poder individual exacerbado de cada ministro da Suprema Corte.

Arguelhes e Ribeiro (2008) alertam para o ativismo presente não só na decisão em si, mas em atos processuais (ou meramente políticos) dos ministros que manipulam o exercício jurisdicional conforme seus interesses pessoais. Entre eles, destaca-se: (a) o direito de pedir vistas dos autos sem prazo para devolução, buscando impedir o julgamento contrário a seus interesses [cumpre destacar que a emenda regimental nº 58 do STF (Brasil, 2022e) alterou o regimento nesse tópico, ao determinar que o ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los ao Plenário em até 90 dias]; (b) o enorme poder dado pelo regimento interno da Corte ao ministro presidente para definir a pauta de julgamento; e (c) as decisões monocráticas em sede de urgência sem que sejam levadas ao *referendum* do plenário (Arguelhes; Ribeiro, 2008).

Fica evidente, portanto, a ausência de consenso doutrinário sobre o que é ativismo judicial e como ele é mensurado.

4.2 A ideia de ativismo adotada

Nesse cenário, com vistas a viabilizar a pesquisa empírica a ser desenvolvida, será adotado o conceito de ativismo desenvolvido por Toledo (2022a). A autora conseguiu trazer para esse tema maior objetividade e racionalidade, tendo concebido um método científico para a mensuração do fenômeno.

Para a autora, o ativismo judicial é entendido como “interferência judicial indevida na competência dos outros poderes públicos” (2022, p. 4), o que já apresenta o fenômeno como um comportamento negativo (Santana, 2022). Santana (2022) vai além, complementando que o limite constitucional é definido pela repartição de competências entre os Poderes pela Constituição.

Segundo Toledo (2022a), essa “atuação judicial excessiva” pode ser estudada a partir da perspectiva jurídica, sociológica, política, histórica, moral, entre outras. Cada uma dessas perspectivas vai gerar métodos distintos e igualmente válidos de

aferição da existência de ativismo judicial ou não, conforme as diversas tipologias apresentadas pelos autores expostos¹⁷.

Destarte, sua identificação também pode, dentro do espectro jurídico, se dar por meio da análise das decisões e seus argumentos, tal como defendido por Gonet Branco (2022), Araújo (2018) e Paulino (2016). Essa forma de identificação busca constatar somente um dos vários tipos de ativismo, sob o prisma argumentativo, que pode ser denominado de ‘ativismo judicial argumentativo’. Conforme Toledo (2022a, p. 4, grifos da autora) esclarece, a definição de ter como fonte de estudo as decisões judiciais é justificada pela sua relevância na “avaliação dos *atos institucionais* do poder público para a análise do seu desempenho”. Por serem as decisões atos discursivos, é indispensável a utilização de critérios próprios da análise do discurso quando da sua avaliação. Nesse sentido, é necessária a avaliação dos argumentos, tendo em vista que estes constituem os discursos (Toledo, 2022a).

Tal como defendido por Gonet Branco (2022) e Toledo (2022a), o enfoque científico do presente trabalho será na dimensão analítica da teoria do discurso e não no seu aspecto normativo, isto é, nos tipos de argumentos que o estruturam, a partir da taxonomia argumentativa apresentada pela autora, formulada a partir das teorias alexyana e habermasiana.

O papel do Judiciário é aplicar o Direito, que regula a matéria que será decidida no caso concreto. Essa aplicação ocorre de modo discursivo, com o uso de argumentos institucionais¹⁸ - as leis, os precedentes e a doutrina - na solução da controvérsia levada à juízo (Toledo, 2022a). Na argumentação jurídica, a justificação deve se relacionar com fontes autoritativas ou institucionais (Alexy, 2017).

Nesse sentido, pode-se dizer que quanto mais um assunto é abordado pela legislação, pela doutrina e pelos precedentes, maior é gama de argumentos institucionais e, conseqüentemente, maior é a margem de controle judicial permitido por estar o Judiciário agindo mediante o emprego de argumentos institucionais típicos da sua atividade jurisdicional (Toledo, 2022b; Alexy, 2022).

A partir da aplicação da tese alexyana da integração no contexto judicial, tem-se que uma decisão judicial, enquanto discurso jurídico, deve conter argumentos institucionais, podendo, ainda, conter outros tipos de argumentos,

¹⁷ Marshall (1995), Campos (2014), Kmiec (2004), Teixeira (2012) e Arguelhes e Ribeiro (2008).

¹⁸ As tipologias argumentativas serão explicadas em maior detalhamento no subitem 4.3, cabendo, neste ponto, a compreensão de que os institucionais correspondem aos argumentos legais, doutrinários e de precedentes.

típicos dos discursos prático geral e empírico. Às vezes, o uso dos argumentos institucionais não será suficiente para justificar a atuação judicial, podendo os não institucionais compor, também, o discurso jurídico, sendo os enunciados pragmáticos, éticos e morais as bases para comprovação e fundamentação do discurso jurídico (Alexy, 2017). Como argumentos não institucionais elencados por Toledo (2022a) tem-se, do discurso prático geral, os pragmáticos, éticos, morais; e aqueles próprios do discurso empírico: referentes a fatos concretos ou dados científicos. A conceituação de cada um deles será apresentada mais à frente.

Uma pergunta que pode surgir nesse momento é: se os argumentos não institucionais integram e fundamentam o discurso jurídico pela teoria alexyana, por que considerar ativista a decisão que faz uso desses argumentos? A resposta a esse questionamento está no papel exercido pelo Poder Judiciário e em como o discurso jurídico deve ser utilizado por ele. Por ter a decisão final e possuir o objetivo institucional de construir o Direito, papel este exercido pelo legislador, o juiz deve se basear mais nos argumentos institucionais como forma de garantir uma maior legitimidade e segurança jurídica aos cidadãos das decisões tomadas.

Segundo Toledo (2022, p. 28), a importância desses argumentos não institucionais no discurso jurídico é medida “não apenas quantitativamente, mas também qualitativamente”. Para tanto, buscando mais objetividade na análise qualitativa, a autora resgata os elementos da decisão judicial - *ratio decidendi*, *rationale* ou *obiter dicta* - para mensurar o peso de cada argumento na sentença proferida, de modo que a *ratio decidendi* integra a fundamentação essencial da decisão, a *rationale* possui peso secundário e os *obiter dicta* são meramente acessórias.

Embora a análise discursiva do ativismo judicial não englobe o fenômeno como um todo, muito menos abarque todas as suas inúmeras possibilidades de configuração, como as trazidas por Marshall (1995), Campos (2014), Kmiec (2004) Teixeira (2012) e Arguelhes e Ribeiro (2008), o estudo a partir dos argumentos utilizados se faz necessário, como esclarece Toledo (2022a, p. 6, grifos da autora) e foi corroborada por Alexy (2022):

(...) não há dúvida de que a avaliação da *atuação* do poder judiciário envolve mais do que a análise dos seus *atos* (decisões judiciais) e de sua *justificação* (argumentos). No entanto, embora a *análise do discurso* não seja um procedimento *suficiente* para se chegar a uma conclusão completamente segura e exata sobre a atuação judicial, é certamente um

procedimento *necessário* para tanto, uma vez que as decisões judiciais são atos *discursivos*.

Delimitado o conceito e a importância da análise discursiva do fenômeno, é necessário esclarecer as bases metodológicas em que se dará a pesquisa empírica do ativismo nesses moldes, elaboradas por Toledo (2022a) com alicerce na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2017) apresentada no capítulo anterior.

Como já exposto, o discurso jurídico deve seguir as regras da argumentação para ser considerado racional, sendo o seu diferencial do discurso prático geral a utilização de argumentos institucionais¹⁹. Assim sendo, a autora (Toledo, 2022a, p. 7, grifos da autora) estabelece algumas conclusões para o estudo do ativismo judicial a partir da regra J.7 da argumentação jurídica elaborada por Alexy (2017)²⁰:

Quanto maior a abordagem da questão em discussão por leis, precedentes e doutrina (argumentos institucionais), maior a margem de controle judicial e maior a probabilidade de o poder judiciário estar agindo dentro de sua competência (...);

Quanto maior o número (quantidade) e a relevância (qualidade) de argumentos institucionais na decisão judicial, maior a probabilidade de o poder judiciário estar atuando dentro de sua competência (...);

Quanto maior o número e relevância de argumentos não institucionais na *ratio decidendi* da decisão judicial, maior a probabilidade de o poder judiciário estar atuando além de sua competência, uma vez que a decisão se apoia centralmente em argumentos não especificamente jurídicos – portanto, maior é a probabilidade de ativismo judicial.

Essas conclusões foram referendadas pelo Alexy (2022, informação oral)²¹, que chegou à mesma ideia da autora de que o ativismo judicial é um fenômeno gradual, podendo ser classificado em mais leve ou mais grave, conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, e não um fenômeno binário de “sim” ou “não” (Toledo, 2022a, p. 7). Adota-se, assim, a escala triádica dupla alexyana (Alexy, 2015), de graus leve, moderado e sério, que será melhor trabalhada no próximo capítulo.

¹⁹ Cumpre esclarecer que, apesar de a teoria alexyana defender que a racionalidade do discurso está presente no cumprimento das regras discursivas, o teórico ressalta que tais regras são prejudicadas no processo judicial (ver tópico 3.4.2), sem que invalide o caráter discursivo da relação processual. Nesse contexto, a avaliação do ativismo se mostra possível não pela avaliação do discurso jurídico ser racional ou não, mas sim argumentativamente, em uma análise mais específica dentro da discursiva.

²⁰ A regra foi explanada no capítulo 3, mas para facilitar a leitura é citada novamente a seguir: “(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.” (Alexy, 2017, p. 238)

²¹ A informação foi obtida em visita técnica realizada pela coordenadora do projeto CNPq, Cláudia Toledo, ao professor Robert Alexy na Alemanha em agosto de 2022, oportunidade na qual foram tiradas dúvidas do grupo junto ao jusfilósofo.

Porém, Toledo (2021, *apud* Santana, 2022) esclarece que pode existir uma decisão judicial racional que seja fundamentada exclusivamente em argumentos não institucionais (do discurso prático geral ou empírico), mas que é pouco provável sua existência. Isso ocorreria, conforme a autora, caso os argumentos institucionais não fossem aplicados ao caso, como em uma lacuna legal, ou fossem superados. Isso fica evidente com a regra J.7 da teoria alexyana, que aponta que a preferência dos argumentos institucionais é somente *prima facie* (Alexy, 2017), podendo, portanto, argumentos não institucionais ter precedência no caso concreto (Toledo, 2022b, informação oral).

Santana (2022, p. 14) alerta que, mesmo nesses casos, o juiz “poderá recorrer a meios integrativos do ordenamento jurídico, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Ou seja, pode ser tomada uma decisão *contra legem*, mas exige-se elevada fundamentação, que pode buscar argumentos até no Direito Internacional.

Avançando um pouco mais em suas conclusões, Toledo (2022, *apud* Santana, 2022, p. 21-22, grifos da autora) defende que:

- 1) Quanto mais estruturada em argumentos *não institucionais* for a *ratio decidendi*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau grave — portanto, menores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência;
- 2) Quanto mais estruturadas em argumentos *não institucionais* forem as *rationales*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau moderado — portanto, menores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência;
- 3) Quanto mais integrados por argumentos *não institucionais* forem os *obiter dicta*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau leve ou de inexistência de ativismo — portanto, maiores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência (informação oral).

A autora ainda afirma que, mesmo que se tenha majoritariamente argumentos não institucionais no dispositivo da decisão que versem sobre conteúdo normativo de lei, mas sem que seja citado o seu dispositivo legal, a decisão será considerada ativista²². Para tanto, Toledo (2022c, informação oral)²³ defende que o juiz poderia ter citado a legislação para se valer de argumentos institucionais, mas escolheu não fazê-lo, devendo, assim, não se considerar como sendo um argumento institucional.

Como pode ser visto, a metodologia de mensuração do ativismo judicial argumentativo desenvolvida por Toledo (2022a) tem sido aprimorada, avançando

²² Tal ponto será melhor explicado no subitem 4.3.1.

²³ A informação foi obtida em reunião de pesquisa realizada do projeto CNPq, coordenada pela professora Cláudia Toledo.

para além da análise quantitativa e adotando critérios mais objetivos para uma análise qualitativa, essencial para a aplicação plena da teoria alexyana. No entanto, essa mensuração ainda permite maiores aperfeiçoamentos e esclarecimentos, que serão buscados neste trabalho.

Sobre a classificação em si, é necessário determinar o limite quantitativo para uma decisão ser ativista em grau leve, moderado ou grave. Qual seria a porcentagem de uso de argumentos não institucionais para que ela seja considerada ativista? Essa questão fica mais complexa quando se acrescenta a análise qualitativa, com a relevância do argumento medida conforme sua presença nos elementos da decisão. Qual seria o parâmetro considerando cada elemento da decisão para que haja ativismo? Nessa situação, como fica a classificação se cada elemento da decisão possuir 50% de argumentos não institucionais? E se a *ratio decidendi* for composta por 80% de argumentos institucionais, mas a *rationale* apresentar 100% de argumentos não institucionais, seria ativismo de grau moderado ou leve? Variações dessa pergunta podem ser feitas mudando os elementos das decisões e as porcentagens de cada uma delas. O quadro desenhado pela autora, apresentado acima, não deixa claro como lidar com essas situações para uma classificação padronizada e que abarque todos os casos. Outro ponto que não fica claro nas publicações da autora são os conceitos de cada tipologia de argumento institucional, bem como os parâmetros para classificação de todos os argumentos conforme a taxonomia proposta. Buscar-se-á solucionar essas questões mais a frente.

Vale ressaltar, de toda forma, que a classificação e forma de mensuração do ativismo desenvolvida por Toledo (2022a), aprimorada por Santana (2022) e em cuja construção se pretende avançar ainda mais aqui, não tem a pretensão de afirmar, categoricamente, que uma decisão é ativista argumentativamente ou não - com base no uso de argumentos institucionais -, mas tão somente dizer a probabilidade, maior ou menor, de ser uma decisão ativista sob o prisma da análise argumentativa ou não.

A teoria alexyana e a tese defendida por Toledo (2022a) afirmam ser possível, em alguns casos, que os argumentos não institucionais prevaleçam sobre os institucionais, sem que isso desconfigure a juridicidade do discurso, tendo em vista os argumentos institucionais terem precedência somente *prima facie*. Portanto, essa classificação, mesmo no seu aspecto qualitativo que considera os elementos da

decisão, não abarca essa possibilidade de os argumentos não institucionais estarem presentes na *ratio decidendi* mas se sobrepõem aos institucionais devido às circunstâncias do caso, sem fugir do discurso jurídico racional.

Entretanto, não é possível mensurar de forma completamente objetiva e concluir peremptoriamente sobre o ativismo judicial argumentativo tendo em vista que essa investigação demanda uma análise discursiva subjetiva do pesquisador para verificar se essa precedência foi devidamente afastada ou não no julgamento do caso concreto. Cumpre ressaltar que tal constatação, a partir da teoria alexyana, não contradiz e nem inviabiliza a mensuração objetiva que este trabalho pretende realizar. Neste ponto, é possível reconhecer que a objetividade na análise buscando uma conclusão definitiva sobre os discursos jurídicos não é possível, mas que pode-se avançar objetivamente até esta fase anterior à análise da prevalência ou não dos argumentos institucionais. O detalhamento da metodologia de mensuração da probabilidade de ativismo judicial sob o prisma argumentativo será realizado no capítulo seguinte.

Outrossim, é preciso esclarecer o conceito de “argumento”. Esse é um assunto muito debatido, sem haver um consenso científico²⁴. Portanto, a identificação de um argumento na pesquisa empírica deste trabalho considerará estar-se diante de um argumento quando os enunciados, sozinhos ou em conjunto, completarem cada ideia argumentativa defendida ao longo do acórdão e apontarem para a decisão a ser tomada pelo Tribunal. Assim, considerar-se-á que um argumento é composto por enunciados diversos que visam à conclusão de um raciocínio, que, somados, buscam convencer o leitor da solução defendida. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a presença de um enunciado do tipo empírico referente a fato concreto sobre o caso em um argumento de dispositivo normativo - por exemplo - não descaracteriza a natureza do argumento de dispositivo normativo, desde que se faça uso do enunciado empírico para a subsunção da norma ao caso. Ou seja, tomando esse exemplo, um enunciado empírico não representa um argumento empírico por si só, dependendo da prevalência junto a outras proposições conexas para a classificação argumentativa.

²⁴ Alexy (2017, p. 97) defende, por exemplo, com base na teoria de Toulmin (*apud* Alexy, 2017) que um argumento é composto pelas “proposições [D e W] elaboradas para sustentar uma proposição [C]”, completando uma “forma de argumento”. A forma de argumento é composta da seguinte estrutura: (D)ados -----> (C)onclusão, que possui (W) como “regra de inferência”, que fundamenta e permite chegar a (C) a partir de (D) (Alexy, 2017).

4.3 A taxonomia argumentativa

Compreendidas as bases teórico-metodológicas, é preciso ainda conceituar cada tipologia argumentativa adotada na pesquisa empírica. Essa taxonomia advém da elaborada por Toledo (2022) derivada das teorias alexyana e habermasiana, tendo sido melhor detalhada a partir das discussões do grupo de pesquisa e das observações empíricas, para maior padronização da classificação, já que a realidade se apresenta de maneira muito mais complexa daquela apresentada nas teorias estudadas.

4.3.1 Os argumentos institucionais

Os argumentos institucionais são extraídos da teoria da argumentação jurídica (Alexy, 2017) enquanto próprios desse tipo de discurso. São eles: as leis - que aqui serão denominados dispositivos normativos -, os precedentes e a doutrina. Um ponto interessante de se destacar é que a consideração do que é argumento institucional em um país pode ser diferente para outro, já que cada constituição e legislação positiva valores e normas distintas, de modo que um mesmo argumento pode ser institucional para o discurso jurídico de um país e não institucional para outro.

Os argumentos de **dispositivos normativos** são aqueles que abordam normas jurídicas. Nesse ponto, não faz sentido a separação entre normas constitucionais ou infraconstitucionais, já que todas elas vinculam a sociedade e integram o Direito, a partir da concepção de juridicidade²⁵. Por essa razão, não se mostra apropriado a utilização do termo “lei” para sua nomenclatura, podendo induzir ao erro sobre seu conteúdo. Entretanto, as normas também podem ser abordadas em outros tipos de argumentos, de modo que nessa categoria estão incluídos aqueles argumentos que tratam da aplicação das normas contidas nos dispositivos normativos.

Assim, serão considerados como argumentos de dispositivos normativos aqueles que versam sobre a aplicação do silogismo jurídico, a compreensão semântica do texto, a genética da norma - isto é, a vontade do legislador que auxilia

²⁵ A juridicidade foi explicada na nota de rodapé número 1, no tópico 2.1.

na compreensão do dispositivo -, a análise comparativo-histórica da norma, bem como a análise sistemática do ordenamento, que é a relação lógica entre as normas, que devem ser compatíveis entre si para não gerar antinomias. No tocante ao argumento que traz comparação histórica do Direito positivo, seu enquadramento como argumento de dispositivo normativo ao invés de empírico referente a fato concreto se dá por ser carregado de conteúdo normativo do Direito vigente à época que possibilitam melhor compreensão do Direito contemporâneo, de modo que se considera esse vínculo institucional como o preponderante argumentativamente²⁶, apesar de trazer enunciados empíricos de fatos concretos passados.

Para a classificação nessa categoria, por fins pragmáticos, o grupo de pesquisa definiu que somente serão enquadrados aqueles argumentos que cumpram essas condições acima e façam referência ao dispositivo normativo, seja trazendo seus termos em citação direta identificada ou referenciando a legislação em que se encontra. A ausência de classificação enquanto argumento de dispositivo normativo daqueles que não citam expressamente a norma busca uniformizar e viabilizar a pesquisa nos demais países estudados pelo grupo, tornando possível a comparação, já que não é razoável supor que sequer pesquisadores brasileiros conheçam toda legislação do seu país, muito menos o será considerar que conheçam a legislação de outras nações, para poder identificar os argumentos que versem sobre normas sem a devida referência legislativa.

Como exemplo de argumento de dispositivo normativo, tem-se:

Exercício cuja desconformidade com o art. 66 da Constituição Federal acontece pelo só fato de sua repetição, e que afronta suficientemente a higidez da ordem constitucional a ponto de representar violação ao preceito fundamental da separação dos poderes (art. 2º, CF/88). (Brasil, 2021, p. 12)

Os argumentos de **precedentes** trazem decisões judiciais²⁷ anteriormente tomadas para o discurso. Vale ressaltar que o seu uso pressupõe a utilização de argumentos práticos de tipo geral conjuntamente (Alexy, 2017). Para Alexy (2017, p. 262) “o uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão

²⁶ A escolha do magistrado por abordar evolução histórica da norma é justamente trazer para sua argumentação como a institucionalidade da norma foi construída para auxiliar na interpretação legal, e não meramente trazer um fato histórico sem relevância normativa ou vínculo institucional. Caso assim não desejasse, o juiz faria uso de argumentos históricos referentes aos costumes e valores sociais da época.

²⁷ Cumpre destacar que aqui não se trata de jurisprudência, isto é, de decisões reiteradas da Corte no mesmo sentido, mas tão somente do uso de um precedente: uma decisão judicial tomada anteriormente.

do precedente”. Assim, o precedente também é direito positivo (Alexy, 2022, informação oral)²⁸.

Dessa forma, serão considerados como argumentos de precedentes aqueles que versarem sobre a aplicação do comando normativo contido na decisão judicial referenciada, podendo conter enunciados próprios do discurso prático geral para justificar sua aplicação ao caso. Não se pode falar em uso de argumento de precedente para superar (*overruling*) ou afastar (*distinguishing*) a jurisprudência, já que, nesses casos, o precedente não é utilizado com o condão de influir no resultado da decisão. Nesta situação, a decisão é utilizada junto a outros argumentos, que irão demonstrar que ela não é aplicável ao caso. Portanto, deve-se considerar isoladamente esses argumentos utilizados junto ao precedente e que irão influenciar o dispositivo do acórdão estudado. Não importa se é referenciada uma decisão ou várias no mesmo sentido, sempre será contabilizado como somente um argumento de precedente, por abordarem o mesmo comando, apesar de demonstrar o desejo do juiz de reforçar o peso institucional desse argumento, já consolidado no tribunal. Da mesma forma, o argumento de precedente pode ser de decisão colegiada ou monocrática, tendo em vista que o princípio da isonomia preconiza que a lei deve ser aplicada a todos igualmente, logo, a decisão tomada pelo Judiciário, seja ela monocrática ou colegiada, deve ser a mesma para todos os casos idênticos.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que a mera citação de um trecho de uma decisão judicial ou do voto de um ministro não eleva o argumento para a categoria dos precedentes, por não versarem sobre a norma contida na decisão. O uso de trechos de votos de ministros se mostra ainda mais complicado para a categorização por poder representar tão somente uma deferência ao colega que expôs o argumento primeiramente na Corte. Ademais, o voto citado pode ter sido minoritário no julgamento, não representando o precedente firmado.

Outrossim, o uso de precedente *erga omnes* - apesar de demonstrar qualitativamente um peso maior na argumentação jurídica, devido à força jurídica vinculante da decisão para todos os demais casos levados ao Judiciário - será tratado de maneira quantitativa somente, como explicado anteriormente.

Como exemplo de argumento de precedente, tem-se:

²⁸ A informação foi obtida em visita técnica realizada pela coordenadora do projeto CNPq, Cláudia Toledo, ao professor Robert Alexy na Alemanha em agosto de 2022, oportunidade na qual foram tiradas dúvidas do grupo junto ao autor.

A esse respeito, destaca-se que, recentemente, o Plenário do STF, no julgamento do RE 706.103 (tema 595 da repercussão geral), decidiu expressamente que a aposição de veto parcial em proposta legislativa “implica o desmembramento do processo legislativo em duas fases distintas, eis que enquanto a parte não vetada do projeto de lei segue para a fase de promulgação, a parte objeto do veto retorna ao Poder Legislativo para nova apreciação, após o que será ou não promulgada, conforme o resultado da deliberação” (RE 706.103, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27.4.2020, DJe 14.5.2020). [...]. (Brasil, 2021, p. 16-17)

Por último, os argumentos **doutrinários**, chamados de dogmáticos por Alexy (2017), são aqueles que fazem uso de enunciados dogmáticos em sua forma, advindos da doutrina jurídica. Para tanto, Alexy (2017) esclarece que

[...] uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.

Para tanto, o autor aponta que a diferenciação desses enunciados é bem complexa, de modo que se adota um critério pragmático. Ou seja, será um enunciado dogmático “se é estabelecido, aceito ou, ao menos, discutido em uma Ciência do Direito que funcione institucionalmente” (Alexy, 2017, p. 246). Ou seja, um argumento doutrinário não necessita ser oriundo de obras científicas do Direito, com a respectiva referência bibliográfica, bastando que contenha enunciados dogmáticos para ser assim considerado.

Entretanto, Alexy (2022)²⁹ afirma ser considerada tão somente a doutrina majoritária como argumento institucional. Isso mostra-se ser um tanto problemático. A separação do que seria majoritário e minoritário na doutrina seria uma tarefa hercúlea e de imensa dificuldade em temas que não tiveram suas conclusões consolidadas, o que até mesmo inviabiliza a categorização desse tipo de argumento já que deverá se conhecer todas as discussões da Ciência de Direito para saber distinguir o que é majoritário. Tal situação se mostra inviável na pesquisa também por envolver diversos países no grupo de pesquisa ao qual este trabalho faz parte, já que é impossível conhecer a doutrina majoritária nos demais países. Um segundo ponto relevante é que essa ideia não coaduna com a defesa do uso da dogmática na argumentação jurídica por Alexy (2017) em sua teoria, conforme apontado acima. Para sua teoria, basta que sejam enunciados passíveis de discussão na Ciência do

²⁹ A informação foi obtida em visita técnica realizada pela coordenadora do projeto CNPq, Cláudia Toledo, ao professor Robert Alexy na Alemanha em agosto de 2022, oportunidade na qual foram tiradas dúvidas do grupo junto ao autor.

Direito para ser considerado como dogmático. Por esses motivos, não será adotada, aqui, a exigência de que seja doutrina majoritária para se distinguir esse tipo de argumento.

A ideia de institucionalidade está ligada à própria compreensão do autor deste ser um argumento institucional. Para Alexy (2017), a institucionalidade da dogmática se faz presente por ser, na maior parte dos países, a Ciência construída por professores universitários ou pesquisadores ligados a instituições de ensino e pesquisa gestadas e/ou mantidas pelos Estados, respeitando padrões científicos estabelecidos. Dessa forma, tem-se o vínculo estatal com a dogmática, assim como ocorre com os demais argumentos institucionais.

Por esta razão, neste trabalho, também serão considerados como argumentos doutrinários aqueles oriundos de citações de obras da Ciência do Direito, por serem evidentemente dogmáticos. Nesse ponto, mesmo que seja referenciada mais de uma obra para o mesmo argumento, ou vários argumentos idênticos expostos em diferentes obras, será contabilizado como sendo somente um argumento doutrinário, apesar de isso demonstrar certo interesse do julgador de enfatizar e reforçar o argumento trazido.

Quando se tratar de análise de Direito comparado, também será classificado como um argumento doutrinário, a partir da noção de ser um tema debatido na Ciência do Direito, que não se restringe a um país somente. Apesar das suas particularidades nacionais, o Direito ocidental possui origens comuns, carregando consigo, desde então, uma forte influência entre os diversos Direitos pátrios, refletindo a influência geopolítica estadunidense e europeia.

Da mesma forma, quando o argumento fizer uso de decisões prolatadas por Cortes estrangeiras, será considerado como argumento doutrinário, a partir da compreensão de que são enunciados que integram a Ciência do Direito a partir dessa influência internacional.

Como exemplo de argumento doutrinário, tem-se:

As normas que disciplinam o processo constitucional de formação das leis não encerram mera formalidade dispensável, reflexo de uma normatividade inferior a conferir-lhes eficácia meramente “diretórias” (CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 10). (Brasil, 2021, p. 13)

Definidos os argumentos institucionais, passa-se à definição dos não institucionais, também utilizados no discurso jurídico, embora não próprio deste.

4.3.2 Os argumentos não institucionais

Os argumentos não institucionais são extraídos da teoria habermasiana (os do discurso prático geral) e alexyana (os do discurso empírico) e se subdividem em dois gêneros: os do discurso prático geral - pragmáticos, éticos e morais - e os do discurso empírico, pouco trabalhados por Alexy (2017) - relativos a fatos concretos e a dados científicos.

Os argumentos **pragmáticos** tratam da utilização de meios adequados para a concretização de determinados fins, sejam eles já conhecidos ou desejados (Habermas, 1997). O uso argumentativo deles é direcionado às consequências das escolhas, a partir de critérios de utilidade e eficiência (Toledo, 2022). É um argumento com perspectiva consequencialista. Por essa razão, também serão considerados como pragmáticos aqueles argumentos que fazem uso da ideia de causa e efeito.

Um exemplo de argumento pragmático é:

A gravidade da emergência causada pela pandemia da COVID-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. (Brasil, 2020, p. 13)

Os argumentos **éticos** abordam a maneira com a qual os indivíduos compartilham seus objetivos comuns e ideias em uma sociedade específica num dado contexto histórico. Abordam concepções pessoais, mas também coletivas, do que é bom para todos enquanto sociedade una, ou seja, corresponde ao “projeto normativo de um modo de vida exemplar” (Habermas, 1997, p. 202). Vale ressaltar que cada sociedade é considerada de maneira separada e não a humanidade como um todo. Nesse sentido, em uma sociedade, um argumento pode ser ético e não o ser em outra, já que esta qualificação depende dos valores de cada sociedade.

Como exemplo de argumento ético, pode-se citar:

Nessa mesma linha, salientou o Ministro EDSON FACHIN, como uma das premissas de seu voto, “é grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais”. (Brasil, 2020, p. 24)

Os argumentos **morais** são entendidos como imperativos categóricos, buscando não interesses individuais, mas sim o “interesse simétrico de todos”

(Habermas, 1997, p. 191). Ou seja, eles dizem respeito ao dever-ser, com a ação guiada pelo ideal para a humanidade, desconsiderando fins subjetivos e estratégias pessoais. A diferença mais marcante entre os argumentos éticos e morais reside exatamente na diferença de amplitude valorativa. Enquanto os éticos focam nos valores compartilhados enquanto sociedade em determinado momento histórico, os morais direcionam para os valores universalizáveis por toda a humanidade.

Uma questão que pode surgir é referente à aproximação entre o Direito e a Moral, com o pós-positivismo. Nesse cenário, tem-se constituições, como a brasileira, que trazem diversos valores no seu texto. Dessa forma, um argumento moral com base normativa, por exemplo, referente à dignidade humana, seria classificado como moral ou como de dispositivo normativo? Conforme estabelecido anteriormente, ele somente será de dispositivo normativo se houver a menção expressa ao texto legal ou a referência à legislação que traz tal valor; caso contrário, será classificado como um argumento moral.

Tem-se como exemplo de argumento moral:

O respeito à pessoa humana é devido em qualquer circunstância. Nem a pobreza, nem a cor da pele, nem a opção sexual, tampouco a culpabilidade criminal, retiram do homem a dignidade que lhe é inerente. O ser humano, para ser visto e tratado como tal, há de ser considerado na totalidade, porque sujeito de direitos. (Brasil, 2021e, p. 31)

Já os argumentos empíricos referentes a **fatos concretos** estão ligados ao ao conhecimento vulgar, coletado sem preocupação metodológica, buscando entender a realidade posta. Eles abordam o estado de coisas, os acontecimentos, as ações, fatos singulares em qualquer tempo, seja ele passado, presente ou futuro (Alexy, 2017). Como exemplo de argumento empírico referente a fatos concretos, tem-se:

Apesar de nossa população ser o equivalente a 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento) da população mundial, correspondemos a 14% (quatorze por cento) das confirmações da doença e a 12% (doze por cento) da letalidade globais. É necessário lembrar, com extremo pesar e assombro, que nosso país atingiu lamentavelmente o 2º lugar mundial em quantidade de casos (atrás apenas dos Estados Unidos da América). (Brasil, 2021d, p. 20-21)

Por fim, os argumentos empíricos referentes a **dados científicos**, que também se preocupam em entender a realidade, mas a partir de um conhecimento científico, metodológico e sistematizado. Eles tratam, justamente, de “regularidades das ciências naturais ou das ciências sociais” (Alexy, 2017, p. 224). Um exemplo de argumento empírico referente a dados científicos seria:

[...] importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnico-científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores). (Brasil, 2020e, p. 23)

Compreendidos os aspectos teóricos da caracterização do ativismo judicial sob a perspectiva discursiva argumentativa, é necessário avançar com a aplicação da teoria no estudo empírico para a verificação da presença de ativismo nas decisões prolatadas pelo Judiciário em relação ao controle de medidas do Executivo durante a pandemia de covid-19.

5 ATIVISMO JUDICIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

A mensuração do ativismo em casos reais é uma tarefa árdua e de elevado grau de complexidade, seja devido a suas diversas facetas, como alerta a doutrina, ou a própria dificuldade de se retirar integralmente o subjetivismo da análise discursiva da decisão. São muitos os desafios que se apresentam, mas que merecem ser reconhecidos e enfrentados de alguma maneira, para que, aos poucos, possam ser suplantados.

Neste trabalho, tem-se como recorte a mensuração do ativismo judicial sob o prisma argumentativo, a partir da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2017) e da teoria de ativismo judicial desenvolvida pela Toledo (2022a), conforme apresentado em capítulo anterior. A partir deste recorte, o principal desafio enfrentado é mitigar, na máxima medida possível, a subjetividade do pesquisador quando da análise dos argumentos de uma decisão para a sua classificação entre os diferentes tipos, bem como a identificação em qual elemento da decisão ele se encontra.

No caso brasileiro, a Corte Constitucional não produz um único pronunciamento contendo as razões para a decisão, muito menos delimita com clareza e precisão os argumentos utilizados. O Tribunal apresenta todos os votos proferidos, com razões favoráveis e contrárias, sem, ao final, redigir um pronunciamento colegiado que condense aquilo que foi considerado para a decisão. Tal característica agregativa do modelo *seriatim* de formação do acórdão na Corte brasileira dificulta sobremaneira a tarefa de análise argumentativa, tornando o subjetivismo na identificação dos argumentos algo intransponível em sua integralidade. Cortes de outros países - como França e Itália, que adotam o modelo *per curiam* - emitem somente um único pronunciamento, contendo as razões que levaram à decisão, o que facilita a compreensão do que levou o Tribunal a tomar tal decisão e a própria análise a ser feita.

No entanto, esse fator não torna a pesquisa inviável, desde que seja possibilitado o acesso aos dados para que a comunidade científica possa validar a análise até que se chegue a um razoável consenso sobre a classificação do argumento. Esse foi o esforço depreendido no grupo de pesquisa ao qual este trabalho se integra. Quando a classificação argumentativa se mostrava dúbia ou de difícil identificação, o tema era discutido coletivamente pelo grupo de pesquisadores,

de modo que a classificação fosse feita conforme uma análise discursiva, isto é, quanto mais argumentos pudessem ser levantados a favor de uma classificação em detrimento de outra, maiores as chances de essa classificação ser reconhecida como devida e assim feito.

Aqui, vale ressaltar que um argumento, em alguns casos, pode ter características que se enquadrem em duas tipologias distintas, até pela presença de enunciados de diversas naturezas. No entanto, a classificação deve sempre corresponder àquela que possui mais argumentos em sua defesa, seguindo a ideia alexyana.

Ademais, foi cogitada a hipótese de a ementa do acórdão fazer esse papel de reunir os fundamentos que levaram à decisão tomada. Entretanto, como o próprio glossário do STF³⁰ afirma, a ementa representa um breve resumo da matéria e da conclusão do acórdão, não tendo o condão de reunir todas as razões que fundamentam a decisão. Empiricamente, constatou-se, ainda, que tanto não é esse o objetivo da ementa que ela apresenta não somente alguns argumentos utilizados, mas, também, contextos e registros de complementos à decisão que servem como mensagem para as partes e para os poderes de modo a orientar suas atuações. Nesse cenário, muitos argumentos valiosos para a decisão são omitidos na ementa, que cumpre um papel mais de contextualizar o acórdão e facilitar a busca jurisprudencial, ou seja, a ementa atende a fins catalográficos.

Porém, apesar de não poder ser utilizada como fonte primária de argumentos ou do que a Corte considera como principais argumentos de forma categórica, a ementa pode auxiliar o pesquisador na análise de quais foram os argumentos relevantes naquela decisão, a partir, justamente, da necessidade de síntese que a ementa requer. A partir dessa ideia, pode-se inferir que, se um argumento constar na ementa, significa que a Corte o considerou relevante para o caso, certamente influenciando na decisão; logo, ele deve integrar a *ratio decidendi*. Nesse sentido, a ementa serve como uma fonte complementar de análise sobre quais argumentos integram a *ratio decidendi* da decisão prolatada, embora não possa ser a única adotada. Expostas essas barreiras iniciais, cumpre dizer que outras dificuldades foram encontradas ao longo da pesquisa empírica e serão explicitadas em momento oportuno.

³⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>.

Avançando em direção à aplicação da teoria apresentada na pesquisa empírica desenvolvida, faz-se imperioso detalhar a metodologia utilizada para a mensuração da probabilidade do ativismo judicial argumentativo (ou não) e seu respectivo grau. Tal questão foi abordada de forma superficial no capítulo anterior, mas será minuciosamente detalhada a seguir.

5.1 Proposta de mensuração da probabilidade de ativismo judicial sob o prisma argumentativo

Como apontado anteriormente, o recorte do ativismo nesta pesquisa é centrado na sua faceta discursiva-argumentativa. Conforme a teoria alexyana, os argumentos institucionais, próprios do discurso jurídico, têm precedência *prima facie* sobre os não institucionais, do discurso prático geral. Ou seja, conforme a teoria desenvolvida por Toledo (2022a), via de regra, uma decisão judicial tem maiores chances de não ser ativista quando possui majoritariamente argumentos institucionais em sua fundamentação. Além disso, quanto mais argumentos institucionais a decisão possuir em elementos de maior relevância, como a *ratio decidendi* e a *rationale* - em ordem de importância crescente, respectivamente -, maiores as chances de a decisão não ser ativista. Porém, em uma análise qualitativa do discurso, pode ser constatado que os argumentos não institucionais têm precedência no caso concreto sobre os institucionais, não permitindo classificar a decisão como ativista, ainda que possua tais argumentos do discurso prático geral majoritariamente nos elementos de maior importância.

A teoria, portanto, conjuga uma análise quantitativa dos argumentos com uma análise qualitativa deles. É evidente que a análise qualitativa é evitada, indubitavelmente, de uma margem de subjetivismo maior, apesar de ter o condão de concluir com maior clareza sobre a existência de ativismo ou não em uma decisão. Entretanto, a análise quantitativa da teoria já permite aferir dos resultados o máximo de ativismo judicial argumentativo que poderia ser identificado em uma decisão judicial. A partir da precedência *prima facie* dos argumentos institucionais, encontra-se o máximo de influência ativista que os argumentos não institucionais poderiam ter sobre a decisão, já que, a partir da análise qualitativa poderia ser verificado que os argumentos não institucionais não teriam, na verdade, influência ativista, mas, sim, não ativista, por terem precedência sobre os institucionais no caso

concreto. Tal possibilidade de inversão da influência negativa *prima facie* dos argumentos não institucionais só é possível por também constituírem o discurso jurídico a partir da teoria integrativa³¹.

Partindo dessa compreensão e buscando eliminar parte do subjetivismo presente nesta análise, o trabalho adotou somente a pesquisa quantitativa dos argumentos para mensurar a probabilidade de haver ou não ativismo nas decisões. Por obviedade, mesmo a análise quantitativa dos argumentos possui um elemento qualitativo, já que o pesquisador realiza a identificação, classificação e localização do argumento nos elementos da decisão. Como dito anteriormente, o desafio desse tipo de pesquisa empírica é sempre de mitigar o subjetivismo, não tendo a possibilidade de eliminá-lo, em razão da própria natureza das ciências sociais aplicadas.

Nesse diapasão, este trabalho propôs, a seguir, o desenvolvimento da metodologia criada por Toledo (2022a) para a mensuração da probabilidade do grau de ativismo judicial argumentativo, ou sua ausência, a partir da análise quantitativa dos argumentos.

De modo a considerar o grau de relevância de um argumento para a decisão proferida, deve-se levar em conta metodologicamente a posição do argumento entre os elementos da decisão, quais sejam, *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dicta*. Um argumento presente na *ratio decidendi*, que possui maior influência sobre a decisão, deve ser considerado em maior medida do que um argumento presente na *rationale* ou nos *obiter dicta*, sucessivamente, para a análise da probabilidade do grau de ativismo. Assim, tem-se maior correspondência entre o uso de determinado tipo de argumento e a sua verdadeira influência no acórdão.

Nesse sentido, cada argumento (institucional ou não) receberá um peso de acordo com a sua localização nos elementos da decisão. O peso representa quantos argumentos de elemento de menor relevância da decisão são necessários para superar um argumento do elemento de maior relevância da decisão, o que é demonstrado após o quadro 2. A metodologia proposta neste trabalho propõe a

³¹ Vale ressaltar que, apesar de integrarem o discurso jurídico, os argumentos próprios do discurso jurídico, chamados de argumentos institucionais, devem ter precedência sobre os do discurso prático geral, justamente por ser essa precedência o que torna o discurso jurídico um caso especial e específico do discurso prático geral pela teoria da argumentação jurídica de Alexy (2017), bem como por ser a atuação judicial vinculada à institucionalidade para que tenha legitimidade. Nesse sentido, não se poderia falar que o uso dos argumentos não institucionais, por também integrarem o discurso jurídico, não podem ser fator de classificação de uma decisão como ativista apenas a partir de uma análise quantitativa.

atribuição dos seguintes pesos: argumentos na *ratio decidendi* teriam peso 10, já os argumentos na *rationale*, peso 3, e argumentos nos *obiter dicta*, peso 1. Os pesos foram atribuídos de modo que, para que se supere um argumento de elemento da decisão mais importante, sejam necessários 4 argumentos do elemento de menor relevância imediatamente abaixo.

Quadro 2 - Pesos atribuídos aos argumentos conforme seu elemento

	<i>Obiter dicta</i>	<i>Rationale</i>	<i>Ratio decidendi</i>
Peso do argumento	1	3	10

Fonte: elaborada pelo autor.

Tal distribuição dos pesos traz consigo algumas considerações relevantes para a realidade:

- são necessários 4 argumentos nos *obiter dicta* para superar 1 argumento na *rationale*;
- são necessários 4 argumentos na *rationale* para superar 1 argumento na *ratio decidendi*;
- são necessários 11 argumentos nos *obiter dicta* para superar a 1 argumento na *ratio decidendi*.

A atribuição de pesos aos argumentos consiste em um esforço de representação numérica do grau de importância dado a cada elemento da decisão. Pode-se questionar como é possível que argumentos na *rationale* tenham o condão de superar um argumento presente na *ratio decidendi*, tendo em vista a natureza essencial deste e secundária daquele para a decisão? O questionamento poderia também ser direcionado para a influência dos argumentos nos *obiter dicta*.

A consideração dos argumentos na *rationale* e nos *obiter dicta* é relevante para fins de mensuração do grau de ativismo justamente por terem tais elementos algum grau de influência sobre a decisão proferida, conforme a teoria. Ainda que em menor grau quando analisados separadamente, os argumentos da *rationale* auxiliam e fortalecem os argumentos da *ratio decidendi* quando são analisados de forma conjunta, de modo que, sem eles, um argumento presente na *ratio decidendi* poderia

não ter tamanha relevância para a decisão. Já quanto àqueles presentes nos *obiter dicta*, apesar de terem quase nenhuma influência na decisão, eles ajudam, ainda que em grau bastante diminuto, a compor o quadro argumentativo dos magistrados. A própria utilização de argumentos nos *obiter dicta* no voto, ainda que sem uma aparente influência direta no resultado, é uma ação consciente do magistrado, que considerou relevante a utilização desse argumento para auxiliar a compor sua justificção decisional. Por essa razão, os pesos atribuídos tentam diferenciar e representar essa diferença de impacto de cada elemento para a decisão, conforme sua influência.

Dessa forma, considerando o Direito ser uma ciência social aplicada, envolvendo criações, ações e interpretações humanas, a própria compreensão de qual deve ser o peso de cada elemento dentro da argumentação judicial é uma tarefa que precisa ser validada pelos pares na academia. De nada adiantaria uma metodologia matematicamente “perfeita” para a mensuração se ela não for aceita pelos estudiosos do assunto (Rubio *et al*, 2003), que refutam o resultado por não considerarem fidedigno da interpretação da realidade estudada. A atribuição de pesos exposta acima é uma proposta inicial, já que não se encontrou, na revisão de literatura, algum trabalho que já tenha avançado nesse sentido, sendo preciso um debate científico quanto a isso, que esta dissertação pretende inaugurar, mediante os fundamentos antes explicitados.

Neste trabalho, a escolha pela diferença de 4 argumentos de um elemento para superar o de outro foi feita a partir de um processo de validação interna, que envolveu o pesquisador-autor e a orientadora da pesquisa com base na interpretação dos resultados de testes feitos com a aplicação da metodologia, considerando diferentes pesos. Assim, a partir da análise dos resultados dos testes, buscaram-se os pesos mínimos que cada elemento deveria ter para que fosse mitigada a distorção dos resultados de grau de ativismo encontrados pela metodologia e aquele considerado pelos pesquisadores para as mesmas decisões, à luz do marco teórico.

A atribuição de peso aos elementos é uma questão que demanda desenvolvimento de pesquisas aprofundadas, de modo a verificar estatisticamente e concretamente qual seria a atribuição ideal para melhor correspondência entre o peso dado e a efetiva influência dos elementos para a decisão em quase todos os casos possíveis. Pesquisas futuras com o auxílio de inteligência artificial podem

identificar a correlação entre os argumentos em cada elemento, de modo a verificar se os argumentos não institucionais são utilizados em apoio aos institucionais ou de modo independente. Para tal escopo, pesquisas que envolvam análise de correlação e estatística deverão ser realizadas a partir de um universo extenso de dados de decisões judiciais.

Desse modo, com os pesos definidos, será possível obter o **Fator de Impacto (FI)** de cada argumento para a decisão, calculado da seguinte forma:

$$FI = (\text{nº de argumentos em cada elemento}) \times (\text{peso conferido a cada elemento})$$

O cálculo do FI permitirá a obtenção de um valor ponderado que permitirá fazer a comparação entre os diferentes tipos de argumento nos diferentes elementos da decisão.

Para a mensuração da probabilidade de ativismo na decisão, propõe-se a realização do **Somatório dos Fatores de Impacto dos argumentos institucionais** ($\sum_{inst.}$), que viabilizará a medição, por meio de uma escala específica obtida a partir da soma do número de argumentos considerado o respectivo fator de impacto, referente a cada decisão, como será explicado mais à frente. A utilização dos argumentos institucionais ao invés dos não institucionais para a mensuração deve-se pela relevância daqueles para o discurso jurídico, já que possuem precedência *prima facie* sobre os demais, devendo ser utilizados prioritariamente pelos magistrados em sua fundamentação. O cálculo do Somatório dos FIs dos argumentos institucionais será realizado da seguinte forma:

$$\sum_{inst.} = [(\text{nº de arg. institucionais na } ratio\ decidendi) \times (\text{peso da } ratio\ decidendi)] + [(\text{nº de arg. institucionais na } rationale) \times (\text{peso da } rationale)] + [(\text{nº de arg. institucionais nos } obiter\ dicta) \times (\text{peso dos } obiter\ dicta)]$$

A mensuração da probabilidade de ativismo será feita a partir do percentil do FI dos argumentos institucionais de cada decisão analisada, de modo que a escala criada seja específica para cada uma. Para tanto, o valor mínimo da escala sempre corresponderá à situação hipotética de não existirem argumentos institucionais na decisão, em qualquer dos seus elementos. Ou seja, quando o Somatório dos Fatores de Impacto dos argumentos institucionais ($\sum_{inst.}$) representar 0% do

Somatório dos Fatores de Impacto de todos os argumentos (Σ_{total}), que considera, em sua soma, também os não institucionais. Já o valor máximo da escala ($\Sigma_{máx.}$) sempre corresponderá à situação em que ter-se-á somente argumentos institucionais na decisão, ou seja, o Somatório dos Fatores de Impacto dos argumentos institucionais ($\Sigma_{inst.}$) representa 100% do Somatório dos Fatores de Impacto de todos os argumentos (Σ_{total}), conforme se exemplifica abaixo:

Quadro 3 - Exemplo de decisão

	Quantitativo de argumentos		
	Argumentos Institucionais	Argumentos Não Institucionais	Argumentos totais
<i>Ratio decidendi</i> (peso 10)	2	3	5
<i>Rationale</i> (peso 3)	2	1	3
<i>Obiter dicta</i> (peso 1)	1	1	2

Fonte: elaborada pelo autor.

Na decisão hipotética acima, o cálculo dos Somatórios seria feito da seguinte forma:

$\Sigma_{máx.} = 5 \times 10 + 3 \times 3 + 2 \times 1 = 61$ (considerando que todos os argumentos são institucionais)

$\Sigma_{inst.} = 3 \times 10 + 1 \times 3 + 0 \times 1 = 33$

$\Sigma_{min.} = 0 \times 10 + 0 \times 3 + 0 \times 1 = 0$

O cálculo dos limites máximos ($\Sigma_{máx.}$) e mínimos ($\Sigma_{min.}$) da escala a partir da consideração da quantidade de argumentos existentes em cada decisão e em cada um de seus elementos separadamente a torna totalmente personalizada para cada decisão, permitindo uma mensuração em maior correspondência com a realidade, a partir da compreensão de qual poderia ser o máximo e o mínimo de ativismo de cada decisão. Ademais, a escala sempre vai representar a decisão como um todo, de modo que, se o Somatório dos FIs dos argumentos institucionais alcançar 70% da escala, os outros 30% representarão o Somatório dos FIs dos argumentos não

institucionais. Logo, só com a medição do somatório dos FIs institucionais pode-se medir o grau de probabilidade de ativismo e não ativismo em uma única escala.

Caso o Somatório dos FIs dos argumentos institucionais ($\sum_{inst.}$) fique acima de 50% - ou seja, na metade superior da escala - ter-se-á maior probabilidade de a decisão ser não ativista, já que o valor ponderado predominante será o dos argumentos institucionais, que têm precedência *prima facie*. Do contrário, se o ($\sum_{inst.}$) ficar abaixo de 50% - isto é, na metade inferior da escala - ter-se-á maior probabilidade de a decisão ser ativista, tendo em vista que o valor ponderado dos argumentos institucionais será minoritário e, conseqüentemente, o valor dos não institucionais será predominante.

A partir dessa divisão em duas metades, cada metade da escala é subdividida em 9 partes, que representarão os graus de ativismo ou não ativismo, quais sejam: leve, moderado e grave, cada um com 3 subclassificações - mínimo, médio e máximo. Tal proposta busca adotar a escala triádica dupla presente na teoria alexyana (Alexy, 2015), que referencia teoricamente a pesquisa ora relatada, para permitir maior precisão do resultado.

Primeiramente, vale ressaltar que, ao transformar a realidade em dados numéricos, há uma perda da informação inerente, que persiste ao se transmutar em porcentagem e em valores ponderados, o que ainda é agravada com a transformação de todos os valores numéricos em uma classificação entre 3 categorias de ativismo ou não ativismo. Dessa forma, a adoção da escala triádica dupla, apesar de sofrer críticas que a consideram exageradamente objetiva, pode ser utilizada aqui por já se ter procedido a grande objetivação da análise quando da quantificação dos argumentos e dos respectivos pesos. Diante da escala percentual criada, a identificação do resultado na escala triádica dupla não apresenta dificuldades, uma vez que já se está trabalhando com números. Sendo, portanto, factível o emprego da escala triádica dupla na presente hipótese, considera-se de elevada importância fazê-lo, de maneira a evitar a invisibilização de informações sobre o quão ativista ou não uma decisão é, o que viabiliza comparações classificatórias entre elas.

Ademais, cumpre registrar que a nomenclatura dada pela teoria alexyana para os graus da escala triádica foi traduzida para o português como leve, moderado e grave. No entanto, para facilitar a compreensão do leitor acerca dos resultados obtidos, optou-se pela adoção de terminologias distintas. A expressão “não ativismo

em grau grave” passaria ideias contraditórias em uma mesma expressão, já que o termo “grave” é associado imediatamente a algo ruim e o não ativismo é algo considerado bom pela doutrina majoritária. Dessa forma, optou-se pela adoção do termo “severo” em substituição ao “grave”. Da mesma forma, no subnível, a alteração dos termos para “mínimo”, “médio” e “máximo” buscou não gerar confusão ao leitor na repetição dos termos do primeiro nível. Por exemplo, a utilização das expressões “leve - leve”, “leve - moderado” e “leve - severo” poderia dificultar a compreensão do posicionamento da decisão na escala. De acordo com as expressões aqui propostas, passou-se a mencionar “leve - mínimo”, “leve - médio” e “leve - máximo”.

Assim, quanto maior do que 50% for o percentil do ($\sum_{inst.}$) na escala, maior é a probabilidade de a decisão ser não ativista sob o prisma argumentativo em graus cada vez mais elevados. Caso o percentil do ($\sum_{inst.}$) seja 100%, estar-se-á diante de certeza de não ativismo judicial sob o prisma argumentativo, já que inexistem argumentos não institucionais na decisão, de modo que toda a justificação é lastreada em argumentos próprios do discurso jurídico, não podendo se falar em possibilidade de atuação do tribunal fora da sua competência a partir da análise argumentativa.

Por outro lado, quanto menor do que 50% for o percentil do ($\sum_{inst.}$) na escala, maior é a probabilidade de a decisão ser ativista sob o aspecto argumentativo em graus cada vez mais elevados. Nessa situação, sendo o percentil 0%, não se poderá afirmar que a decisão é certamente ativista em nível máximo possível, já que a presença de argumentos não institucionais, mesmo que em sua totalidade, demandam uma análise qualitativa para verificar se possuem precedência no caso concreto frente aos institucionais. Havendo precedência, não se poderá considerar a decisão argumentativamente ativista. Por essa razão é que, caso o percentil seja 0%, a conclusão que pode ser extraída é que a decisão é provavelmente ativista, sob o espectro argumentativo, em grau severo-máximo.

Outrossim, outra possibilidade é que o percentil do ($\sum_{inst.}$) seja igual a 50% na escala. O meio da escala representará, portanto, a situação em que ter-se-á a relação ponderada de 50% de argumentos institucionais e 50% de não institucionais. Nesse caso, propõe-se que a mensuração da probabilidade de ativismo judicial argumentativo deverá partir para uma análise subsidiária da predominância dos argumentos institucionais na *ratio decidendi* primeiramente, passando para os

demais elementos da decisão, se for necessário para resolver a questão, considerando sempre um elemento por vez e seguindo a ordem de importância, até que se encontre a predominância de um dos somatórios sobre o outro. Encontrada a predominância de um tipo argumentativo em um dos elementos, a classificação deverá ser aquela correspondente a essa predominância encontrada nos elementos, sempre em grau leve-mínimo, o grau mais próximo do 50%. Um exemplo dessa situação pode ser descrito da seguinte forma: se na *ratio decidendi* a proporção entre a quantidade dos argumentos institucionais e dos argumentos não institucionais for 50%, passa-se a análise da proporção na *rationale*, em que se verifica que a quantidade de argumentos não institucionais é maior nesse elemento do que dos institucionais. Nesse caso apresentado, a decisão possui percentil do ($\sum_{inst.}$) igual a 50% - mas apresenta igualdade de números de argumentos na *ratio decidendi* e predominância de argumentos não institucionais na *rationale* - sendo, portanto, classificada como provavelmente ativista sob o aspecto em grau leve-mínimo. Caso haja coincidência no número de argumentos institucionais e não institucionais encontrados nos três elementos da decisão - *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dicta* - percentil do ($\sum_{inst.}$) igual a 50% determinará a qualificação da decisão como não ativista, em virtude de a teoria integrativa implicar a consideração de argumentos não institucionais como possíveis no discurso jurídico.

Transcrevendo em linguagem matemática e de forma resumida, a escala é configurada da seguinte forma:

$\sum_{inst.} = 100\% \rightarrow$ certeza de não ativismo judicial argumentativo

$\sum_{inst.} \geq 94,44\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau severo - máximo

$\sum_{inst.} \geq 88,88\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau severo - médio

$\sum_{inst.} \geq 83,33\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau severo - mínimo

$\sum_{inst.} \geq 77,77\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau moderado - máximo

$\sum_{inst.} \geq 72,22\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau moderado - médio

$\sum_{inst.} \geq 66,66\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau moderado - mínimo

$\sum_{inst.} \geq 61,11\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau leve - máximo

$\sum_{inst.} \geq 55,55\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau leve - médio

$\sum_{inst.} \geq 50,01\% \rightarrow$ probabilidade de não ativismo em grau leve - mínimo

$\sum_{inst.} = 50\% \rightarrow$ **Marco entre ativismo e não ativismo** - A probabilidade deve ser mensurada a partir da análise de predominância dos argumentos institucionais nos elementos, na seguinte ordem subsidiariamente: *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dicta*.

$\sum_{inst.} \geq 44,44\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau leve - mínimo

$\sum_{inst.} \geq 38,88\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau leve - médio

$\sum_{inst.} \geq 33,33\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau leve - máximo

$\sum_{inst.} \geq 27,77\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau moderado - mínimo

$\sum_{inst.} \geq 22,22\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau moderado - médio

$\sum_{inst.} \geq 16,66\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau moderado - máximo

$\sum_{inst.} \geq 11,11\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau severo - mínimo

$\sum_{inst.} \geq 5,55\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau severo - médio

$\sum_{inst.} \geq 0\% \rightarrow$ probabilidade de ativismo em grau severo - máximo

A aplicação dessa metodologia ocorre da seguinte forma, descrita a seguir. Considerando a decisão hipotética abaixo, a aplicação dessa metodologia ocorrerá da forma descrita a seguir:

Quadro 4 - Decisão hipotética para demonstração da metodologia

	Quantitativo de argumentos		
	Argumentos Institucionais	Argumentos Não Institucionais	Argumentos totais
<i>Ratio decidendi</i> (peso 10)	3	1	4
<i>Rationales</i> (peso 3)	1	6	7
<i>Obiter dicta</i> (peso 1)	0	1	1

Fonte: elaborada pelo autor.

Nesse exemplo, a escala terá como valor máximo 63, que representará 100%. O $\sum_{inst.}$ será 33. Portanto, o percentil do $\sum_{inst.}$ corresponde a 52,38% do valor máximo possível, sendo a decisão classificada como possuindo probabilidade de não ativismo em grau leve-mínimo.

$\sum_{máx.} = 4 \times 10 + 7 \times 3 + 1 \times 1 = 62$ (considerando que todos os argumentos são institucionais)

$$\sum_{inst.} = 3 \times 10 + 1 \times 3 + 0 \times 1 = 33$$

$$\sum_{inst.} / \sum_{máx.} = \text{percentil do } \sum_{inst.} = 33 / 63 = 0,5322 = 53,22\%$$

Explicada a metodologia adotada para mensuração da probabilidade de ativismo judicial sob o prisma argumentativo em uma decisão, faz-se necessário detalhar sobre o levantamento dos acórdãos analisados, sendo eles os documentos através dos quais a Corte Constitucional expressa suas razões para as decisões prolatadas e que foram a fonte primária para coleta dos dados para a presente pesquisa.

5.2 Levantamento de dados para pesquisa empírica jurisprudencial

A pesquisa empírica realizada valeu-se de alguns recortes. Para a coleta de dados, foi utilizada como fonte primária a documental, com o levantamento do inteiro teor dos acórdãos das decisões judiciais do plenário do Supremo Tribunal Federal. De ver-se, portanto, que se procedeu a um recorte institucional ao se restringir a seleção de decisões àquelas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. A utilização da fonte documental primária se justifica pela inexistência dos dados sobre os argumentos utilizados nas decisões do Tribunal objeto do presente estudo. De modo a viabilizar a coleta de dados no tempo disponível para a pesquisa, foi feito o recorte temporal de 01/07/2020 até 31/03/2023, totalizando 2 anos e 9 meses. A delimitação inicial do recorte em primeiro de julho buscou dar continuidade à pesquisa referencial desenvolvida por Ginsburg e Versteeg até junho de 2020.

A coleta dos acórdãos ocorreu no site eletrônico oficial do STF, a partir da sua página de pesquisa de jurisprudência. Foram utilizadas as expressões de busca

conjugadas abaixo, de modo a restringir melhor a busca para aquelas decisões dentro do escopo da pesquisa:

- Expressões 1: pandemia, covid-19, "direito à saúde", "direito à vida", "poder executivo", ("ato administrativo" OU "medida administrativa" OU "medida provisória" OU "ato administrativo normativo") "separação de poderes";
- Expressões 2: pandemia, covid-19, "direito à vida", "poder executivo", ("ato administrativo" OU "medida administrativa" OU "medida provisória" OU "ato administrativo normativo") "separação de poderes";
- Expressões 3: pandemia, covid-19, "direito à vida", "poder executivo", ("ato administrativo" OU "medida administrativa" OU "medida provisória" OU "ato administrativo normativo");
- Expressões 4: pandemia, covid-19, "direito à saúde", "poder executivo", ("ato administrativo" OU "medida administrativa" OU "medida provisória" OU "ato administrativo normativo").

A restrição da busca a partir da utilização das expressões “direito à saúde” e “direito à vida” visou a limitação da coleta aos casos referentes ao controle judicial de medidas de controle da pandemia, crise sanitária que justificou a outorga de poderes emergenciais estudada através desta pesquisa. A adoção dessas medidas sempre terá como fundamento a proteção do direito à vida ou à saúde, diferentemente das políticas que se relacionam com a pandemia mas não possuem o condão de combatê-la, por exemplo: a discussão judicial acerca da manutenção de operações policiais nas periferias e favelas durante a pandemia. Essa medida administrativa de segurança não tem o condão de mitigar o quadro pandêmico, ainda que sua discussão judicial relaciona-se com ele.

Cumprе ressaltar que a pesquisa foi feita com a marcação para busca das expressões no inteiro teor das decisões, o que se fez imperativo em virtude de a estratégia metodológica eleita exigir a identificação e classificação dos argumentos presentes nos votos dos ministros da Corte Constitucional. Ademais, a opção de pesquisa no inteiro teor dos acórdãos em detrimento da opção de pesquisa apenas na ementa permitiu a obtenção de uma amostra de decisões mais robusta. A partir dessa busca, obteve-se como resultado 109 acórdãos, dos quais 49 eram distintos, e os outros 60 eram repetidos. Desses documentos distintos, 6 eram de decisões

definitivas³² e 8 de interlocutórias que versavam sobre atuação do Poder Executivo federal, totalizando 937 páginas a serem analisadas aproximadamente. O levantamento completo realizado pode ser acessado através do *link* https://docs.google.com/spreadsheets/d/1_HtRBVd-vrlglaUjZ1-YGdIA9LmsjXa6xjV03NfXJug/edit?usp=sharing.

Inicialmente, a pesquisa pretendia analisar somente as decisões definitivas encontradas e que estivessem dentro do recorte temático. No entanto, devido ao baixo número de acórdãos encontrados, foi feita ampliação do universo da pesquisa para abarcar, também, as decisões interlocutórias, já que estas também podem estar sujeitas ao ativismo judicial e estarem inseridas na lógica de diálogos institucionais, que será abordada mais à frente. Foram consideradas como dentro do escopo do trabalho somente aquelas decisões referentes a casos em que se discutiam ações executivas ou legislativas que tinham relação com a proteção do direito à vida e/ou à vida durante a pandemia e que tinham envolvimento direto com a atuação do Poder Executivo federal. Tal recorte temático nas ações que envolviam o Poder Executivo federal e o STF se justificou, primeiramente, pela natureza das ações de contenção da pandemia, que, necessariamente, visam à proteção de tais direitos. Dessa forma, retira-se do levantamento controle de ações que foram realizadas por causa da pandemia mas sem o condão de combatê-la, mas sim mitigar seus efeitos, como, por exemplo, a ação que discutia aplicação de desconto linear nas mensalidades de faculdades/universidades devido a pandemia. Outrossim, o recorte também decorreu da necessidade de viabilizar a pesquisa, reduzindo o universo a ser pesquisado, bem como pelo grau de relevância maior que a relação STF - Executivo possuiu durante a pandemia do que a relação entre o STF e o Congresso Nacional, já que, no Brasil, a pandemia foi marcada por ataques do Presidente da República contra os ministros da Suprema Corte (Folha de São Paulo, 2021).

Um caso que exemplifica bem a dificuldade dessa classificação em algumas situações é a ADI 6362 - DF (Brasil, 2020d). A ação versa sobre a interpretação constitucional de dispositivo legal para delimitar a competência federativa dos entes

³² Também foram consideradas como definitivas aquelas decisões que analisavam pedidos liminares mas que a Corte converteu em julgamento definitivo, bem como as que, após seu julgamento, foram sucedidas com a efetiva conclusão do processo e seu respectivo arquivamento, se tornando o acórdão levantado a última decisão prolatada no processo antes do seu fim, conforme observado no trâmite processual no site do Tribunal.

subnacionais para requisições administrativas durante a pandemia. À primeira vista, tal situação fática poderia ser enquadrada como fora do escopo da presente pesquisa, por ter relação com atos administrativos de requisição praticados por entes subnacionais sobre bens hospitalares usados no combate à pandemia. Ademais, esta ação é de controle de inconstitucionalidade de legislação, não envolvendo ação ou omissão do Poder Executivo, mas o fundamento fático para a sua propositura é o esclarecimento da constitucionalidade ou não da adoção de tal norma pelos Executivos estaduais. Entretanto, o pedido dos autores envolve a discussão sobre a necessidade da participação da União nesses atos administrativos dos Estados e Municípios, de modo a se decidir se as requisições devem contar com a autorização do Ministério da Saúde. Assim sendo, considerou-se que a situação fática engloba a atuação direta do Executivo Federal na temática por meio de atos administrativos, mesmo tendo como objeto a constitucionalidade de dispositivo normativo legal, tendo sido o acórdão classificado como dentro do escopo da pesquisa e analisado. Esse quadro é corroborado pela presença somente do Executivo e do Legislativo federal no polo passivo da ação.

Os acórdãos foram fichados em planilhas, viabilizando a análise quantitativa e qualitativa dos dados coletados, por meio de tabulação cruzada, bem como a aplicação automática da metodologia apresentada para a mensuração da probabilidade de presença de ativismo judicial sob o aspecto argumentativo. No tocante à pesquisa do ativismo, os dados foram separados nos seguintes parâmetros:

- a) taxonomia argumentativa apresentada por Toledo (2022a), que classifica os argumentos que integram o discurso jurídico em argumentos de dispositivo normativo, de precedentes e doutrinários; o discurso prático geral em argumentos pragmáticos, éticos e morais; e o discurso empírico em argumentos relativos a fatos concretos e a dados científicos;
- b) separação dos argumentos segundo os elementos da decisão, *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dicta*.

Nas situações em que os acórdãos não diziam respeito ao recorte feito pela pesquisa, conforme apresentado, foram somente preenchidos os dados de identificação da decisão e o campo de situação fática para registrar o objeto da ação e evidenciar a desnecessidade de continuar o fichamento por estar fora do escopo definido. Todos os fichamentos das decisões que compuseram a amostra estão

disponíveis, na íntegra, na nuvem, acessíveis por meio do site eletrônico https://docs.google.com/spreadsheets/d/1yOWWXSE198xoll-ohgaBSU7jrGWW8bn8iQEzn_z_WVg/edit?usp=sharing.

Por fim, cumpre destacar que, tendo em vista o modelo *seriatim* dos acórdãos, foram considerados no fichamento todos os argumentos que tinham o condão de levar o leitor a mesma conclusão jurídica do dispositivo da decisão, mesmo que presentes em votos distintos.

5.3 As classificações argumentativas na empiria

Durante a coleta dos dados e análise classificatória dos argumentos apresentados nas decisões, algumas dificuldades foram enfrentadas e questões práticas precisavam ser esclarecidas quando da aplicação da teoria e da taxonomia argumentativa desenvolvida por Toledo (2022a). Apesar do esforço teórico empreendido neste trabalho - no capítulo 4, tópico 4.3 - de buscar prever as dificuldades classificatórias que poderiam ser enfrentadas, delimitando e conceituando de modo detalhado cada tipologia de argumento, principalmente os institucionais, diante da realidade, foram constatados outros desafios para a classificação. A seguir serão elencados alguns exemplos de classificações que foram feitas a partir de análise mais detalhada, demonstrando a dificuldade desse processo.

A primeira situação que precisou ser enfrentada foi a necessidade (ou não) de considerar os argumentos apresentados em sede de questões preliminares na decisão, bem como se tais argumentos poderiam integrar *ratio decidendi* ou *rationale*. As questões preliminares possuem o condão de pôr fim ao processo, impedindo o julgamento do mérito, ou até restringindo o acesso à justiça pelos indivíduos. A decisão sobre um questionamento sobre legitimidade das partes pode ser essencial para o litígio, sendo um fator relevante para a ação caso haja controvérsia. Nesse sentido, entendendo que a Corte também pode ser ativista neste momento decisório - e que isso pode ter mais relevância para o caso do que todo o mérito -, foi importante considerar os argumentos trazidos em sede preliminar. Da mesma forma, também foi razoável considerar que os argumentos essenciais para a decisão sobre fatores preliminares também integram a *ratio decidendi*, já que tal parte da decisão também integra o dispositivo do acórdão. Tal consideração se

mostra relevante ao se cogitar, por exemplo, que uma Corte Constitucional pode ser ativista ao expandir suas competências justamente na análise de questões preliminares, conforme assevera a doutrina ao discorrer sobre as diversas faces do ativismo judicial.

Um exemplo disso ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 714 (Brasil, 2021d), em que parte da decisão foi tomada ainda em sede de questões preliminares com a constatação da perda superveniente de objeto de parte do pedido com um argumento empírico referente a fatos concretos. Tal argumento, devido ao seu grau de essencialidade para a decisão, foi considerada como integrante da *ratio decidendi*:

Em 19 de agosto de 2020, as Casas do Congresso Nacional rejeitaram o Veto 25 de 2020, tendo sido promulgada a norma então vetada, a qual se encontra vigente e em plena validade, conforme informado pelo Senado Federal (eDOC 33):

“(...) Houve a rejeição dos vetos apostos ao inciso III do [...]”

Assim, constato a perda superveniente de objeto em relação ao art. 3º-A, inciso III, da Lei 13.979/2020, razão pela qual deixo de conhecer a arguição em relação a este pedido. (Brasil, 2021d, p. 11-12)

Na **Ação Cível Originária (ACO) nº 3473 MC-Ref - DF** (Brasil, 2021b), um dos argumentos levantados foi: “o recrudescimento das taxas de contaminação, internação e letalidade em decorrência da pandemia da covid-19 é incontroverso e notório (CPC/2015, art. 374, I e III)” (Brasil, 2021b, p. 8). Apesar de haver um enunciado empírico referente a fato concreto, o ponto relevante desse argumento, ainda que discreto, é o dispositivo legal citado ao final que determina que, para fatos notórios, são desnecessárias provas. O magistrado, ao referenciar a norma, deixa clara sua pretensão de aplicação dela nesse ponto. Por essa razão, o argumento foi considerado como normativo ao invés de empírico referente a fato concreto, sendo, ainda, classificado como de *obiter dicta* por se tratar de aspecto processual sem relevância ao resultado.

Por outro lado, situação inversa foi encontrada na **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6362 - DF** (Brasil, 2020d), no seguinte argumento:

O papel de coordenação, delineado no art. 16, III, a e parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde, de acordo com as informações acima transcritas, tem sido exercido pela União de maneira parcimoniosa, no que diz respeito às requisições administrativas. (Brasil, 2020d, p. 27)

Neste caso, apesar de possuir base normativa, a força de convencimento do argumento está na constatação fática de que a lei está sendo cumprida e não na sua existência, já que o alegado pela parte é que a referida norma não está sendo

cumprida. Logo, o argumento foi classificado como empírico referente a fato concreto. No mesmo acórdão, outra questão que merece um destaque diz respeito à dificuldade de compreensão sobre o elemento ao qual um argumento pertence, *in verbis*:

Por isso, entendo incabível, nesse contexto, a exigência de autorização do Ministério da Saúde no concernente às requisições administrativas decretadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios no exercício das respectivas competências constitucionais. Nesse sentido, inclusive, foi a deliberação do Plenário desta Suprema Corte, na ADI 6.343-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes.

Naquele julgamento, o Colegiado maior da Suprema Corte concedeu parcialmente a cautelar para suspender, em parte, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, da Lei 13.979/2020, a fim de excluir Estados e Municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal, e conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo. (Brasil, 2020d, p. 29)

O argumento de precedente citado foi utilizado aqui não com o condão de fundamentar diretamente a decisão, mas, sim, de reforçar a decisão tomada. Isso fica evidente na construção textual, com a apresentação do argumento não na esteira dos fundamentos anteriores à decisão, mas, sim, após a decisão, em mero esforço de ratificação decisória que já havia sido fundamentada anteriormente. Por essa razão, esse argumento foi considerado como integrante da *rationale* e não da *ratio decidendi*.

Enquanto isso, na **ADPF nº 672 MC-Ref** (Brasil, 2020e), a classificação de um argumento nos elementos da decisão foi alterada a partir da consideração da ementa do acórdão; veja-se:

A disseminação do novo coronavírus constitui ameaça séria, iminente e incontestável ao funcionamento de todas as políticas públicas que visam a proteger a vida, saúde e bem-estar da população, como todos temos lamentavelmente visto em todo o país nos últimos meses. A gravidade da emergência causada pela pandemia da COVID-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. (Brasil, 2020e, p. 12-13)

Esse argumento, a partir da leitura do inteiro teor do acórdão e do conjunto de argumentos apresentados, foi considerado como sendo integrante dos *obiter dicta*. No entanto, observou-se, posteriormente, que ele foi utilizado na ementa da decisão. Considerando que a ementa foi elaborada pela Corte e busca resumir a decisão, é

um fator importante para ser considerado na análise do pesquisador, como explicitado no início do capítulo. Logo, ponderando nesse sentido, o argumento foi entendido como pertencente a *ratio decidendi* a partir da consideração de sua relevância pelo próprio Tribunal.

Uma questão enfrentada algumas vezes foi a citação de argumentos utilizados por outros ministros da Suprema Corte ou pelo próprio ministro, em outros julgamentos.

Portanto, conforme concluiu Sua Excelência naquele julgamento, o fortalecimento da ideia de federalismo cooperativo “gera muito mais efeitos positivos do que uma tentativa de concentração de competências e de sobreposição dos métodos que se consideram mais adequados e pertinentes ao combate de uma epidemia”. (Brasil, 2020e, p. 24)

O argumento utilizado, por ter sido retirado de um voto proferido em julgamento da Corte, poderia ser entendido como um argumento de precedente. Nesse ponto, vale ressaltar que a taxonomia argumentativa de precedente se refere aos argumentos que fazem uso dos precedentes criados a partir das decisões proferidas pelo Judiciário, ou seja, são diretamente conectados com o dispositivo da decisão que se está citando. Considerando isso, o argumento supracitado parece ser, tão somente, o aproveitamento do argumento com os créditos ao autor, em deferência ao colega ministro, sendo sua classificação feita a partir do conteúdo e não da origem, logo, classificado como pragmático. O mesmo caso pode ser observado abaixo:

Como acentuado no voto do Min. GILMAR MENDES, a evidente necessidade de coordenação e padronização das medidas de enfrentamento à pandemia não permite ignorar que as dimensões continentais do Brasil, e as consequentes desigualdades locais e regionais de caráter econômico, cultural e demográfico também exigem soluções ajustadas ao contexto respectivo. (Brasil, 2020e, p. 23-24)

Esse argumento também não foi considerado como de precedente por ser mera menção ao voto em particular do ministro em outra ação. O autor do argumento buscou, aparentemente, apenas trazer a este julgamento o argumento utilizado noutro e não o precedente. Reforça essa compreensão o fato de o ministro não afirmar que o voto foi referendado pelo Tribunal, não permitindo ao leitor nem mesmo constatar que se trata de um argumento utilizado para uma decisão tomada pela Corte. O argumento citado aparenta ser, tão somente, o aproveitamento do argumento com os créditos ao autor. Logo, ele foi classificado como pragmático, sendo esta classificação a que poderia ser melhor enquadrada entre as demais, já que o argumento apresenta uma relação de causa e consequência obrigatória, que

poderia ser reescrita da seguinte forma: “como o Brasil está inserido nesse contexto de desigualdades, as soluções devem considerar esses fatores e serem ajustadas”.

Ainda na mesma ADPF, outro argumento fez menção a trecho de um voto proferido:

Conforme anotei na decisão cautelar sob referendo, bem como no recente julgamento da ADI 6343-MC-Ref., Rel. Originário Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 6/5/2020 (acórdão pendente de publicação), **em momentos de acentuada crise, o fortalecimento e ampliação da cooperação entre os três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.**

Lamentavelmente, contudo, na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade. (Brasil, 2020e, p. 11-12, grifei)

Com base na mesma justificativa apresentada anteriormente, o argumento não foi classificado como de precedente por ser mera menção ao voto do próprio ministro em outro caso. A classificação argumentativa foi feita baseada no trecho em negrito, tendo sido considerado que seu conteúdo melhor se adequaria a um argumento moral, em detrimento dos demais tipos. Há nesse argumento enunciados que poderiam ser entendidos como doutrinários por terem relação com o princípio da separação entre os poderes. Entretanto, no trecho destacado, ficam subentendidos alguns valores que devem nortear o agir público, como a cooperação, o interesse público e a harmonia. O ponto central do argumento reside na tentativa de relacionar como os valores da sociedade orientam o agir nesses momentos de crise. Restaria, portanto, as tipologias de argumento ético ou moral para a classificação. Por serem esses valores universalizáveis, já que em nenhum lugar do mundo se espera que, em crises, haja desarmonia e defesa de interesses individuais em detrimento do coletivo, o argumento foi classificado como moral.

Aqui, vale ressaltar, outrossim, a dificuldade da diferenciação entre a ética e a moral, desafio enfrentado ao longo de toda a pesquisa empírica. Por último, cumpre dizer que a última frase do trecho citado acima poderia ser desmembrada e considerada como um argumento independente empírico referente a fato concreto.

Porém, tal segregação não foi feita devido à relação de dependência direta com o argumento moral exposto antes, já que identifica o que a situação causa na sociedade, em defesa do valor moral da segurança. Portanto, o trecho foi considerado um argumento uno e fundado em base moral.

Na **ADPF nº 686 - DF** (Brasil, 2021c), algumas dificuldades sobre a tipologia argumentativa doutrinária também tiveram que ser enfrentadas, como no argumento transcrito abaixo:

A natureza jurídica dos processos de índole objetiva (como a arguição de descumprimento de preceito fundamental) não se mostra compatível com a análise aprofundada de fatos envolvendo supostas práticas ilícitas, atos de improbidade administrativa ou infrações criminais imputadas a particulares, servidores públicos ou autoridades políticas, **pois a apuração desses fatos, além de envolver ampla dilação probatória, também exige a observância dos postulados que informam o devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa.** (Brasil, 2021c, p. 11, grifei)

O argumento apresentado, apesar de estar carregado de conteúdo doutrinário, possui sua essência no pragmatismo da incompatibilidade prática entre a natureza do tipo de ação com os atos necessários para o julgamento. Cumpre ressaltar que os conteúdos doutrinários contidos nesse trecho já tinham sido objeto de argumento doutrinário próprio, deixando claro que, aqui, o magistrado pretendeu destacar a inviabilidade pragmática de utilização de um tipo de ação que não possibilita dilação probatória para o julgamento sobre matéria que necessita dela. Logo, o argumento foi classificado como pragmático. Já no argumento abaixo, a questão doutrinária surgiu de outra forma:

Como se vê, a petição inicial acha-se desprovida dos elementos mínimos necessários à veiculação de uma pretensão de natureza judicial. Não apenas os fatos apontados como justificadores da instauração deste processo de controle concentrado são mencionados de maneira vaga e imprecisa, mas o próprio pedido deduzido pelo autor é incapaz de individuar o objeto da tutela pretendida. (Brasil, 2021c, p. 9)

Esse argumento trouxe, implicitamente, enunciados doutrinários sobre os elementos mínimos de uma petição, que permitem ao magistrado proceder à conclusão pretendida, de modo que seria mera aplicação da doutrina ao caso. Poderia dizer-se que estão implícitos enunciados normativos, no entanto, como não foram mencionados dispositivos legais, entendeu-se adequada a classificação do argumento como doutrinário por maior segurança classificatória e por não prejudicar o resultado da mensuração da probabilidade de ativismo judicial sob prisma argumentativo, já que ambos os tipos são institucionais. Conforme apontado em

outros momentos neste capítulo, a presença implícita de enunciados doutrinários ou normativos na argumentação é verificada com certa frequência nos votos dos Ministros.

Já na **ADPF nº 709 MC-Ref - DF** (Brasil, 2020f), a discussão em torno da tipologia doutrinária traz novos exemplos e situações que ilustram essa dificuldade classificatória. Um dos argumentos utilizados para a decisão foi: “Reconheço, ainda, a presença de perigo na demora, dado que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de contenção do ingresso em tais terras” (Brasil, 2020f, p. 44). O conteúdo de tal argumento está embasado na mera subsunção da norma aplicável ao fato, apesar do dispositivo normativo estar oculto no texto. Devido a isso, a classificação foi feita dentro dos argumentos doutrinários, conforme explicado anteriormente acima, apesar do seu conteúdo ter maior relação com os normativos devido a subsunção. Situação semelhante ocorreu também no argumento abaixo:

Há preceitos fundamentais em jogo, estamos falando do direito à vida, do direito à saúde e do direito de as comunidades indígenas viverem de acordo com suas tradições culturais. Existem atos do poder público que, na petição inicial, foram apontados como insuficientes, alguns como inexistentes, e há preenchimento do requisito da subsidiariedade na medida em que não há outra ação direta apta a acudir os pedidos aqui formulados. (Brasil, 2020f, p. 19)

Tal argumento foi considerado como doutrinário justamente por não mencionar dispositivo normativo implícito, mas possuir conteúdo jurídico passível de discussão na doutrina. A adoção desse critério nessas situações buscou, também, mitigar o erro classificatório tendo em vista tal peculiaridade da justificação na Corte brasileira.

Em alguns casos, como os apontados aqui, os Ministros fazem uso claro de argumentos normativos, mediante cumprimento de requisitos e normativas legais e/ou constitucionais, mas sem fazer menção expressa à norma. Nesses momentos, pode-se supor que os Ministros da Suprema Corte direcionam seus votos somente para os colegas, advogados ou juristas, que já subentendem as normas que devem ser observadas e estão sendo analisadas nessas situações. Tal situação viola, em determinada medida, o dever de motivação dos Ministros ao proferir seus votos com razões claras para a sociedade. Apesar de as normas utilizadas pelo Tribunal certamente aparecerem recorrentemente nas suas apreciações, sua presença constante - ou, até mesmo, notoriedade entre a comunidade jurídica - não deve ser justificativa para omissão na justificação por serem elas parte essencial do

argumento apresentado. A mesma situação de ocultação pode ser vista com argumentos de precedentes, na qual se menciona ser um entendimento jurisprudencial da Corte sem mencionar o acórdão.

Ainda nesta ADPF, a classificação de um argumento envolvendo a análise de questão preliminar pela Corte mereceu ser destacada.

Quanto à legitimação ativa, faço uma breve referência, Presidente. Evidentemente, os partidos políticos que propõem a ação têm legitimação universal e, portanto, fora de dúvida seu direito de propositura. Merece breve destaque - embora na linha da evolução da jurisprudência do Supremo - a admissão da participação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, que representa legitimamente as comunidades indígenas e - assim entendi - beneficia-se da flexibilização de nossa jurisprudência na caracterização do que devamos entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta. Como todos sabemos, em um primeiro momento, por algum tempo se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional. Porém, nos últimos tempos, temos tido precedentes - um, meu mesmo, outro, do eminente Ministro Marco Aurélio - em que passamos a admitir também entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. [na página 36 cita os precedentes] (Brasil, 2020f, p 19-20)

Diversos argumentos foram apresentados para a decisão sobre a legitimidade de uma das partes autoras, como o citado acima. Tal discussão pode ser colocada como importante dentro do processo, sendo abordada com profundidade pela Corte. No entanto, justamente pela controvérsia de legitimidade não versar sobre todas as partes, os argumentos levantados nesse debate não possuem o condão de alterar o resultado do processo se indeferida a questão preliminar, já que a continuidade da ação seria assegurada pela permanência das demais partes autoras. Dessa forma, os argumentos ligados a essa análise foram considerados de *obiter dicta*.

Durante a análise da **ADPF nº 714** (Brasil, 2021d), foi identificada uma nova possibilidade argumentativa ligada ao Direito Internacional que também mereceu ser destacada.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na sua Resolução 1/2020 “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas” expediu diversas recomendações sobre pessoas privadas de liberdade, conclamando que os Estados Nacionais envidassem esforços para, dentre outros:

“45. Adotar medidas para enfrentar a aglomeração nas unidades de privação da liberdade, inclusive a reavaliação dos casos de prisão preventiva para identificar os que podem ser convertidos em medidas alternativas à privação da liberdade, dando prioridade às populações com maior risco de saúde frente a um eventual contágio pela COVID-19, principalmente os idosos e mulheres grávidas ou com filhos lactantes.

46. Assegurar que, nos casos de pessoas em situação de risco em contexto de pandemia, se avaliem os pedidos de benefícios carcerários e medidas alternativas à pena de prisão. No caso de pessoas condenadas por graves violações dos direitos humanos e delitos de lesa humanidade, atendendo o

bem jurídico afetado, a gravidade dos fatos e a obrigação dos Estados de punir os responsáveis por tais violações; tais avaliações requerem análises e requisitos mais exigentes, com apego ao princípio de proporcionalidade e aos padrões interamericanos aplicáveis”. (Brasil, 2021d, p. 22)

Esse argumento fez uso de resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O Estado brasileiro é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que dispõe sobre as normas de direitos humanos dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo já sido incorporado no seu ordenamento jurídico, de modo que suas normas possuem força normativa no Direito brasileiro. Nesse cenário, as resoluções da CIDH estabelecem uma interpretação das obrigações que os Estados possuem com base nesses documentos assinados para constituição do Sistema Interamericano, como o Pacto. Ou seja, tais resoluções atuam como detalhamento da compreensão da Comissão sobre o conteúdo jurídico das normas de direitos humanos. Por essa razão, ao se tratar de um argumento de interpretação de norma de direito humano com força normativa no Direito brasileiro, a razão apresentada deve ser considerada como um argumento de dispositivo normativo.

Outro ponto que mereceu destaque na análise taxonômica nessa ADPF foi a repetição de argumentos:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, orientando-se pela lógica da preclusão entre as etapas do processo legislativo, também pontificou que “O poder de veto, quando usado pelo executor, não pode ser retratado”, para negar a possibilidade, ao então Governador de Pernambuco de proceder à sanção de Projeto de Lei que, dois dias antes, fora enviado à Assembleia Legislativa com mensagem de veto. (Representação 432/PE, Rel. Ministro ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 22.1.1960). (Brasil, 2021d, p. 16)

Apesar do teor desse argumento já ter sido bem explorado outras 5 vezes em sede de doutrina - tendo sido contabilizado somente 1 vez, até então -, aqui ele foi considerado um argumento a parte por ter sido utilizado dentro de outra tipologia argumentativa. Quando o mesmo argumento é utilizado repetidas vezes - por exemplo, um argumento doutrinário que faz menção ao mesmo argumento sob a perspectiva de autores diversos, ou vários precedentes idênticos citados argumentativamente - não se tem a pretensão de que o argumento seja contabilizado várias vezes. O uso desses recursos de repetição argumentativa por meio de várias fontes pode ser melhor compreendida como uma pretensão de demonstrar o maior peso e força que tal argumento possui, em uma espécie de reforço. Por essa razão, os argumentos de teor idênticos utilizados repetidas vezes, como os exemplos citados, foram contabilizados somente 1 vez já que, nesta

pesquisa, não se pretende realizar uma análise qualitativa do discurso, em que deveria tal ênfase ser considerada na análise devido ao reforço conferido ao argumento.

No argumento de precedente supracitado, a sua taxonomia não se confunde com a dos demais argumentos doutrinários de teor idêntico. Nesse ponto, a diferenciação feita pelo magistrado ao repetir o mesmo conteúdo argumentativo em tipos distintos de argumentos demonstra uma pretensão de não só fazer uso da força institucional de ambas as tipologias para legitimar a decisão, mas, também, reforçar o peso desse argumento, tornando inevitável a sua consideração em maior grau. Ademais, a contabilização separada dos argumentos quando de taxonomias diferentes, ainda que de mesmo teor, possibilita maior representação dos tipos de argumentos utilizados na decisão para fins de mensuração do ativismo conforme a teoria argumentativa.

Em resumo, quando um mesmo argumento é utilizado repetidas vezes dentro da mesma classificação taxonômica, ele deve ser contabilizado uma única vez, mas considerado em maior grau no caso de uma análise qualitativa aprofundada. Já quando o mesmo argumento é utilizado em tipologias diferentes, ele deve ser contabilizado uma vez para cada tipo usado, por ter sido essa a opção do magistrado para solidificar sua fundamentação institucional a partir de variadas fontes. Abaixo tem-se um outro exemplo dessa situação, mas, agora, considerando que tal argumento de precedente já havia tido seu teor citado pelo magistrado quando do uso de argumentos normativos.

A esse respeito, destaca-se que, recentemente, o Plenário do STF, no julgamento do RE 706.103 (tema 595 da repercussão geral), decidiu expressamente que a aposição de veto parcial em proposta legislativa “implica o desmembramento do processo legislativo em duas fases distintas, eis que enquanto a parte não vetada do projeto de lei segue para a fase de promulgação, a parte objeto do veto retorna ao Poder Legislativo para nova apreciação, após o que será ou não promulgada, conforme o resultado da deliberação” (RE 706.103, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27.4.2020, DJe 14.5.2020). (Brasil, 2021d, p. 17)

Outro ponto que recebeu atenção e que também surgiu na argumentação do julgamento do referendo da medida cautelar desta ADPF envolve os limites da consideração de um argumento doutrinário. No acórdão supracitado, um dos argumentos levantados foi trazido por meio de citação de uma obra publicada pelo Ministro e outros autores, *in verbis*:

Em obra doutrinária coordenada por mim, pelo Prof. José Roberto Afonso e por Hadassah Laís Santana (Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil.

Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas, no prelo), tivemos a oportunidade de registrar, no capítulo introdutório, em coautoria, o seguinte:

“[...] (...) A quadra atual exige grandeza, altivez e espírito público de todos aqueles que representam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em todas as suas esferas de poder.

(...) É chegada a hora de, deixando as divergências de lado, promovermos uma verdadeira união nacional – e paritária – entre todos as unidades federativas, em torno do tema comum: o combate à pandemia, construindo-se consensos mínimos em medidas administrativas, financeiras e operacionais necessárias para fazer frente à calamidade sanitária, fiscal, orçamentária e econômica decorrente daquela. **Enfrentar a pandemia é um desafio nacional que requer, por óbvio, resposta de mesma envergadura”.** (MENDES, Gilmar Ferreira; AFONSO, José Roberto; e Santana, Hadassah Laís. Org. In: Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas. São Paulo: Almedina, 2020) (Brasil, 2021d, p. 19-20, grifei)

Apesar de ser citação de obra acadêmica publicada, o texto mencionado no voto é de autoria própria do Ministro e de conteúdo não jurídico. É imperioso ressaltar que a classificação de um argumento como doutrinário necessita que o conteúdo da argumentação se relacione com discussões passíveis de serem feitas na Ciência do Direito, não sendo a mera citação de publicação como requisito classificatório desprendido do conteúdo. Logo, o argumento acima não pôde ser enquadrado como doutrinário, correspondendo melhor à tipologia de pragmático por trazer uma ideia de única possibilidade de atuação frente ao tamanho do desafio enfrentado pelo país.

Já no julgamento da **ADPF nº 714 MC-Ref - DF** (Brasil, 2020g), tem-se um exemplo possível de classificação de argumento de dispositivo normativo que não é a mera subsunção legal, a saber:

Quando cotejados o *caput* e o inciso III, vetado, percebe-se que este não faz falta àquele. “Estabelecimentos comerciais e industriais”, bem como “templos religiosos”, são realidades claramente reconduzíveis à expressão “espaços privados acessíveis ao público” – e exatamente por estarem franqueados ao público não ativam a proteção do direito fundamental de inviolabilidade do domicílio (PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. 2ª ed. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 428). Igualmente, “estabelecimentos de ensino”, na realidade brasileira, ou são “espaços públicos” ou “espaços privados acessíveis ao público”. (Brasil, 2020g, p. 29)

Nesse caso, o argumento fez uso da interpretação do texto legal, de modo que o enquadramento como argumento normativo se mostrou o mais adequado já que deriva diretamente da busca pela aplicação da norma citada. Enquanto isso, durante a análise da **ADPF nº 742 MC - DF** (Brasil, 2021e), algumas dificuldades taxonômicas distintas foram observadas.

Ao examinar a legitimidade do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – Idecon para formalizar a ação direta de nº 5.291, de minha relatoria, assentei que tal defeito foi constatado empiricamente:

[...] Pesquisa recente, financiada pelo CNPq e coordenada por professores da Universidade de Brasília – UnB, Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, apontou traços seletivos do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo, de repercussões negativas na efetiva proteção e promoção dos direitos [...] (Brasil, 2021e, p. 23-24)

Tal trecho permitiu fazer o seguinte questionamento sobre a taxonomia empírica: existe um argumento de dado científico proveniente da ciência do Direito ou todos oriundos desta ciência seriam doutrinários? Em resposta a essa pergunta, pode-se dizer que um argumento científico jurídico que traga dados e conclusões de pesquisas empíricas poderia ser melhor classificado como um argumento de dado científico. Nessa situação, o que a pesquisa está fornecendo são informações sobre a realidade por meio da aplicação de métodos científicos, tal como a definição dessa tipologia taxonômica. Já sendo um argumento de artigo científico jurídico que aborde somente discussões teóricas, o melhor enquadramento seria como doutrinário. Os argumentos doutrinários são justamente aqueles que abordam enunciados jurídicos teóricos, como definição de conceitos jurídicos. Logo, o argumento supracitado foi considerado como empírico referente a dado científico já que faz menção expressa a realização de pesquisa empírica. Outra discussão sobre dados científicos surgiu quando da análise do trecho abaixo:

O quadro agrava-se consideradas as comunidades quilombolas. Embora os dados oficiais relacionados à pandemia não utilizem o quesito raça/cor/etnia, pesquisas revelam o estado de vulnerabilidade do grupo ante a insegurança alimentar e a precariedade sanitária e de acesso aos serviços essenciais de água, coleta de lixo e tratamento de esgoto.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística aponta 5.972 localidades quilombolas em 1.672 municípios. Mediante levantamento do Ministério do Desenvolvimento Social, constatou-se, em 2013, que 75% dessa população vive em situação de extrema pobreza. De acordo com a Pesquisa de Avaliação da Situação de Segurança Alimentar e Nutricional em Comunidades Quilombolas Tituladas, 78,3% dos domicílios são elegíveis ao Programa Bolsa Família e 31,4% à ação emergencial Cestas de Alimentos. (Brasil, 2021e, p. 33)

Um debate possível é se dados de pesquisas oficiais de governo que utilizam metodologias científicas para a realização são considerados como referentes a fatos concretos ou dados científicos. Nesse caso, o mais recomendado é se ater ao conceito de cada tipologia argumentativa. Logo, por considerarem metodologias científicas, mostrou-se mais adequado enquadrar esse argumento como referente a dados científicos. O argumento empírico referente a fato concreto se refere àquelas informações sobre a realidade que não passaram por metodologia científica,

podendo ser meros relatos, depoimentos, observações, notícias, conhecimentos gerais sobre a realidade.

Seguindo na análise desta ADPF, a ocultação de enunciados voltou a surgir em algumas situações, demandando maior apuro, como no trecho a seguir:

Na ação versando o aborto de fetos anencefálicos, da qual fui relator – Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54/DF –, percebeu-se um sintoma do problema apontado. O resultado do julgamento foi o de assegurar a gestantes o direito de interromper a gravidez de feto anencefálico, prestigiando a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a dignidade e a autodeterminação dessas mulheres. **Entretanto, a formulação do pedido não partiu de qualquer entidade que tenha por objeto a defesa de direitos fundamentais das mulheres, e sim da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. A pertinência temática veio a ser assentada, como requisito inafastável para a sequência do processo, em razão da insegurança jurídica dos associados da requerente, profissionais médicos e enfermeiros, em poderem sofrer medidas penais se atuassem em procedimentos de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico sem respaldo judicial.** Assim, a proteção dos direitos da mulher deu-se por via reflexa dos interesses dos profissionais médicos, revelando a anomalia do sistema.

[...]

Assento a legitimidade ativa da Conaq, uma vez sinalizada pertinência temática, ou seja, elo dos atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal, quanto ao enfrentamento da pandemia covid-19 nas comunidades quilombolas, com os objetivos institucionais da entidade – artigos 3º e 4º do Estatuto Social. (Brasil, 2021e, p. 25-26, grifei)

Nesse trecho, apesar de não haver menção a um precedente judicial de forma direta na parte final, o ministro Marco Aurélio citou anteriormente (na primeira parte da citação trazida) precedente da Corte nesse sentido, deixando, no trecho final, tal enunciado implícito ao invés de repeti-lo. Logo, a classificação argumentativa foi de precedentes. Outra ocultação ocorreu no argumento abaixo:

Com a superveniente publicação do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação, o Governo Federal limitou-se a incluir a população quilombola na fase prioritária, ante o estado de vulnerabilidade, sem estabelecer protocolos sanitários visando a eficácia da medida. Ausente especificação relativamente ao quantitativo, cronograma e sistemática de imunização, é pertinente o crivo do Supremo mediante controle concentrado. (Brasil, 2021e, p. 27)

Já nesse caso, apesar de haver um enunciado oculto referente a algum argumento institucional, o que é evidente para que se chegue a conclusão a partir do fato concreto apresentado, tal argumento institucional não ficou claro (nem pela obviedade jurídica, nem pela redação do voto). Portanto, devido a essa impossibilidade de identificação do enunciado normativo implícito, tal argumento foi classificado como empírico referente a fato concreto. Outra ocultação de enunciado normativo pôde ser observada em outra razão levantada, *in verbis*:

O processo está aparelhado para análise definitiva da controvérsia, presentes manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República. Levando em conta o ataque, em pedido liminar, a todo o objeto da ação, cumpre converter a medida de urgência em julgamento final. (Brasil, 2021e, p. 27)

No trecho acima, o ministro Marco Aurélio deixou oculto um enunciado jurídico que traz a regra a ser aplicada quando da conversão do julgamento da cautelar em de mérito definitivo, seja a regra posta pelo texto legal ou interpretada pela doutrina/precedente. Sem esse enunciado oculto, tal trecho não faria muito sentido, sendo informações diversas justapostas sem nexo de causalidade. O uso da língua para a comunicação é complexo e envolve essas nuances que merecem uma atenção especial na pesquisa empírica do Direito envolvendo decisões judiciais, o que pode se descortinar como uma pesquisa autônoma a ser desenvolvida, sobre o dever de motivação e o uso de enunciados ocultos. No entanto, para fins dessa pesquisa, por não ficar claro qual é esse enunciado oculto para fins de categorização, o argumento foi classificado baseado somente nos seus enunciados sobre fatos concretos, entrando no fichamento como um argumento empírico. Essa questão da ocultação voltou a surgir no voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Acrescento, tal como já destaquei na Reclamação (RCL) 45319-MC, que, na atual pandemia que vivenciamos, o contágio do coronavírus é crescente, e os serviços de saúde podem não suportar a demanda de internações de pacientes infectados, em estado grave de saúde. (Brasil, 2021e, p. 74)

Novamente, tem-se um argumento que oculta enunciados. Entretanto, aqui ficou oculta a seguinte relação: já que os serviços de saúde podem não suportar a demanda gerada pela pandemia, devem ser tomadas medidas para atenuar ao máximo a demanda. Por essa razão - mesmo com parte ocultada, mas identificável -, o argumento foi classificado, tendo sido considerado pragmático por envolver a lógica consequencialista que exige a tomada de ações para mitigar prejuízos. Ainda envolvendo o pragmatismo, um mesmo argumento pode trazer enunciados de diversas categorias, sendo preciso identificar qual é o elemento argumentativo central para sua classificação; veja-se:

A Lei n.14.021, de 7 de julho de 2020, cria Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 a “grupos em situação de extrema vulnerabilidade e, portanto, de alto risco” (art. 2º), incluindo as comunidades quilombolas (art. 1º, § 1º, V e VI).

O reconhecimento dessa condição demanda medidas proporcionais e a suspensão de processos é a técnica cautelar que, acompanhada dos demais pedidos, permite a efetivação do direito à proteção das comunidades dos quilombos (CRFB, art. 216, §5º e ADCT, art. 68) nesse especial momento de emergência sanitária. (Brasil, 2021e, p. 43-44, grifei)

Apesar de conter enunciados normativos, o cerne do argumento citado está no pragmatismo que a situação exige, explícito no trecho destacado. Diametralmente oposta é a conclusão sobre a centralidade do enunciado normativo na razão exposta abaixo:

Os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, à autodeterminação, à diversidade étnico-racial e à proteção, valorização e difusão das manifestações culturais das comunidades quilombolas, apontados como violados, revelam preceitos fundamentais.

Há relação de causa e efeito considerados atos comissivos e omissivos do Governo Federal, atacados nesta arguição, e o quadro de transgressão às garantias fundamentais dos quilombolas. A irresignação veiculada na peça primeira é específica, direcionada à atuação da União no enfrentamento da crise sanitária, ante a condição de vulnerabilidade territorial, socioeconômica e de acesso a serviços públicos dos remanescentes dos quilombos. (Brasil, 2021e, p. 26-27)

Apesar do fundamento apresentar uma relação de causa e efeito, o cerne do argumento foi a questão legal da constitucionalidade desses direitos. Nesse sentido, o argumento poderia ser reescrito da seguinte forma para tornar a classificação mais clara: 'Tais direitos são considerados preceitos fundamentais e foram violados, logo é atendido um dos requisitos para o ajuizamento de ADPF'. Portanto, a taxonomia argumentativa adequada nessa situação foi de dispositivos normativos.

A dificuldade de classificar um argumento que contém enunciados diversos também foi encontrada na **ADPF nº 754 TPI-décima sexta - Ref - DF** (Brasil, 2022b):

Tal tarefa é especialmente delicada porque os menores não têm autonomia, seja para rejeitar, seja para consentir com a vacinação. Assim, parece-me inelutável que, havendo consenso científico demonstrando que os riscos inerentes à opção de não vacinar são significativamente superiores àqueles postos pela vacinação, cumpre privilegiar a defesa da vida e da saúde dos menores, em prol não apenas desses sujeitos especialmente protegidos pela lei, mas também de toda a coletividade. (Brasil, 2022b, p. 20)

Esse argumento levantado possui, em algum grau, questões normativas ao relacionar com a tutela legal da vida e da saúde das crianças. Porém, sua centralidade está na ideia pragmática de proteção da criança por ela não ter autonomia, sendo a questão normativa um mero reforço da ideia. Isso ficou claro ao se constatar que tal argumento normativo já foi apresentado em outro momento do voto. Ou seja, buscou-se demonstrar a necessidade de proteção frente à ausência de autonomia da criança. Logo, foi classificado como argumento pragmático.

Outra situação possível é que o mesmo tema seja objeto de mais de um argumento, como ocorreu na **ADPF nº 756 TPI-décima segunda - Ref - DF** (Brasil, 2022c):

O Supremo Tribunal Federal tem, ao longo de sua história, agido em favor da plena concretização do direito à saúde e à educação, além de assegurar a autonomia universitária, não se afigurando possível transigir um milímetro sequer no tocante à defesa de tais preceitos fundamentais, sob pena de incorrer-se em inaceitável retrocesso civilizatório.

O tema da autodeterminação das universidades, consagrado no art. 207 da Constituição Federal, é especialmente caro a esta Suprema Corte. Relembro que já em 1989, na ADI 51-9/RJ, da qual foi relator o Ministro Paulo Brossard, coube ao Ministro Celso de Mello, em percutiente voto, enaltecer a relevância desse valor, o qual, antes mesmo de ser incorporado ao Texto Magno, já configurava expressiva garantia institucional das universidades brasileiras. (Brasil, 2022c, p. 9)

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Ministro Dias Toffoli (ADI 3.792/DF), bem resumiu o alcance da autonomia universitária, assentando o seguinte:

“A previsão da autonomia universitária vem consagrada no art. 207 da Carta Política. Embora não se revista de caráter de independência (RMS nº 22.047/DF-AgR, ADI nº 1.599/UF-MC), atributo dos Poderes da República, revela a impossibilidade de exercício de tutela ou indevida ingerência no âmago próprio das suas funções, assegurando à universidade a discricionariedade de dispor ou propor (legislativamente) sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas” (Brasil, 2022c, p. 12-13)

Os dois argumentos de precedentes citados versaram sobre a autonomia universitária. Entretanto, o primeiro afirmou que a autonomia já foi elevada a valor a ser protegido pela Suprema Corte, enquanto o segundo trouxe precedente sobre os limites a serem observados para essa autonomia. Por essa razão, esses argumentos foram considerados como dois distintos, ambos de precedentes.

Na **ADPF nº 828 TPI-terceira - Ref - DF** (Brasil, 2022d), a ideia de valores sociais também se mostrou presente neste fundamento:

As 142.385 famílias que estão na iminência das desocupações se encontram justamente na parcela mais pobre da população. Além disso, também é preciso levar em consideração que o perfil das ocupações mudou durante a pandemia. Com a perda da capacidade de custear moradia, tem-se notícia de famílias inteiras nessa situação, com mulheres, crianças e idosos. Os números indicam haver mais de 97.391 (noventa e sete mil, trezentas e noventa e uma) crianças e 95.113 (noventa e cinco mil, cento e treze) idosos(as) ameaçados(as) pelas desocupações neste momento [9]. (Brasil, 2022d, p. 18)

No trecho, apesar de não ser explícito, está presente um argumento valorativo de que idosos e crianças merecem maior proteção. Mesmo assim, pode-se dizer que há uma ideia pragmática incluída, já que a pandemia promoveu uma alteração da configuração das pessoas presentes nas ocupações, mas esse não é o ponto central do argumento e sim o valor moral de proteção dos indefesos. Logo, a classificação mais adequada é de argumento moral.

Enquanto isso, durante a análise do acórdão do **Mandado de Segurança (MS) 37933 MC - DF** (Brasil, 2021f), deparou-se com outras situações que são merecedoras de destaque para maior esclarecimento.

O Brasil está de luto. Passa por nós uma pandemia que, de março de 2020 aos primeiros dias de junho de 2021, sepultou mais de seis maracanãs inteiramente lotados sem deixar um vivente. O número diário de mortos vitimados pela covid19, nos últimos meses, corresponderia à queda diária de dez aviões com total de vítimas. A pandemia deixou órfãos, até aqui, milhares de pais e filhos nestas plagas. A ciência corre para criar remédios, vacinas, tratamentos. O drama de novas cepas, os desafios aterrorizantes desse vírus ainda tão desconhecido em todas as sequelas deixadas em corpos e almas assombra e desafia. (Brasil, 2021f, p. 9)

A ministra Cármen Lúcia, apesar de não utilizar esses enunciados do trecho acima como argumentos de forma clara, os colocou no texto com a função de argumentação implícita. Por exemplo, ao falar sobre a gravidade da pandemia e fazer comparativos históricos com outras epidemias, ela buscou convencer aos pares da gravidade da situação, o que ensinaria alguma atitude por parte de todos. No entanto, em seguida, ela contra-argumentou esses fatos ao posicionar a atuação judicial de modo adstrito ao Direito. Justamente por serem argumentos considerados de menor monta frente à restrição do Judiciário ao Direito, esses argumentos empíricos referentes a fatos concretos foram considerados pertencentes aos *obiter dicta*. Em outros momentos do seu voto, viram-se colocações que não acrescentam na decisão tomada, como no exemplo abaixo:

10. Por isso é importante reiterar que a negativa de seguimento deste mandado de segurança, pela carência de atendimento aos requisitos legais para o seu regular processamento neste Supremo Tribunal, incluído o da competência, não exime os agentes públicos que adotarem as decisões políticas e executórias dos respectivos atos administrativos de eventual responsabilização civil, administrativa e penal decorrente de comprovação de nexos de causalidade entre os procedimentos administrativos relativos ao torneio e o aumento da incidência do vírus em pessoas e grupos diretamente .

Políticas públicas, ainda que de fomento ou permissão de eventos privados com aglomerações públicas no período pandêmico, que ao invés de conter, propiciam aglomerações e celebrações próprias de eventos desportivos, ainda que fora dos estádios, tendem a contrariar medidas e ponderações médicas atualmente recomendadas pela Organização Mundial da Saúde e adotadas, com sensíveis resultados positivos, em grande parte de Países, em respeito às recomendações da medicina de evidência, a ser reverenciada e acatada.

A promoção de eventos que convidam ou possibilitam a aglomeração, restritos às opções políticas e à condução administrativa de competência do Poder Executivo, é ainda mais gravosa em ambiente de colapso do sistema único de saúde, castigado pela carência de recursos no atendimento hospitalar da fração de pessoas internadas ou à espera de leitos de tratamento intensivo, sem os quais a mortalidade é significativamente maior e terrivelmente sofrida.

A medicina de evidência demonstrou a necessidade de adoção de providências para distanciar, quando não isolar as pessoas, para dificultar ou impossibilitar a contaminação pela covid 19, de altíssima transmissibilidade como tem assistido e pelo que tem padecido o mundo. Essas circunstâncias objetivas do quadro pandêmico evidenciam o realce da responsabilidade dos administradores públicos, aos quais o caput do art. 196 da Constituição expressamente atribui o poder-dever de adotar e garantir medidas “que visem à redução do risco de doença”. Os elementos que instruem o processo também relevam as informações sobre os riscos de realização do evento desportivo questionado sem a adoção de medidas sanitárias complexas, rigorosas e eficazes para prevenir e diminuir o perigo objetivo de aumento dos terríveis números de infectados e mortos que a pandemia tem alcançado no País. (Brasil, 2021f, p. 23-24)

Nesse trecho, a ministra discorreu sobre o dever das autoridades de seguirem as recomendações sanitárias baseadas em evidências com vistas à proteção da saúde e sobre como a realização do evento impacta na garantia do direito à saúde. Porém, apesar de trazer alguns argumentos para tanto, tal discussão não se relaciona com o objeto da ação, não sendo, portanto, fichadas. É o caso em que a Corte discorre para além do objeto da ação de modo a esclarecer seu posicionamento frente à opinião pública, facilitando a compreensão do escopo da decisão e tornando mais aceita a decisão tomada para a população. A decisão poderia ser mal interpretada pela sociedade naquela época, frente à revolta nacional que as falas sobre a pandemia do então Presidente da República geravam.

A omissão de informação no argumento é também observada na fundamentação a seguir:

O que se dota de efetividade para a ocorrência, ou não, do torneio questionado é o comportamento administrativo e político dos Governadores, gestores dos estádios e também dos Municípios, que foram considerados competentes, por esse Supremo Tribunal Federal, nos espaços de suas respectivas competências, para atuar na definição de limites de atuação particular individual e coletiva em suas jurisdições. (Brasil, 2021f, p. 16)

Apesar de não mencionar qual caso gerou esse precedente, a magistrada mencionou que esse é o entendimento da Corte. Talvez por obviedade não se mencionou o acórdão nesse sentido. Considerando essa afirmação de ser um precedente, o único enquadramento possível foi o de argumento institucional de precedente, mesmo diante da ausência da citação da ação. Ademais, vale elucidar aqui a classificação de mais um argumento neste Mandado de Segurança, *in verbis*:

O Presidente da República poderia impedir a realização daquele ou de outro evento internacional se fixasse, por exemplo, regras ou protocolos de acesso ao espaço territorial brasileiro, o que foi feito em outros Estados nacionais em razão da pandemia. Também é atribuição daquela autoridade estabelecer regras sanitárias e protocolares que poderiam impedir o acesso a espaços públicos em desacordo com as normas fixadas nacionalmente para os fins de impedir

aglomeração ou reunião com número grande de pessoas. Entretanto, tanto não se tem no Brasil. Bem o contrário é o que se tem em termos de atuação federal. (Brasil, 2021f, p. 13-14)

Essa fundamentação foi considerada como doutrinária por envolver de maneira substancial enunciados doutrinários referentes às competências do Presidente da República. Apesar disso, houve uma ideia de consequência presente no argumento, o que poderia enquadrá-lo, em menor grau, como pragmático. Contudo, como o elemento doutrinário foi essencial para conclusão consequencialista, foi considerado melhor alocá-lo como argumento doutrinário para maior fidelidade com o uso dos elementos institucionais.

Por último, o uso de precedente na justificação da decisão na **Reclamação (Rcl) nº 47470 MC - DF** (Brasil, 2021g) foi feito de modo a afastá-lo; veja-se:

Como se vê, nas decisões apontadas como violadas, esta Corte assentou que todos os entes federados podem dispor sobre medidas de combate à pandemia da Covid-19. Em momento algum, debruçou-se sobre conflitos de atribuições entre a União, DF, Estados e Municípios. Não há, em tais paradigmas, nenhum parâmetro para a solução desse tipo de confronto. Não existe, assim, estrita aderência entre o ato reclamado e as decisões proferidas por esta Corte na ADPF 672 e na ADI 6.341. (Brasil, 2021g, p. 50)

Na fundamentação, foi utilizado um argumento de fatos concretos sobre o escopo da jurisprudência citada para afastá-la. Por não dizer respeito ao conteúdo da decisão, tal argumento não pôde ser considerado como de precedente, já que este somente se configura quando se faz uso do histórico decisional do Tribunal justificar a decisão.

5.4 Dados empíricos sobre ativismo judicial argumentativo do STF na pandemia

A partir da análise e coleta de dados dos acórdãos, obtiveram-se os seguintes dados detalhados acerca do ativismo judicial sob o espectro argumentativo, resumidos no quadro abaixo:

Quadro 5 - Dados da pesquisa empírica sobre ativismo judicial argumentativo

		DECISÕES JUDICIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANALISADAS													
		ACO 3473 MC-Ref	ADI 6362	ADPF 672 MC-Ref	ADPF 686	ADPF 709 MC-Ref	ADPF 714	ADPF 714 MC-Ref	ADPF 742 MC	ADPF 754 TPI-16 ^a - Ref	ADPF 756 TPI-12 ^a - Ref	ADPF 756 TPI-7 ^a	ADPF 828 TPI-3 ^a -R ef	MS 37.933 MC	Rcl 47470 MC
Nº total de argumentos		17	53	20	15	122	25	46	53	62	14	8	12	25	15
Argumentos institucionais	Dispositivos normativos	17,65%	32,08%	30%	26,67%	26,23%	16%	13,04%	26,42%	33,87%	42,86%	0%	0%	24%	20%
	Precedentes	23,53%	15,09%	20%	20%	5,74%	12%	8,70%	11,32%	12,90%	35,71%	0%	0%	16%	0%
	Doutrina	11,76%	35,85%	20%	33,33%	30,33%	32%	43,48%	22,64%	20,97%	14,29%	12,50%	16,67%	16%	40%
	Total institucional	52,94%	83,02%	70%	80%	62,30%	60%	65,22%	60,38%	67,74%	92,86%	12,50%	16,67%	56%	60%
Argumentos não institucionais	Pragmáticos	29,41%	13,21%	15%	13,33%	17,21%	16%	15,22%	16,98%	14,52%	7,14%	25%	16,67%	0%	20%
	Éticos	0%	0%	0%	0%	1,64%	4%	0%	1,89%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
	Morais	5,88%	0%	5%	0%	4,10%	0%	0%	5,66%	0%	0%	0%	16,67%	0%	0%
	Fatos concretos	11,76%	3,77%	5%	6,67%	12,30%	16%	17,39%	11,32%	14,52%	0%	62,50%	50%	44%	20%
	Dados científicos	0%	0%	5%	0%	2,46%	4%	2,17%	3,77%	3,23%	0%	0%	0%	0%	0%
	Total não institucionais	47,06%	16,98%	30%	20%	37,70%	40%	34,78%	39,62%	32,26%	7,14%	87,50%	83,33%	44%	40%
Ratio decidendi	Argumentos institucionais	62,50%	85,71%	85,71%	80%	52,94%	62,50%	66,67%	65%	68,18%	100%	100%	33,33%	100%	60%
	Argumentos não institucionais	37,50%	14,29%	14,29%	20%	47,06%	37,50%	33,33%	35%	31,82%	0%	0%	66,67%	0%	40%
Rationale	Argumentos institucionais	28,57%	80%	75%	87,50%	57,14%	83,33%	68,42%	64%	64,29%	80%	0%	0%	61,54%	60%
	Argumentos não institucionais	71,43%	20%	25%	12,50%	42,86%	16,67%	31,58%	36%	35,71%	20%	0%	100%	38,46%	40%
Obiter dicta	Argumentos institucionais	100%	88,89%	40%	50%	81,25%	45,45%	60%	37,50%	70%	100%	0%	0%	14,29%	60%
	Argumentos não institucionais	0%	11,11%	60%	50%	18,75%	54,55%	40%	62,50%	30%	0%	100%	0%	85,71%	40%
Percentil do $\sum$ Fls dos Argumentos Institucionais		56,31%	83,68%	80,81%	81,58%	55,93%	64,22%	66,67%	63,96%	67,20%	96,88%	58,82%	25,64%	78,13%	60%
Classificação da decisão conforme a probabilidade		Não ativismo em grau leve - médio	Não ativismo em grau severo - mínimo	Não ativismo em grau moderado - máximo	Não ativismo em grau moderado - máximo	Não ativismo em grau leve - médio	Não ativismo em grau leve - máximo	Não ativismo em grau moderado - mínimo	Não ativismo em grau leve - máximo	Não ativismo em grau moderado - mínimo	Não ativismo em grau severo - máximo	Não ativismo em grau leve - médio	Ativismo em grau moderado - médio	Não ativismo em grau moderado - máximo	Não ativismo em grau leve - médio

Fonte: elaborada pelo autor.

Como pode-se observar, ao ser aplicada a metodologia de mensuração da probabilidade de ativismo judicial argumentativo, das 14 decisões analisadas no recorte temporal feito, tem-se:

- 02 decisões provavelmente não ativistas sob o prisma argumentativo em grau severo (uma no nível máximo e outra no mínimo);
- 05 decisões provavelmente não ativistas sob a análise argumentativa em grau moderado (três no nível máximo e duas no mínimo);
- 06 decisões provavelmente não ativistas sob a ótica argumentativa em grau leve (duas no nível máximo, e quatro no médio);
- 01 decisão provavelmente ativista argumentativamente em grau moderado - médio.

Portanto, diante dos resultados da aplicação da metodologia de mensuração definida nesta pesquisa e anteriormente explicada aos dados obtidos da análise dos acórdãos selecionados e classificação dos argumentos neles identificados, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal atuou durante a pandemia no controle de atos do Poder Executivo Federal de modo provavelmente não ativista sob o aspecto da argumentação, uma vez que efetuou o uso em maior proporção de argumentos institucionais do que do não institucionais para justificar as decisões prolatadas. No entanto, é imperioso relatar que, devido à tese integrativa de Alexy (2017), pode-se dizer que a probabilidade de ativismo judicial sob o prisma argumentativo encontrada a partir dos dados quantitativos levantados representa o máximo possível que pode ser mensurada. Isso se funda, como explicado, na ideia de que os argumentos não institucionais também integram o discurso jurídico e podem, portanto, ter precedência sobre os institucionais no caso concreto sem descaracterizar o discurso como jurídico.

Nesse sentido, vale realizar uma análise mais aprofundada no acórdão da ADPF nº 828 TPI-terceira-Ref (Brasil, 2022d), o único que foi identificado como provavelmente ativista sob a análise argumentativa. A decisão trata-se de julgamento de pedido de medida cautelar incidental, no qual os requerentes postulam extensão do prazo da medida cautelar deferida anteriormente sobre a proibição de realização de desocupações, reintegrações de posse ou despejos de famílias vulneráveis durante a pandemia de covid-19³³.

³³ Tal decisão buscou preservar o direito à saúde das famílias ao não expô-las à situação de maior risco de contágio da covid-19 já que não teriam moradia e com menores condições de cumprir isolamento social. Por essa razão a decisão foi considerada dentro do escopo.

Conforme se observa no quadro 5, a maioria dos argumentos não institucionais utilizados foram empíricos referentes a fatos concretos, tendo sido utilizados somente dois argumentos institucionais na justificação do acórdão. Ao se analisar qualitativamente os argumentos não institucionais levantados, vê-se que o caso demanda uma análise fática se as condições que ensejaram o deferimento da medida cautelar permaneceram para decidir sobre sua prorrogação.

Os argumentos empíricos referentes a fatos concretos utilizados buscaram demonstrar que a realidade permaneceu a mesma desde o deferimento da medida. Nesse sentido, pode-se afirmar que o caso em tela demandou esses argumentos empíricos para que fosse proferida a decisão judicial. Tal fator, por si só, justifica a precedência de tais razões não institucionais no caso, sugerindo, até mesmo, a ausência de qualificação da decisão como ativista.

Já em relação aos argumentos práticos gerais levantados no acórdão, a maioria se relacionou com a preservação da dignidade das populações desapossadas, ou seja, relacionou-se diretamente com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Devido a proximidade com o preceito fundamental, poder-se-ia dizer que tais razões não institucionais encontram respaldo constitucional, de modo que sua influência negativa para a mensuração do ativismo judicial argumentativo poderia ser considerada em menor grau. Não se poderia falar em retirar o peso negativo dessas razões justamente por haver a possibilidade de a Corte ter feito uso dos argumentos de dispositivos normativos a partir da aplicação da norma constitucional, ainda que não de forma expressa. Porém, ao terem respaldo constitucional, sua influência negativa para mensuração do ativismo certamente deve ser, ao menos, diminuída em uma análise qualitativa.

Considerando essas ponderações realizadas, pode-se afirmar que o acórdão da ADPF nº 828 TPI-terceira-Ref (Brasil, 2022d) pode ser classificado como provavelmente não ativista após uma análise qualitativa razoável dos argumentos que fundamentam a decisão. Ademais, tal análise qualitativa da precedência dos argumentos não institucionais no caso concreto também pode ser aplicada aos demais acórdãos estudados. Isso permite aferir que o grau de não ativismo judicial argumentativo mensurado nos demais acórdãos a partir da análise quantitativa dos argumentos poderá ser elevado quando da verificação qualitativa a partir da tese integrativa, como foi realizado acima em relação à ADPF nº 828 TPI-terceira-Ref (Brasil, 2022d).

Ainda que o resultado derivado da aplicação da metodologia proposta nesta pesquisa para a identificação e eventual mensuração de ativismo judicial neste acórdão seja oposto ao que sua análise qualitativa sugira, não se considera que ele seja capaz de impingir descrédito a ela, uma vez que a adoção de critérios analíticos, como os incorporados pela metodologia em questão, não implica a possibilidade de existência de exceções. Ademais, tal metodologia serve como um parâmetro inicial de análise da probabilidade de ativismo, a partir de uma análise quantitativa do discurso que fundamenta as decisões judiciais. Somente uma análise qualitativa poderá garantir com maior grau de precisão se uma decisão é ativista ou não sob o prisma argumentativo.

Quando se foca nas decisões analisadas, os dados coletados podem ser resumidamente apresentados da seguinte forma:

Quadro 6 - Dados resumidos sobre número de decisões que fizeram uso de cada tipologia argumentativa

Total de decisões analisadas									14	
Arg. institucionais			Arg. não institucionais					Prevalência nas <i>Ratio decidendi</i>		
								Arg. institucionais	Arg. não institucionais	
Dispositivos normativos	Precedentes	Doutrina	Pragmáticos	Éticos	Morais	Fatos concretos	Dados científicos	93%	7%	
								13 acórdãos	01 acórdão	
Prevalência nas <i>Rationales</i>										
86%	79%	100%	93%	21%	36%	93%	43%	Arg. institucionais	Arg. não institucionais	
12 acórdãos	11 acórdãos	14 acórdãos	13 acórdãos	03 acórdãos	05 acórdãos	13 acórdãos	06 acórdãos	79%	14,%	
								11 acórdãos	02 acórdãos	
Presença dos arg. institucionais em			Presença dos arg. não institucionais em					Prevalência nas <i>Obiter dicta</i>		
								Arg. institucionais	Arg. não institucionais	
100% dos acórdãos			100% dos acórdãos					50%	36%	
								07 acórdãos	05 acórdãos	

Fonte: elaborada pelo autor.

Já se o enfoque dos dados é dado para o quantitativo de argumentos do total analisado, tem-se o seguinte quadro resumo:

Quadro 7 - Dados resumidos sobre número de argumentos utilizados por tipologia do total analisado

Total de argumentos classificados								487
Arg. institucionais			Arg. não institucionais					Prevalência nas <i>Ratio decidendi</i>
								Arg. institucionais Arg. não institucionais
Dispositivos normativos	Precedentes	Doutrina	Pragmáticos	Éticos	Morais	Fatos concretos	Dados científicos	22% 105 arg. 10% 50 arg.
								Prevalência nas <i>Rationales</i>
25%	11%	28%	15%	1%	2%	15%	2%	Arg. institucionais Arg. não institucionais
122 arg.	56 arg.	135 arg.	75 arg.	4 arg.	12 arg.	73 arg.	10 arg.	28% 138 arg. 16% 78 arg.
Total institucional 313 argumentos			Total não institucionais 174 argumentos					Prevalência nas <i>Obiter dicta</i>
								Arg. institucionais Arg. não institucionais
64% dos argumentos			36% dos argumentos					14% 68 arg. 9% 46 arg.

Fonte: elaborada pelo autor.

Desses dados se pôde extrair, ainda, as seguintes informações das 14 decisões analisadas:

- Os argumentos doutrinários foram os argumentos institucionais mais utilizados na maioria das decisões (8 acórdãos) e entre todos os argumentos apresentados (28%), seguido dos argumentos de dispositivos normativos, que foram maioria em 5 decisões e representaram 25% de todos os argumentos utilizados;

- Os argumentos pragmáticos foram os argumentos não institucionais mais utilizados na maioria das decisões (10 acórdãos), seguidos dos argumentos empíricos referentes a fatos concretos (7 decisões) - em 3 desses casos essas tipologias ficaram empatadas como os argumentos não institucionais mais utilizados. Quando se analisa o total de argumentos, essas duas tipologias corresponderam, cada uma, a 15%, sendo os argumentos não institucionais mais utilizados;
- Poucos acórdãos fizeram uso dos argumentos éticos, morais e referentes a dados científicos, representando, também um baixo número de argumentos do total: 1%, 2% e 2%, respectivamente;
- Somente uma decisão possui mais argumentos não institucionais do que institucionais na *ratio decidendi*, as demais 13 decisões tiveram predominância no uso de argumentos institucionais na *ratio*;
- Considerando a *rationale*, 12 decisões tiveram mais argumentos institucionais nesse elemento, sendo a maioria não institucional em somente 2 decisões;
- No tocante aos *obiter dicta*, metade das decisões fez uso principalmente de argumentos institucionais, e a outra metade fez uso dos não institucionais - em um caso teve empate.

O uso majoritário de argumentos doutrinário entre os institucionais - em detrimento dos de dispositivo normativo e de precedente - pode ser justificado pela matéria envolvida nessas ações. Nessa tipologia, a maioria dos argumentos versavam sobre normas constitucionais e sobre os remédios constitucionais para a defesa desses direitos e princípios. Logo, o uso de argumentos doutrinários, ou seja, com enunciados próprios da ciência do Direito ou de doutrinadores jurídicos, para auxiliar na interpretação constitucional de dessas normas que possuem pouco detalhamento é louvável e necessário para uma interpretação que não fuja da esfera jurídica. Ademais, o baixo uso de argumentos de precedente pode ter fundamento na situação emergencial única vivenciada pelo país e que foram plano de fundo dessas ações judiciais, a pandemia de covid-19, demandando análises específicas da Suprema Corte que não haviam sido enfrentadas anteriormente por ser a primeira pandemia com gravidade enfrentada pela humanidade depois de séculos.

Nesse contexto, em relação aos argumentos de dispositivo normativo, a segunda tipologia institucional mais usada, a maior parte adveio do texto

constitucional. Isso é justificável dado o contexto de uso de poderes emergenciais e de crise pandêmica ao qual as ações estavam envoltas, já que é a Constituição (Brasil, 1988) que prevê os direitos fundamentais à saúde e à vida e regula a atuação do Estado. Outrossim, é preciso ressaltar que a Constituição não possui o condão de exaurir a regulação, sendo necessários outros argumentos para que seja compreendido o sentido constitucional e tomada a decisão, sendo razoável tal tipologia ser somente a segunda mais utilizada.

O uso em menor quantidade de argumentos de precedentes também não causa surpresa devido ao contexto sanitário e institucional dos objetos das ações judiciais. O fato de a pandemia de covid-19 ser a crise pandêmica mais grave vivenciada pelo Brasil nas últimas décadas, demandando outorga de poderes emergenciais pouco usuais na história recente brasileira, pode justificar a ausência de muitos precedentes que possam ser aplicados. Isso fica evidente ao observar que a maioria dos precedentes utilizados nos acórdãos correspondiam à ações judiciais propostas já na crise.

Entre os argumentos não institucionais, o uso majoritário dos pragmáticos também é justificável tendo em vista o quadro pandêmico e de crise social e econômica vivenciada pelo país e que eram levantados nas ações estudadas. Da mesma forma, é plenamente plausível o uso dos argumentos empíricos referentes a fatos concretos ser a segunda tipologia não institucional mais usada nos acórdãos já que era preciso considerar e apresentar a realidade fática - dados sobre o número de infectados, recuperados e de óbitos - para que a decisão fosse tomada, não sendo demasiado rememorar a grande oscilação dessa realidade durante o período pandêmico objeto de recorte temporal para fins desta investigação.

O baixo uso de argumentos éticos e morais pode ser justificado pela desnecessidade de se fazer uso deles devido à possibilidade de uso de argumentos de outras tipologias, considerando o texto constitucional, legislações, doutrina, precedentes, o pragmatismo e a realidade concreta. No entanto, causa surpresa o baixo, ou quase inexistente, uso de argumentos empíricos referentes a dados científicos nos acórdãos de casos que envolveram a pandemia de covid-19. Devido à necessidade de o combate à pandemia ser respaldado pelos cientistas e a pouca compreensão popular sobre a doença, seria esperado que mais argumentos de dados científicos fossem utilizados com objetivo de embasar cientificamente as decisões judiciais. O recorte feito para o levantamento dos dados, que excluiu os

primeiros meses da pandemia, não poderia justificar esse baixo uso já que justamente no início da pandemia inexistiam estudos científicos sobre a doença que pudessem ser utilizados na argumentação dos ministros e ministras. Talvez, a justificativa para o baixo emprego de argumentos empíricos de natureza científica possa encontrar-se na extensa cobertura jornalística feita pela imprensa, sociedade civil organizada, e outras instituições públicas e privadas. Com a difusão ampla do conhecimento sobre a doença à população quase que imediato à disponibilização das informações científicas, esse conhecimento foi sendo incorporado pela sociedade. Assim, a Corte pode não ter considerado necessário o reforço argumentativo dessas mesmas questões, apesar de ser o esgotamento argumentativo uma das regras discursivas propostas por Alexy (2017).

5.5 Controle judicial do Supremo sobre Executivo na pandemia: ativista ou não ativista?

A análise argumentativa das decisões da Suprema Corte brasileira se mostrou extremamente difícil, tanto a separação e identificação dos argumentos em si, quanto da separação desses nos elementos da decisão. Tal fator já era alertado por Souza (2022) em seu trabalho e foi confirmado nesta pesquisa. Muitas vezes, os ministros, em seus votos, não expressam o argumento de forma completa, conclusiva e clara. Com certa frequência, os enunciados dos argumentos são omitidos, dificultando que a linha de raciocínio seja percorrida pelo leitor por completo. Ademais, muitas vezes, não são apontadas as correlações entre os argumentos de modo que se reconheça adequadamente o grau de influência de cada razão para a decisão e para o fortalecimento argumentativo de outro fundamento utilizado. Isso torna a tarefa analítica do pesquisador e, o mais importante, a tarefa do cidadão de compreensão da motivação da Corte, tanto para seu controle, quanto para sua compreensão quando do cumprimento da decisão.

Outrossim, como foi discutido na seção anterior, em alguns momentos, os ministros não explicitaram quais as fontes das informações que serviram de base para a argumentação exposta; veja-se:

Relembro que, em que pese inexistirem estudos definitivos, há evidências atuais e diversos relatos trazidos diariamente em artigos no sentido de que mesmo pessoas com o ciclo completo de vacinação têm se contaminado com o vírus. Então indago o seguinte: na medida em que mesmo uma pessoa vacinada, de posse do certificado, pode contrair – e, portanto,

transmitir – o vírus, qual será, ao longo do tempo, a real eficácia do certificado de vacinação? (Brasil, 2022c)

Como no exemplo acima, os ministros eventualmente faziam uso de argumentos científicos sem referenciar os estudos, mencionados apenas genericamente. Tal constatação é perigosa para a atividade jurisdicional por dar margem para uso de supostos argumentos científicos, que possuem maior força argumentativa e trazem maior confiabilidade para a justificação, sem que se dê espaço para a verificação da veracidade desses enunciados através da referência aos estudos que o embasaram.

Algumas vezes, essa falta de referência também foi observada no uso de argumentos de precedentes. Entretanto, neste caso, o conhecimento dos precedentes da Corte Constitucional faz parte da atividade jurídica e da própria compreensão do Direito brasileiro. Apesar de não ser essa a principal fonte jurídica no sistema do *civil law* adotado no Brasil, há um esforço judiciário nas últimas décadas de maior uniformização da atividade jurisdicional a partir do respeito aos precedentes firmados. Isso fornece certa margem para que os ministros, em casos de jurisprudência notória, não mencionem os precedentes por estarem já amplamente conhecidos pela comunidade jurídica. Porém, cumpre dizer que tal prática deve ser sempre evitada, tendo em vista que toda atividade estatal, inclusive a jurisdicional, deve ser praticada sob o prisma do dever constitucional de motivação, que permite o controle democrático do Poder Público. Logo, a motivação deve ser clara para toda a sociedade e não somente para uma comunidade, principalmente em se tratando de Corte Constitucional, que possui sua legitimação no exercício discursivo de sua atividade (Toledo, 2022a).

Ademais, é necessário ressaltar que, em respeito à essa legitimação discursiva e à própria atividade jurisdicional vinculada ao Direito, a regra J.7 da argumentação jurídica elaborada por Alexy (2017) deve ser seguida, isto é, sempre que o magistrado puder fazer referência ao ordenamento jurídico, aos precedentes ou à doutrina, ele deve fazê-la de forma expressa. Dessa forma, antes de somente aplicar uma norma sem fazer menção ao dispositivo normativo - talvez pressupondo seu conhecimento por todos -, ele deve argumentar fazendo referência expressa a qual norma que está pretendendo aplicar, ainda que seja norma corriqueira em sua atividade ou de conhecimento notório. Caso essa diretriz fosse seguida pela Corte, certamente os resultados obtidos pela pesquisa seriam mais precisos.

Ainda assim, a partir da aplicação da metodologia proposta neste trabalho para mensurar o grau de ativismo judicial argumentativo e da realização de análise qualitativa sobre os argumentos não institucionais usados, pôde-se concluir - com elevado grau de certeza - que, das 14 decisões analisadas neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal atuou dentro das suas competências, mediante análise sob o aspecto argumentativo, em todos os casos que dizem respeito ao controle de atos do Poder Executivo Federal no período de julho de 2020 a março de 2023. Entretanto, apesar de as conclusões reconhecerem amplamente o cumprimento do papel constitucional da Corte brasileira, não se deve fugir ao apontamento dos aspectos que podem ser aprimorados para a atuação jurisdicional da Suprema Corte Brasileira, conforme fora apontado.

Considerando que o contexto pandêmico em que tais decisões estavam inseridas, pode-se dizer que o controle jurisdicional previsto na Constituição (Brasil, 1988) no exercício dos poderes emergenciais foi realizado sem que tenha havido um exercício exacerbado pelo STF de sua competência de controle, do ponto de vista discursivo-argumentativo. Mesmo com a outorga de poderes emergenciais ao Executivo federal brasileiro durante a pandemia, a Suprema Corte exerceu seu papel no princípio da separação dos poderes dentro dos seus limites, mantendo íntegro o sistema de freios e contrapesos. Logo, observa-se que a opção brasileira pelo modelo misto de poderes emergenciais - constitucional e legislativo - foi uma decisão acertada, permitindo que o controle de constitucionalidade sobre as medidas restritivas de direitos outorgadas pela lei aprovada fosse mantido pelo STF, deixando a cargo do dispositivo constitucional somente a outorga dos poderes extraordinários fiscais e contratuais.

No entanto, esperava-se que fossem encontradas mais decisões judiciais no STF acerca da temática deste trabalho devido aos embates criados pelo então Presidente da República com seus posicionamentos contrários às orientações científicas de combate à pandemia, o que tenderia a promover maior taxa de litígio. Ademais, devido à manutenção constitucional do controle judicial sobre atos praticados no exercício de poderes emergenciais no Brasil, esperava-se que fosse encontrado um quantitativo superior no levantamento jurisprudencial. Porém, o número de decisões encontradas com referência aos direitos à vida e à saúde e aos atos do Poder Executivo Federal foi abaixo do esperado no início da pesquisa. Tal fator pode ser explicado pela decisão proferida pela Corte na ADPF nº 672 MC-Ref

(Brasil, 2020e), que reconheceu e assegurou o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios.

Com essa decisão e a compreensão científica de que, na pandemia, medidas locais são mais eficientes para controle do contágio, somados com a inação do governo federal³⁴, torna-se compreensível esse quadro de poucos acórdãos referentes ao ente nacional.

A hipótese que se levanta para justificar o baixo número de ações no STF de controle de atos do Executivo Federal no combate à pandemia é a de que tal acórdão e o contexto político brasileiro da época provocaram uma concentração da tomada de ações de combate à pandemia pelos Estados e Municípios. Assim, é provável que o maior número de ações judiciais de controle das medidas tomadas estejam vinculadas aos entes subnacionais e não à União, não sendo localizadas, portanto, no levantamento jurisprudencial realizado.

Por outro lado, ainda que fossem encontrados mais acórdãos na Suprema Corte sobre o tema, a gravidade dos impactos da pandemia no Brasil - com o número de óbitos diários chegando a mais de 4 mil no pior momento (Ritchie *et al*, 2020) -, somado com o péssimo desempenho do país no controle da crise sanitária, conforme apontado no tópico 2.5, justificaria uma atuação mais intensa do Judiciário brasileiro no controle das políticas implementadas. Isso é reforçado pela positivação dos direitos fundamentais à vida e à saúde no texto constitucional e demais legislações. A Constituição brasileira (Brasil, 1988) protege tão intensamente esses direitos que somente é excepcionado o direito à vida em caso de deserção, com a atribuição de pena de morte, enquanto à saúde é atribuído proteção universal, integral e gratuita, tendo sido criado o SUS, com extensa regulamentação infraconstitucional. Dessa forma, uma atuação do Executivo desarticulada, sem planejamento e sem resultados que tenha o condão de violar tão intensamente esses direitos, autoriza que o Judiciário exerça seu papel constitucional no sistema de freios e contrapesos, controlando os atos do outro poder.

Feita a análise sobre o ativismo judicial, procede-se à discussão acerca dos diálogos institucionais, que são apontados por parte da doutrina como o próximo

³⁴ Tal decisão foi constantemente utilizada pela União para justificar sua falta de ação no controle da pandemia, como se a Corte tivesse retirado a competência do ente de agir, em claro erro interpretativo da decisão proferida.

passo evolutivo do Direito Constitucional a partir de uma compreensão mais democrática da atividade interpretativa constitucional.

6 DIÁLOGO COMO LUZ NO FIM DO TÚNEL?

Como se pôde observar, o fenômeno do ativismo judicial é muito amplo, envolvendo diversas dimensões e aspectos, gerando um enorme campo de estudo. É consenso na doutrina majoritária que o ativismo é prejudicial à democracia, por permitir o exercício de um poder muito grande pelos juízes, que, por não serem eleitos, possuem um *déficit* democrático em relação aos demais poderes do Estado constituídos mediante sufrágio. No caso do Supremo Tribunal Federal, os ministros são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, podendo sofrer processo de *impeachment*. Porém, os demais poderes da república brasileira não têm a competência de anular uma decisão da Corte, que detém, historicamente e de acordo com a doutrina jurídica tradicional, a última palavra sobre os litígios, caracterizando a supremacia da Corte na interpretação constitucional. Por causa disso, o fenômeno do ativismo é entendido como perigoso pela doutrina e merecedor de combate.

Godoy (2017) afirma que a supremacia judicial e a ideia de última palavra violam o princípio democrático, por ignorarem a base da democracia, qual seja, a ideia de governo do povo, bem como o princípio republicano, já que elevam o Judiciário a uma condição de superioridade perante os demais poderes e a população. A defesa desse modelo institucional com base no princípio da separação dos poderes também não é razoável por ter este uma concepção idealizada, conforme concluem Cichelero, Ferri e Nunes (2018). Os autores destacam que, apesar da essencialidade e sua inerência ao Estado de Direito, a separação pura não é possível na prática. Rechaçando a supremacia, Oliveira e Santos (2020) alertam também para um equívoco na interpretação semântica do dispositivo constitucional que fala da competência da Suprema Corte para “guardar a Constituição” (Brasil, 1988, art. 102, *caput*), de modo que essa guarda compete “precipuamente”, isto é, principalmente à Corte, sendo, portanto, também dever dos demais poderes. De toda maneira, esse seria o único entendimento possível que se harmoniza com os princípios constitucionais democráticos e republicanos (Oliveira; Santos, 2020).

Como solução para o *déficit* democrático e superação da dificuldade contramajoritária, foram propostas, inicialmente, teorias objetivas de interpretação constitucional, limitando a discricionariedade judicial (Bateup, 2006). No entanto,

Bateup (2006) aponta que longas críticas acadêmicas mostraram ou que restrições objetivas inexistem, ou que as teorias falharam em apontar princípios legais que imponham restrições efetivas ao Judiciário.

Dado o fracasso das teorias objetivas de interpretação constitucional, a doutrina tem apontado para a adoção das chamadas Teorias dos Diálogos Institucionais ou Constitucionais para resolver os problemas levantados (Souza, 2022), focando no processo institucional e não mais no interpretativo constitucional (Araújo, 2014). Essas teorias se preocupam em normatizar e/ou descrever como é a interação entre as instituições e como seus desenhos institucionais favorecem ou dificultam essa relação (Souza, 2022). Os teóricos que defendem tais teorias compreendem que elas geram um ganho epistêmico para além do democrático, a partir da combinação das perspectivas e capacidades das diferentes instituições, construindo uma interpretação constitucional plural (Souza, 2022).

Elas partem da compreensão da Ciência Política de que a palavra final, na realidade, não é do Judiciário, tendo em vista que as decisões dependem de apoio político e obediência voluntária, raramente sendo elas a palavra final sobre questões constitucionais mais amplas. Os demais poderes acabam restringindo institucionalmente a Corte, utilizando de suas competências para desafiar, testarem ou punirem as Cortes (Bateup, 2006). Um exemplo dessa restrição se dá da promulgação de nova lei ou de alteração constitucional pelos legisladores como forma de contrariar decisão dos ministros do Tribunal Constitucional.

A lógica impositiva e de supremacia das Cortes na interpretação constitucional seria suplantada por uma relação dialógica entre os Poderes e a sociedade para se chegar ao melhor entendimento constitucional sobre a matéria, mais democrático e entendendo a importância desses atores não-judiciais na interpretação constitucional. “Sob uma abordagem dialógica, o dilema do ativismo judicial em uma democracia diminui talvez até ao ponto da evaporação”³⁵ (Roach, 2001 *apud* Bateup, 2006, p. 11, tradução livre). Nesse cenário, o exercício dialógico no controle judicial seria a solução encontrada para o problema do ativismo judicial, a partir da incorporação dos demais poderes e da sociedade na discussão sobre qual deve ser a interpretação constitucional, sendo, portanto, o diálogo também objeto desta pesquisa.

³⁵ No original: “Under a dialogic approach, the dilemma of judicial activism in a democracy diminishes perhaps to the point of evaporation.”

O controle dos poderes republicanos e a manutenção da ordem constitucional se mostram ainda mais relevantes durante crises nacionais, que necessitam da invocação de poderes emergenciais pelo Executivo para lidar com a situação atípica enfrentada pela sociedade, seja ela um desastre natural ou uma crise de segurança nacional, por exemplo. Esse cenário tende a desafiar - ou, até mesmo, eliminar - o sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito, conforme apontado no capítulo 2. Nesse cenário, a promoção de diálogos institucionais passa a ser mais recomendada para que a interpretação constitucional considere todos os aspectos dos problemas enfrentados durante a crise.

Em seu trabalho, Bateup (2006) catalogou as principais teorias dos diálogos, sendo utilizada, portanto, como a base teórica deste momento da pesquisa. Cada teoria tenta responder, à sua maneira, a pergunta de como esse diálogo institucional deve ocorrer, partindo de bases distintas. Elas são divididas em teorias descritivas (ou positivas) - que partem do contexto institucional dado para desenvolver sua normatividade, reconhecendo que os segmentos políticos e atores sociais são engajados na busca pela resposta constitucional - ou prescritivas, que focam na pretensão de criar um modelo ideal de diálogo, sem se preocuparem com a realidade.

Bateup (2006) alerta que as teorias profundamente prescritivas falham ao desconsiderar como o mundo opera, tornando seu convencimento difícil. Já aquelas mais descritivas, apesar de não terem esse problema, podem pecar por não apresentarem uma visão normativa interessante que guie a sociedade no aperfeiçoamento de suas instituições. Ademais, apesar de reconhecerem o papel dos atores sociais e políticos no processo de interpretação constitucional, as teorias positivas falham ao não justificarem satisfatoriamente o papel especial ou contribuições únicas que o Judiciário proporcionam para esse processo (Bateup, 2006). Nesse sentido, Bateup (2006) escreve que as teorias mais promissoras são as que apontam para a única função judicial de buscar melhores respostas constitucionais, mas sem privilegiar os juízes sobre os outros atores.

Do lado mais prescritivo do espectro, tem-se as teorias do método judicial: aconselhamento judicial, regras centradas no procedimento e o minimalismo judicial. Do outro lado, mais descritivo, tem-se as chamadas teorias estruturais do diálogo: de construção coordenada, do princípio judicial, do equilíbrio e da parceria.

6.1 Teorias do Método Judicial

As teorias do método judicial possuem um caráter mais prescritivo, defendendo o uso das técnicas de tomada de decisão judicial para estimular discussões amplas sobre o entendimento constitucional com os atores políticos, falhando, em grande medida, por desconsiderar em seus modelos as dinâmicas do sistema existente (Bateup, 2006).

Dentro desse leque de teorias, podem-se destacar as do **aconselhamento judicial** (*Judicial Advice-Giving*), que defendem que o Judiciário utilize de decisões proativas e técnicas interpretativas para tecer recomendações e conselhos não vinculantes para os atores políticos, de modo a evitar problemas constitucionais (Bateup, 2006). Assim, a Corte pode anular uma lei e oferecer um “roteiro” para a elaboração de um novo texto pelo parlamento, ou mesmo reconhecer a constitucionalidade, mas orientar sobre alterações necessárias para evitar problemas futuros com imprecisões, ambiguidades ou anulação futura pela via judicial (Bateup, 2006).

Apesar dos teóricos defenderem que essa postura judicial cria condições para um diálogo produtivo, ela adota a ideia de que o Judiciário tem uma capacidade especial ou são mais confiáveis para solucionar questões constitucionais, e que, inversamente, os atores políticos não são confiáveis para tal tarefa (Bateup, 2006). Isso não resolve o problema da legitimidade democrática, podendo levar, ainda, para uma gradual substituição do debate político legislativo relevante sobre o significado constitucional por decisões judiciais que irão fornecer essas diretrizes, provocando uma distorção da política e debilitação democrática³⁶ (Bateup, 2006). Dessa forma, não se tem uma relação dialógica com maior espaço para os demais atores decidirem sobre a interpretação constitucional mais adequada. Pelo contrário, essa teoria reforça a ideia de supremacia judicial, já que a Corte é responsável por determinar os limites, conforme aponta Souza (2022).

Outras teorias que podem ser destacadas nessa categoria são as **regras centradas no procedimento** (*Process-Centered Rules*), que defendem a atuação

³⁶ A distorção política (*policy distortion*) ocorre quando temos a deliberação legislativa sobre as políticas lastreada nas diretrizes fornecidas pelo Judiciário e não no debate independente dos poderes políticos. Já a debilitação democrática (*democratic debilitation*) ocorre quando temos uma abstenção legislativa do debate constitucional ao promulgar uma lei, deixando deliberadamente a cargo do Judiciário fazer essa análise sobre a legislação (Tushnet, 1995 *apud* Bateup, 2006).

judicial para verificar se os atores políticos observaram os valores constitucionais e as regras procedimentais ao deliberar sobre assuntos que afetam tais disposições, podendo invalidar as decisões e obrigar que os atores revejam-na conforme a constituição (Bateup, 2006).

Essa proposta permite que o Judiciário se afaste da deliberação referente ao conteúdo material da controvérsia, aumentando o espaço para os demais poderes decidirem democraticamente, diminuindo a preocupação com a legitimidade judicial e confiando nos atores políticos para a tomada de decisão constitucional. É o que Mendes (2013) denomina “rodadas procedimentais deliberativas”, com cada poder tomando uma decisão a partir da proferida pelo outro poder. Por isso, essas teorias são mais atraentes do que as do aconselhamento judicial (Bateup, 2006). No entanto, essa confiança dada aos atores políticos é limitada, já que pressupõe que esses mesmos atores podem não dar atenção necessária aos valores constitucionais devido sua natureza institucional e conflitos existentes no processo político.

Da mesma maneira, essa teoria não resolve a questão da legitimidade democrática, já que somente uma parte das decisões judiciais é baseada em regras procedimentais (Bateup, 2006). Quando uma decisão legislativa é derrubada pela Corte com base em regras substantivas essa dificuldade contramajoritária persiste, além de ser difícil definir quando os juízes devem decidir fundamentados em cada tipo de regra, procedimental ou material.

Não bastante, a revisão pelo outro poder da decisão anulada judicialmente por não observar as regras procedimentais pode causar prejuízos democráticos, já que a nova deliberação política vai encontrar um cenário político distinto que pode alterar substancialmente a decisão, torná-la inviável ou, até mesmo, irrelevante dentro do novo contexto (Bateup, 2006). Logo, para Bateup (2006), essas teorias podem não deixar muito espaço para a decisão dos demais poderes quanto se pretende. Souza (2022) também alerta que raramente, na interpretação constitucional, referem-se à análise de constitucionalidade realizada pela Corte com o adjetivo “provisórias”, sendo sempre compreendido que o entendimento é permanente.

De modo oposto, as teorias do **minimalismo judicial** (*Judicial Minimalism*) defendem que o Judiciário se abstenha de decidir nos casos que envolvam

desacordo sobre o sentido constitucional em questões de alto nível³⁷ para fornecer um espaço maior para os atores políticos agirem democraticamente. Seria o uso das chamadas “virtudes passivas” - técnicas judiciais de não agir - para encorajar que a sociedade e atores políticos debatam o tema enquanto a questão de princípio fica suspensa e amadurece na Corte, ocasionando uma participação passiva do Judiciário no diálogo constitucional (Bateup, 2006). Devido a esse protagonismo dado aos atores políticos para deliberar sobre o tema, o minimalismo é bem sucedido em superar a dificuldade contramajoritária e as preocupações quanto à distorção política e a debilitação democrática, conforme Bateup (2006).

Porém, os adeptos dessa teoria afirmam que, em alguns casos, será preciso ter uma atuação maximalista da Corte, por ter um papel especializado a desempenhar quando o processo político falha, de modo a garantir a observância das condições democráticas e para proteger contra defeitos no processo democrático (Bateup, 2006). Dessa forma, não fica claro, para Bateup (2006), o motivo pelo qual a atuação judicial deva ser limitada ao minimalismo nos outros casos.

Outrossim, a maioria dos teóricos do diálogo defendem esse tipo de relação entre os poderes, incluindo a participação do Judiciário, justamente por considerar que isso gerará uma melhor resposta ao debate constitucional, a partir das contribuições de todos os atores com suas perspectivas únicas (Bateup, 2006). Por essa razão, Bateup (2006) considera que o minimalismo vai longe demais ao desconsiderar as contribuições que os juízes têm a fazer nesse debate mais amplo.

Como apontado, essas teorias do método judicial não respondem bem aos problemas levantados, focando na ideia do diálogo somente a partir da ação judicial, com o adicional de não observarem suficientemente como a revisão judicial ocorre na prática e de como os atores políticos respondem a ela (Bateup, 2006).

6.2 Teorias Estruturais do Diálogo (*Structural Theories of Dialogue*)

Outro grupo de teorias de diálogos que tenta encontrar como essa relação deve ocorrer são as teorias estruturais, que vão compreender a existência de mecanismos políticos e institucionais que permitem aos atores políticos responder

³⁷ Utilizado nos demais casos, o minimalismo poderia gerar falta de previsibilidade e aumentar o custo da revisão judicial para a sociedade (Bateup, 2006).

em caso de discordância das decisões judiciais, em uma perspectiva mais descritiva do diálogo (Bateup, 2006). Nesse cenário, o diálogo ocorreria neste jogo dinâmico reativo entre os poderes, que respondem aos atos uns dos outros de modo sequenciado. Para tanto, essas teorias devem justificar, para Bateup (2006), o papel especial exercido pelo Judiciário nessa dinâmica, de forma que as mais bem sucedidas propõem um papel único aos juízes que não os privilegiam nesse processo dialógico.

Dentro desse escopo, pode-se citar as **teorias de construção coordenada** (*Coordinated Construction Theories*), que defendem que cada poder tem a responsabilidade de interpretar a constituição de forma independente por força do princípio da separação entre os poderes, que não era delimitado no texto constitucional estadunidense (Bateup, 2006). A crítica que surgiu foi de que isso seria perigoso por não ter especificado sobre o que cada poder deveria ter a interpretação final, levando a uma anarquia interpretativa e a uma contradição ao sistema de freios e contrapesos (Bateup, 2006).

Esse problema seria solucionado com a ideia defendida por outros teóricos de que essa interpretação que cabe a cada poder seria mais forte sobre suas próprias funções constitucionais e adicional no tocante a interpretação constitucional ampla, viabilizando que um poder fiscalize o outro, já que todos podem tomar decisões inconstitucionais (Bateup, 2006). O controle do Judiciário ocorreria em recusas ao cumprimento da decisão, em ameaças de ajuizamento de ações em massa, por promulgação de leis que desafiam os limites das interpretações da Corte e até mesmo por meio da propositura de novas ações buscando a revisão do posicionamento do tribunal para adotar a interpretação defendida pelos atores políticos (Bateup, 2006).

Nesse cenário, conforme aponta Bateup (2006), a Corte pode iniciar o processo dialógico com a sua decisão, que irá instigar os demais poderes a entrar no debate constitucional de qual o sentido do texto. Assim, somente haverá controle do Judiciário se o seu entendimento se afastar demasiadamente daquele firmado pelos outros atores políticos, se há um interesse de fato do Legislativo nessa questão ou se os atores políticos não querem que o Tribunal tenha controle sobre esse tema constitucional (Bateup, 2006). Logo, o diálogo estaria presente por não haver domínio de um poder sobre o outro, mas sim um processo de consenso.

Bateup (2006) assevera que a construção coordenada afasta as preocupações contramajoritárias e no tocante à legitimidade democrática ao demonstrar que o Judiciário não tem a palavra final em muitos casos. No entanto, a autora alerta que esse foco da teoria em uma visão competitiva do diálogo, em que o ator político que tiver maior força institucional sobre aquele ponto vence e tem sua interpretação sendo adotada por todos, na verdade não geraria uma decisão consensual que seria melhor e mais duradoura. Pelo contrário, seria um processo de disputa pelo seu ponto de vista que geraria uma aquiescência dos demais poderes e não de acordo, que seria mais viável em um processo de diálogo em que há não só uma discussão vigorosa, mas uma escuta ativa e aberta às compreensões dos outros poderes (Bateup, 2006). Ademais, para a autora, a teoria falha por não justificar o papel especial que a contribuição judicial tem para o diálogo. Se o Judiciário for apenas uma das vozes, não é justificável que esse diálogo seja coordenado por ele ao invés de por uma instituição não-judicial mais democrática (Bateup, 2006).

Outras teorias estruturais são as do **princípio judicial** (*Theories of Judicial Principle*), que diferentemente da anterior, defende que o Judiciário exerce um papel especial no diálogo devido a sua competência de analisar questões de princípio. Bickel (1978 *apud* Bateup, 2006), um dos primeiros a propor isso, enxergava na Corte essa capacidade de proteger e defender os princípios por seu isolamento político e condições de analisar de forma mais concreta a legislação com base em casos concretos.

Apesar de reconhecer que os atores políticos podem estar em melhor posição para determinar os valores em muitos casos pela proximidade com o clamor popular, Bickel (1978 *apud* Bateup, 2006) entende que a Corte tem uma função de gerador de opinião, afirmando quais princípios terão, previsivelmente, aceitação geral e ampla no futuro pela sociedade. Nesse cenário, o Judiciário ainda poderia ser controlado em casos de forte discordância com os atores políticos (com mecanismos como os já citados), podendo, então, adotar estratégias judiciais de “construção virtuosa” para evitar decisões sobre princípios em temas sociais conflituosos, mas levando os demais poderes a considerarem suas visões sobre os princípios (Bickel, 1978 *apud* Bateup, 2006).

Assim, os teóricos deste modelo afirmam que essas verificações combinadas resultam em decisões judiciais provisórias, dando início a um diálogo permanente

sobre o entendimento constitucional (Bateup, 2006). Ou seja, tem-se que o diálogo ocorre em todas as hipóteses, já que a escolha política analisada pelo Judiciário foi feita pelos demais poderes e estes participam mesmo quando não há contestação da decisão judicial, em uma concordância tácita com o Judiciário (Bateup, 2006).

Para Bateup (2006), essa proposta afasta as preocupações sobre legitimidade democrática por sujeitar a decisão ao controle e revisão democrática, além de representar um aprimoramento em relação às teorias de construção coordenada por apresentarem um papel especial do Judiciário no diálogo. Porém, ela possui problemas por se basear em suposições empiricamente falhas sobre as competências judiciais e legislativas e sobre a habilidade superior da Corte em analisar questões de princípio, já que o seu afastamento político não implica em melhor adequação da solução moral da proposta pelo Legislativo, além de elitizar o debate moral ao invés de deixá-lo para os representantes da população (Bateup, 2006).

Oliveira e Santos (2020) apontam ser falacioso esse argumento de Corte apolítica já que ela exerce uma função política constitucional de pacificar conflitos sociais e seus membros. Apesar de não exercerem política partidária e/ou eleitoral, podem e adotam atitudes políticas - conservadoras ou liberais, ativistas ou auto-continentes - a depender do contexto histórico e da conjuntura de poder do período (Oliveira; Santos, 2020). Nessa mesma linha, Souza (2022, p. 88) assevera que a teoria desconsidera que o Poder Judiciário também tem uma dimensão política e questiona:

Quais ferramentas as Cortes utilizam para identificar, a partir dessa suposta posição privilegiada, os valores profundos de uma dada sociedade? Há possibilidade de diferenciar “os valores fundamentais de uma sociedade” e aquilo que o tribunal chama de “valores fundamentais de uma sociedade”?

Bateup (2006) alerta, ainda, para a contradição dessa teoria. Se a Corte é a instituição com capacidade superior para analisar questões de princípio, por que se deve confiar na revisão e no controle da decisão realizado pelos atores políticos? Não bastante, se esses atores podem derrubar as decisões eivadas de erro judicial, seria necessária uma teoria de interpretação que determine objetivamente quando a Corte incorre em erro, inexistindo, porém, teoria com tal capacidade (Bateup, 2006). Ademais, reconhecendo a superioridade do Tribunal para analisar tais questões, pode-se ter a debilitação democrática com delegação informal dessas escolhas pelos legisladores aos juízes.

Algumas teorias de princípio judicial compreendem que o Legislativo não só tem o poder de controle nesse processo dialógico, mas também um papel substantivo de contribuir com o diálogo devido sua competência institucional de fazer política pública analisando comparativamente as medidas possíveis e os seus impactos nas diversas áreas (Bateup, 2006). Esse é o caminho adotado pelo texto constitucional canadense em sua seção 1, que permite a discussão aberta sobre os direitos fundamentais, de modo que o Judiciário teria o condão de iniciar o diálogo ao decidir nas questões de princípio, em que tem uma capacidade especial de atuar devido seu relativo isolamento político (Bateup, 2006). Nesse cenário, o Judiciário define os princípios constitucionais e auxilia na busca de resultados baseado neles, enquanto o Legislativo lembra à Corte os motivos da exigência de um direito em situações específicas e de por que outras alternativas políticas foram descartadas. Assim, o Parlamento pode responder alterando a legislação de modo que respeite os princípios constitucionais apontados pelo Judiciário, mas adequando a resposta também aos objetivos sociais e/ou econômicos que a decisão judicial desconsiderou (Bateup, 2006).

Bateup (2006) afirma que essa vertente teórica, apesar do seu avanço no tocante às demais teorias, não resolve os problemas já apontados de debilitação democrática sobre a designação desse papel especial ao Judiciário no tocante às questões de princípio. Embora ela se preocupe em descrever como o Legislativo atua nesse diálogo, a teoria continua centralizada no Judiciário, não se reconhecendo uma capacidade legítima dos poderes políticos como intérpretes autônomos dos direitos fundamentais, delegando ao Legislativo um papel meramente passivo ou reativo, enquanto a Corte, na prática, tem a voz primária para delimitar os direitos (Bateup, 2006). Souza (2022) destaca que a contribuição que o Parlamento teria para o diálogo devido seu conhecimento específico, que Mendes (2013) denomina ganho epistêmico das teorias dialógicas, na verdade pode ser fornecido também por outros atores não-judiciais, sendo, portanto, uma virtude do diálogo propriamente e não de um poder específico.

Outro grupo de teorias desenvolvidas dentro das chamadas estruturais são as **teorias de equilíbrio** (*Equilibrium Theories*), que defendem um papel especial alternativo ao Judiciário de promotor e facilitador da discussão constitucional na sociedade, sem privilegiá-lo nesse processo, tendo, como resultado, um equilíbrio em relação a qual é o significado constitucional (Bateup, 2006). Friedman (2003,

apud Bateup, 2006) afirma que esse papel permite separar o mandamento constitucional dos interesses políticos imediatos, gerando uma resposta estável e com amplo apoio. A teoria se baseia em estudos da Ciências Sociais sobre as interações institucionais que verificam a necessidade de a Corte não se afastar demasiadamente das considerações da população e dos poderes políticos no tocante à matéria decidida, sob pena de sofrer restrições políticas que irão forçar o Tribunal a não se desviar desse norte. Ou seja, a opinião pública tem um papel forte de controlar a Corte, de modo que suas decisões tendem a estar de acordo com ela no longo prazo (Friedman, 2003 *apud* Bateup, 2006).

Dessa forma, o diálogo se inicia com a decisão do Tribunal, sujeita ao debate público, que pode gerar desacordo relevante com o sentido constitucional dado pelo Judiciário, ocasionando a promulgação de uma nova lei pelo Legislativo, contestando essa interpretação judicial dada (efeito *backlash*³⁸). Posteriormente, a Corte pode, então, rever seu posicionamento judicial a partir da influência das visões dos atores não-judiciais. Assim, com o tempo, chega-se a um equilíbrio relativamente perene sobre o entendimento constitucional aceito pelos atores envolvidos no debate amplo (Bateup, 2006). Bateup (2006) destaca que nessas teorias de equilíbrio não se está preocupado em como os atores se envolvem na disputa pela interpretação que irá se consagrar como vencedora desse processo, nesse viés competitivo que pode ser identificado, mas sim em como esses atores irão aprender mutuamente, em um processo de troca efetiva de razões.

Por outro lado, nos casos judiciais de baixa relevância nacional, é pouco provável que tenha um envolvimento popular maior nesse processo dialógico, de modo que o Legislativo e a sociedade desenvolvam a crença, fortalecida pelo Judiciário, de que esse pronunciamento judicial é finalístico no tocante à interpretação constitucional, podendo gerar a debilitação democrática já mencionada (Bateup, 2006). Nos casos de alta relevância, esse problema já tende a não acontecer, mesmo que a Corte se considere como intérprete final, já que as influências dos demais atores não-judiciais acabam ocorrendo na prática devido ao alcance nacional do debate público gerado, controlando o Tribunal no longo prazo (Bateup, 2006).

³⁸ O efeito *backlash* é observado quando a Suprema Corte declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma e o Congresso, por não entender essa interpretação como a mais adequada, aprova, em seguida, lei ou emenda constitucional contrariando o acórdão do Tribunal e buscando restabelecer o *status quo* anterior à decisão.

Essa compreensão teórica está enraizada na ideia de que a Constituição se altera ao longo do tempo de forma a se adequar aos novos anseios populares, em um processo ativo do povo, para além de ser meramente um texto positivado sobre a organização do Estado e que crie forçadamente uma cultura de direitos humanos. É mais eficiente criar essa cultura na sociedade e dar legitimidade a esses compromissos constitucionais a partir do envolvimento popular nos diálogos constitucionais (Bateup, 2006).

Nesse sentido, deve ser questionado o nível do engajamento público dos demais países nos debates constitucionais, já que a teoria se desenvolve a partir da observação canadense. Nos EUA, mesmo sem compreender como a população - tida cada vez mais como apolítica - participa, dados empíricos têm apontado para influência popular nas decisões ao longo do anos (Bateup, 2006).

Embora apresente avanços, para Bateup (2006), essas teorias do equilíbrio não apontam, de forma completa, qual é o papel da revisão judicial no sistema constitucional democrático, já que, com o foco dialógico na sociedade, ficam subestimados os aspectos institucionais nessa forma de diálogo. Souza (2022, p 101) questiona, ainda, como seria mensurada essa opinião pública pela Suprema Corte:

Como identificar a opinião pública? Como determinar se é a decisão judicial que se adequa à opinião pública ou se é a opinião pública que se adequa à decisão judicial? Indicando uma teoria da mobilização de recursos ou uma teoria da identidade, haveria alguma modificação na capacidade de observação dos movimentos sociais e sobre como eles interferem ou são interferidos no/pelas decisões judiciais?

Nesse diapasão, a teoria não explica como o diálogo ocorre de forma institucional entre os poderes, essencialmente relevante nos casos em que há baixa participação popular devido a baixa relevância política do tema (Bateup, 2006).

Por fim, tem-se as chamadas **teorias de parceria** (*Partnership Theories*), reconhecendo que todos os atores podem contribuir, de forma diversa, a partir de suas perspectivas únicas para o diálogo e aprender com as posições uns dos outros, sem privilegiar o Judiciário (Bateup, 2006). Para essas teorias, cada Poder tem responsabilidade de realizar suas interpretações constitucionais e praticar ações baseadas nesses valores, de modo que nem todo ato legislativo estaria sujeito a contestação judicial. Cada poder possui habilidades distintas que se somam neste diálogo. O Judiciário, com seu isolamento político, teria maior liberdade para identificar violações indevidas, intencionais ou não, pelo Legislativo, além de realizar

a tarefa de interpretar e definir direitos com regularidade. Já o Legislativo consegue analisar a questão restritiva de direitos por possuir uma gama de dados e conhecimentos especializados sobre as políticas públicas, de maneira que sua visão não deve ser menosprezada (Hiebert, 2002 *apud* Bateup, 2006).

Portanto, essas teorias defendem que haja uma certa compreensão e abertura dos Poderes para ouvirem, aprenderem a partir das perspectivas únicas de cada e dialogarem efetivamente entre si, alterando suas próprias compreensões nesse processo (Hiebert, 2002 *apud* Bateup, 2006). Embora a teoria tenha ganhos por deixar espaços decisórios para os demais poderes, sem que haja privilégio do Judiciário, persiste o perigo do Legislativo se abster do seu papel nesse diálogo, postergando sua manifestação em relação ao pronunciamento da Corte. Isso pode ocorrer até mesmo devido às características do processo legislativo e prática política, como visto nas teorias das regras centradas no procedimento. Ademais, as teorias de parceria pecam por ficarem somente na interação interinstitucional, ignorando a participação popular no diálogo (Bateup, 2006).

6.3 Fusão proposta por Bateup

Após analisar todas as teorias, Bateup (2006) defende que a melhor alternativa dialógica seria a fusão das teorias de equilíbrio e de parceria, que se complementam e resolvem os problemas de legitimidade democrática do modelo de parceria e dá uma compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional.

O modelo de equilíbrio traz a ideia do Judiciário como promotor e facilitador do debate constitucional na sociedade, que passa a ter um papel ativo nesse processo dialógico. No entanto, esse modelo não resolve totalmente as preocupações contramajoritárias, já que em questões de baixa relevância política não se teria envolvimento popular relevante, nem explica as relações institucionais nesse processo. A fusão com o modelo de parceria permite explicar o papel único dos Poderes Legislativo e Judiciário nesse diálogo a partir de suas perspectivas institucionais, em igual importância de consideração dialógica. Essa troca deve partir de uma participação aberta para escutar as posições alheias e aprender com elas, modificando sua própria compreensão, de modo a gerar um resultado melhor a partir das diversas perspectivas (Bateup, 2006).

Dessa forma, segundo Bateup (2006), a revisão judicial auxilia na obtenção de resultados mais perenes e aceitos amplamente pela população nos casos em que envolvem a sociedade como um todo, bem como propicia uma melhor resposta institucional nos casos individuais através das visões institucionais únicas de cada participante do diálogo. Entretanto, Souza (2022, p. 101) critica as teorias de diálogo por considerar que, mesmo aquelas mais evoluídas defendidas Bateup (2006) não estabelecem como as Cortes irão ser influenciadas pela sociedade e pelos atores políticos no momento de decidir, desconsiderando que

- a) inicialmente existe uma limitação cognitiva que o impede de conhecer todos os argumentos que são levantados pelas instituições formais e não formais;
- b) existe uma limitação temporal para esse levantamento (tempo do processo);
- c) os Tribunais atuam estratégica e politicamente de tal maneira que irão filtrar as razões que melhor sustentam a sua perspectiva;
- d) essa é uma questão que exige dados empíricos sobre se há, de fato, levantamento de todas as razões indicadas na esfera pública sobre o tema a ser julgado; [...]

Bateup (2006) ressalta ser importante examinar como os sistemas constitucionais estão configurados de modo a permitir que as Cortes promovam essas dinâmicas dialógicas, antes de se propor alterações estruturais. Ademais, a autora destaca que o Judiciário teria a vantagem de ter tempo para se dedicar a análise em questões constitucionais, enquanto os parlamentares nem sempre possuem essa disponibilidade, seja por terem que enfrentar uma situação urgente que demande pressa na aprovação de medidas ou por dividirem seu tempo legislativo com outras tarefas como as partidárias, fiscalizatórias de governo e de contato com a população. A Corte também pode auxiliar para que seja dada atenção devida pelos legisladores aos valores constitucionais, por possuir mais tempo para análise e estarem mais distantes de pressões políticas imediatistas (Bateup, 2006).

Por outro lado, o Legislativo contribui para o debate por ter vantagens para lidar com questões que afetam várias áreas e equilibrar as vontades políticas com a proteção aos direitos, justamente por possuir capacidade maior de coletar dados e informações para decidir. Assim, o Legislativo tem vantagens ao interpretar o “quadro geral” das violações na sociedade, enquanto o Judiciário possui maior capacidade de verificar violações individualmente passadas despercebidas pelo legislador, isto é, no “quadro menor” (Bateup, 2006).

No entanto, Bateup (2006) defende que pesquisas específicas busquem identificar como devem ser os arranjos institucionais em cada país, conforme o seu sistema constitucional, de modo a possibilitar que essas contribuições dialógicas sejam possíveis, incorporando os aspectos tanto institucionais quanto sociais. Nesse sentido, cumpre analisar a aplicação dessa proposta no cenário brasileiro.

6.4 Aplicação das teorias pelo STF

Clevé e Lorenzetto (2015) alertam que é clara a diferença entre o Brasil e o Canadá no tocante à teoria dos diálogos e que há uma grande divergência dos arranjos constitucionais de cada país a depender do grau de impacto que o controle de constitucionalidade tem sobre a atividade legislativa.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem apoiado a adoção de uma postura dialógica ou preventiva, na tentativa de superar, ao menos em parte, sua jurisprudência de supremacia judicial (Clevé; Lorenzetto, 2015). Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso (2015) afirma que a Corte tem dado a última palavra quanto ao sentido constitucional mediante a interação com outros atores não-judiciais e a sociedade.

No entanto, conforme apontam Souza (2022) e Godoy (2017), empiricamente, a partir da análise de decisões paradigmáticas, a Suprema Corte brasileira tem atuado de forma a preservar o seu poder de tomar a decisão final sobre a constitucionalidade em assuntos com interpretação em disputa pelos poderes. Souza (2022, p. 115) afirma que “é relativamente fácil perceber a impossibilidade de falar-se em melhoria do debate público quando o próprio Tribunal possui debates deliberativos de baixa qualidade”.

Na relação dialógica defendida pelas teorias, Souza (2022) questiona o que seria considerado diálogo e deliberação. Para tanto, ele separa a deliberação em sentido forte e fraco. A deliberação em sentido forte se relaciona com a troca de razões entre os participantes de modo a gerar entendimento mútuo e ganho epistêmico no resultado. Ou seja, é um processo direto e contínuo entre os deliberantes. Nos diálogos institucionais, tem-se deliberações externas³⁹ em sentido fraco, nas quais não há relação direta entre os participantes (se reunindo para

³⁹ São aquelas que buscam afetar as ações de instituições externas ao grupo deliberativo, enquanto a interna já busca influenciar os demais membros da instituição que delibera (Souza, 2022).

deliberar conjuntamente), não havendo ir e vir direto de razões, apesar de ser desejado pelas teorias de diálogo a existência de rodadas procedimentais dialógicas entre as instituições (Souza, 2022).

Souza (2022, p. 116) alerta para o fato de que a Suprema Corte brasileira “não possui uma cultura deliberativa, seja por razões do modelo institucional estabelecido pelo sistema processual, seja pelo regimento interno do próprio Supremo, ou ainda, pela ausência de uma cultura deliberativa [enraizada nos seus membros]”. Nesse sentido, a ordem de votação conforme antiguidade dos ministros e o voto do relator ocasiona uma distribuição desigual da influência na decisão colegiada para o autor, prejudicando a deliberação interna. Ademais, isso fica evidente com o modelo *seriatim* de formação do acórdão no Brasil, de natureza agregativa, sem que haja uma “unidade institucional decisória” que unifique a fundamentação decisória, tornando difícil a compreensão da decisão proferida e identificação da *ratio decidendi*, *obiter dicta* e *rationale* (Souza, 2022). Isso vai contra a própria ideia de colegialidade que integra a noção de Suprema Corte.

Nesse sentido, é importante destacar o dado fornecido pelo próprio Tribunal (Brasil, 2023): das 31.751 decisões originárias proferidas pelo órgão em 2022, somente 6.339 foram colegiadas. Ou seja, somente 19,96% das decisões originárias proferidas no ano de 2022 tiveram a possibilidade de passar pelo processo deliberativo interno, demonstrando um claro desprestígio regimental dado a troca de razões entre os ministros. Um número tão alto de decisões monocráticas decorre do processo de monocratização pelo qual o órgão passou por diversos fatores ao longo dos anos, inclusive devido a alterações legislativas que aumentaram as demandas judiciais que chegam no Tribunal, como a que possibilitou o ajuizamento de reclamação constitucional contra violação de enunciado de súmulas vinculantes por parte da Administração Pública (Barreiro; Cruz, 2021).

Outro fator que prejudica essa deliberação interna é o momento de divulgação do voto do relator (regulado pelo regimento interno da Corte), já tendo ocorrido voto seguindo o relator justificando não ter tido acesso às razões do voto do relator em tempo hábil para estudar o caso e a necessidade de julgar com urgência (Souza, 2022). Ademais, o próprio fato de os ministros irem para as sessões de julgamento com seus votos redigidos já demonstra uma deficiência da deliberação interna na Corte, apesar de ser possível que os ministros manifestem, no curso da sessão, a mudança do seu voto já proferido (Souza, 2022).

A possibilidade de pedidos de vista estratégicos pelos ministros também denota a fragilidade deliberativa do Tribunal, já que os juízes usavam desse mecanismo procedimental interno estrategicamente para postergar a decisão até que se tenha condições favoráveis ao seu posicionamento no caso (Souza, 2022). Tal poder procedimental foi mitigado pela Ministra Rosa Weber no exercício da sua presidência na Corte em dezembro de 2022 com a emenda regimental nº 58, aprovada por unanimidade no plenário, que prevê a devolução obrigatória do pedido de vista após 90 dias para continuidade do julgamento (Brasil, 2022e). Somado a isso e ainda não solucionado, pode-se falar no poder de agenda e de formação de pauta do Tribunal, permitindo aos ministros influenciar no momento que o julgamento será realizado, conforme suas estratégias. Não bastando, Souza (2022) afirma que o televisionamento prejudicaria a unidade institucional de voto, já que reforça um comportamento não cooperativo e individualista dos ministros, que poderiam ficar constrangidos publicamente de alterar seus votos com frequência perante a opinião pública observadora.

Esses fatores endógenos reforçam, para Souza (2022, p. 133), a ausência de deliberação interna na Suprema Corte, de modo que “em um espaço que não há sequer deliberação interna, pouco espaço haverá para a troca de razões com as audiências externas”. Mesmo quando se está diante do chamado efeito *backlash*, com a alteração legislativa após decisão da Corte (como já ocorreu no Brasil), o autor questiona se essa seria uma forma verdadeira de diálogo, como defendem as teorias estudadas. Para Souza (2022), essa seria somente uma “relação de gritos” (Brandão, 2012) entre as instituições, na qual não há troca de razões efetivamente, mas sim uma análise interpretativa em momentos distintos sobre o mesmo objeto, uma sobreposição de monólogos.

Nesse sentido, portanto, Souza (2022) defende que somente haverá diálogos institucionais quando houver um fluxo de razões entre as instituições, em um processo de conexões argumentativas que contemple o que foi levantado pelos demais. Caso contrário, o autor afirma que toda decisão judicial referente a legislação seria considerada uma relação dialógica, já que tem início com a manifestação legislativa e sua avaliação pelo Judiciário. No cenário brasileiro, Souza

(2022, p. 148) constata que as tidas relações dialógicas representam “mais uma disputa individual sobre a autoridade de quem deve decidir”.

Godoy (2017, p. 187) conclui, em seu estudo, “que as audiências públicas e os *amici curiae* (quando também aceitos juntamente com as audiências públicas) influenciam, sim, as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”. Entretanto, ao pesquisar empiricamente a relação dialógica da Suprema Corte com a sociedade, por meio do instituto de *amicus curiae*⁴⁰, Souza (2022) identifica que os ministros fazem uso dos argumentos apresentados pelas instituições não-judiciais somente com viés de confirmação, coletando dados que corroborem seu posicionamento no colegiado, sem contra-arrazoar aqueles que vão de encontro com o seu entendimento. Não obstante, quando da análise de casos em que houve efeito *backlash* com promulgação de emenda constitucional superadoras de jurisprudências pelo Legislativo, a Corte e o Parlamento somente sobrepuaram suas decisões, sem haver um fluxo de razões entre eles para firmar o entendimento constitucional adequado (Souza, 2022).

Castro *et al* (2023) encontra um resultado empírico semelhante em sua pesquisa, referente àqueles levantados em audiências públicas no STF, concluindo que a Suprema Corte não utiliza as razões contraditórias trazidas pela sociedade nos instrumentos processuais próprios do sistema judicial constitucional brasileiro. Essa constatação empírica enfraquece a aplicação das teorias de diálogo apresentadas no Brasil, justamente por não conseguirem descrever fidedignamente como a participação popular é operada na prática pelo Judiciário brasileiro. Ademais, Souza (2022) alerta para uma contradição nas teorias: se o Tribunal está isolado politicamente, como ele poderia ser imune às opiniões populares, que também representam pressões políticas, e ainda decidir ouvindo a sociedade?

Baseado no contexto deliberativo interno e do uso argumentativo enviesado das razões externas, o autor conclui que o Supremo Tribunal Federal faz uso das teorias de diálogos institucionais de modo a reforçar sua supremacia judicial. Nesse cenário, a Corte se coloca como “catalisador deliberativo” desse processo dito dialógico, assegurando o diálogo institucional e maximizando o caráter democrático

⁴⁰ Souza (2022) afirma que o Tribunal muitas vezes confunde o instituto de *amicus curiae* com o de audiências públicas, de forma até mesmo estratégica com vistas a transparecer maior legitimidade democrática, enquanto tais institutos buscam diminuir a deficiência informacional da Corte em temas alheios ao Direito.

na obtenção da melhor resposta (Mendes, 2011 *apud* Brasil, 2016, p. 30). Souza (2022, p. 217-218) destaca que, diferentemente do contexto canadense - onde as teorias dialógicas surgiram (Clevé; Lorenzetto, 2015) -, na América Latina, o ambiente político-institucional possui um caráter mais adversarial, de conflito por quem detém a palavra final, de modo que “uma aposta pura na Teoria dos Diálogos Institucionais, em um contexto cultural não deliberativo e cooperativo, permite forjar uma aplicação teórica que fortalece e não afasta a dinâmica não deliberativa”. Godoy e Machado Filho (2022) assinalam que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de 3 participações nas ações de controle concentrado e abstrato: os intervenientes obrigatórios, quais sejam o órgão ou autoridade que emanou a norma questionada, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União; os terceiros requerentes, denominados *amicus curiae*; e os informantes convocados pelo relator. No entanto, essas últimas participações são de discricionariedade do ministro relator da ação (Godoy, 2015).

Nesse diapasão, o papel dado ao STF de catalisador dessas deliberações dialógicas, determinando quais atores serão ouvidos, quais razões serão ponderadas no processo decisório cria uma desigualdade entre os participantes. Isso permite à Corte instrumentalizar as teorias dialógicas para aplicar um processo aparentemente dialógico que, em verdade, tem o condão de preservar sua supremacia judicial (Souza, 2022). Para o autor,

reconhecer as contribuições das Teorias dos Diálogos Constitucionais para a prática adjudicativa, implica em reconhecer que os atores que participarão do processo deliberativo assumirão compromissos éticos, guiarão seus comportamentos deliberativos por razões públicas, irão considerar que suas decisões possuem tão somente um status temporário e datado, que poderão ser superadas por novas e melhores razões futuras e por outros atores. (Souza, 2022, p. 221)

Ao analisar acórdãos da Suprema Corte brasileira que mencionam as teorias do diálogo institucional, Souza (2022) verifica que o Tribunal⁴¹ defende que haja uma supremacia judicial em sentido fraco, no sentido de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a proteção dos limites constitucionais. No entanto, ele conclui que isso transveste uma defesa da supremacia em sentido forte, já que quem irá delimitar qual é o conteúdo desse núcleo essencial ou limite constitucional é a própria Corte, isto é, ela que definirá até onde os demais poderes podem deliberar sobre os assuntos constitucionais. Não bastante, o autor identificou que o

⁴¹ Conforme análise do acórdão da ADI 5.105/DF efetuada pelo autor.

Tribunal se colocou em uma posição de identificar quais argumentos utilizados pelo Legislativo, quando da ocorrência do efeito *backlash*⁴², foram dialógicos e quais não foram. Logo, a própria existência de diálogo por meio de rodadas dialógicas, como proposto pelas teorias, deveria ser validada pelo Tribunal, o que corrobora a ideia de utilização das teorias dialógicas pelo órgão com objetivo de reforçar a supremacia judicial em sentido forte (Souza, 2022).

Entretanto, Souza (2022) aponta que seria um exemplo de postura anti-dialógica o argumento utilizado pelo ministro Luiz Fux de que uma lei ordinária superadora e que colide diretamente com entendimento jurisprudencial da Corte possui presunção de inconstitucionalidade. Nesse ponto, a crítica do autor não prospera frente às teorias, já que, se uma decisão legislativa buscou superar entendimento do Tribunal Constitucional, deve o processo legislativo considerar as razões expostas pelo Judiciário quando da análise do tema para que a relação seja dialógica e não de gritos ou monólogos institucionais. Assim, é de se considerar que o efeito *backlash* que não faz uso do fluxo de razões institucionais seria somente disputa de supremacia institucional do congresso sem ser, de fato, um resultado dialógico que demande reconhecimento do Judiciário como válido. O problema, aqui, reside na falta de cultura política-institucional dialógica e de cooperação, pois, nesses casos, cabe ao STF, como promotor do debate dialógico, fiscalizar se ele está sendo seguido conforme as regras que ele mesmo estabelece e impõe.

Souza (2022, p. 233, grifos do autor) identifica que os ministros Fux e Barroso, seguidos pela maioria dos colegas a partir da análise discursiva efetuada, colocam os seguintes requisitos de validade para o diálogo entre Legislativo e Judiciário quando da análise da ADI nº 5.105/DF:

- (I) *Reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a sua invalidação pelo Supremo somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, (FUX)
- (II) O projeto de lei venha acompanhado de novas razões que sejam suficientes para superar o entendimento firmado pelo Supremo, na jurisprudência superada; (FUX e BARROSO)
- (III) Haja possibilidade de mais de uma interpretação possível e constitucionalmente adequada da matéria novamente legislada (BARROSO).

De forma geral, esse entendimento do processo dialógico entre o Legislativo e Judiciário também é apresentado por Barbosa e Lima (2018) no campo doutrinário.

⁴² O caso se referia a alteração legislativa promovida de modo a restabelecer “foro por prerrogativa de função a quem não mais possuía o cargo ou mandato eletivo, portanto, estabelecia resultado diametralmente oposto ao estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal.” (Souza, 2022, p. 225)

Em uma pesquisa empírica mais robusta, na qual foram analisadas 140 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) dirigidas contra leis federais e emendas à Constituição desde a promulgação do texto constitucional de 1988, Silveira (2016) consegue extrair dados que enriquecem a análise. O autor verifica que, em 83,57% das decisões definitivas, não foram considerados pela Suprema Corte os argumentos do Congresso Nacional para a constitucionalidade da norma analisada (Silveira, 2016). Somente em 16,43% dos casos pelo menos um ministro fez menção a razões apresentadas pelos parlamentares (nos pareceres das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJCs), durante a tramitação legislativa ou nos ofícios de informação enviados por eles no curso da ação judicial) (Silveira, 2016). Em 70,71% das ADIns, o Congresso enviou ofícios de informação à Corte, buscando defender seu posicionamento constitucional sobre a matéria analisada (Silveira, 2016). Dos 23 casos em que o Tribunal, ao menos em parte, considerou as razões do Parlamento, as taxas de improcedência, procedência total e parcial se mantiveram em níveis muito semelhantes àsquelas ações em que a Corte ignorou os argumentos legislativos, o que, para Silveira (2016), permite inferir que a consideração dos argumentos de constitucionalidade levantados pelo Congresso não tem relevância para a definição do julgamento do Tribunal.

Não bastante, Silveira (2016) analisou os 44 casos, desde a promulgação da Constituição vigente, em que o STF enviou ofício informando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de leis federais ou emendas constitucionais para que o Senado Federal suspenda, ou não, a execução da norma, conforme o art. 52, inc. X da Constituição (Brasil, 1988). Desses, 27 foram apreciados pela CCJC do Senado, de modo que em 92,59% deles, “houve postura dialógica dos senadores para com as razões dos ministros do STF lançadas em seus acórdãos” (SILVEIRA, 2016). Do total de pareceres apreciados pela comissão, em 59,25% a deliberação foi no sentido de aprovar a resolução de suspensão das normas declaradas inconstitucionais pela Corte. Nos demais casos, o parecer apontava para o prejuízo e pelo arquivamento, tendo em vista que, ou parecer sobre o mesmo conteúdo já fora votado, ou o dispositivo debatido já não integrava o ordenamento mais no momento da sessão (Silveira, 2016). Ou seja, sempre prevaleceu a tese jurídica defendida pelo STF.

Silveira (2016) aponta, ainda, que a estrutura regimental do Senado Federal, que obriga serem trazidos ao autos do processo deliberativo diversas peças

informativas do mérito da decisão prolatada pelo STF no controle concreto de constitucionalidade, tendo até casos de negativa de deliberação por ausência dessas peças. Isso aponta para uma preocupação estrutural da casa legislativa para com o diálogo institucional e um processo deliberativo que some às capacidades de cada poder republicano. Por outro lado, Silveira (2016) alerta que inexistente disposição legal ou regimental similar no âmbito da Suprema Corte, tornando obrigatória a presença de cópias dos pareceres e atas das CCJCs, somente é exigido a prestação de informações pelos órgãos que aprovaram as normas discutidas, sem detalhar o conteúdo desse ofício.

Isso denota, conforme conclui Silveira (2016), que existe diálogo somente por uma via na relação institucional Congresso Nacional e Suprema Corte, com uma troca efetiva de razões por parte do Legislativo, consolidado até em suas normativas internas. O mesmo não pode ser dito sobre o Judiciário.

Já no tocante à posição da Suprema Corte na relação dialógica entre o Executivo e o Judiciário, Souza (2022) analisou o acórdão da ADPF nº 709 (Brasil, 2020f), referente à implementação de políticas públicas de saúde de proteção dos povos indígenas frente à pandemia de covid-19. O autor concluiu que essa relação deveria se dar nos termos de cumprimento da ordem judicial emanada do Tribunal, com o diálogo se estabelecendo por meio da concessão de prazos pelo ente jurisdicional para que o governo adote medidas e elabore planos de ação, que deveriam ser convalidados pelo órgão. Dessa forma, para o autor, não é frutífero considerar que o cumprimento judicial, diante de omissão injustificável do Executivo, seria a realização de diálogos institucionais conforme o que as teorias e suas considerações.

Souza (2022) assevera que a contribuição dialógica, nesse caso, está ligada com a atuação minimalista e de autocontenção do Judiciário, dando espaço para que o Executivo decida sobre as políticas públicas e com a participação das populações afetadas, a partir das orientações da Corte sobre os valores a serem observados nesse processo. Entretanto, o autor alerta que

[...] em caso de omissão reiterada pelo Executivo no descumprimento da ordem judicial para a criação e efetivação do plano de desintrusão, eventual decisão judicial e cumprimento que a determine pelo Executivo não representará relação dialógica, pois a relação não será estabelecida entre iguais, já que se observará tão somente o cumprimento de comando judicial. (Souza, 2022, p. 250)

Portanto, as observações do autor permitem-lhe concluir que o Tribunal Constitucional brasileiro se utiliza das teorias de diálogo institucional, ao menos nos casos analisados, de maneira subvertida, fortalecendo a supremacia judicial ao invés de superá-la. Porém, quando se analisa a aplicação da proposta dialógica de Bateup (2006) com as de Souza (2022) e Silveira (2016), essa suposta oposição entre a ideia de quem tem a última palavra e a relação dialógica não se sustenta.

Um diálogo institucional é posto pelos autores como sendo a incorporação de outros atores no processo de interpretação constitucional, de modo que a possibilidade de ativismo judicial não faça nem sentido, por ser uma deliberação que teve participação de todos os poderes. A noção de supremacia judicial poderia ser resumida como o reforço da lógica de que é o Judiciário quem detém a última palavra no tocante à interpretação constitucional. O foco da crítica que Souza (2022) é no tocante à possibilidade de a Suprema Corte utilizar de uma suposta relação dialógica para, na verdade, manter o controle sobre todo o processo deliberativo, decidindo o que ele considera dialógico ou não, podendo subverter a própria noção de diálogo para mascarar o ativismo judicial. Nesse sentido, portanto, deve-se entender que mesmo com a ocorrência de diálogos institucionais conforme as propostas de Bateup (2006), Souza (2022) e Silveira (2016), o Poder Judiciário continuará tendo a última palavra no tocante à interpretação no contexto constitucional brasileiro, por ter sido esta a escolha do constituinte originário. O que o diálogo deve proporcionar não é uma deliberação conjunta, como se existisse um órgão colegiado envolvendo todos os poderes e a sociedade, mas sim que cada deliberação constitucional, seja pelo Judiciário, Legislativo ou Executivo, leve em consideração - de forma expressa - as razões expostas pelos demais poderes e pela sociedade, em um denominado fluxo efetivo de razões.

Gargarella e Roa (2020) afirmam que a separação entre os poderes na América Latina é vista como rígida, de modo que qualquer interferência é considerada invasão de competência, o que prejudica a adoção de respostas institucionais mais eficazes nesses momentos de crise por meio de processos de diálogo interinstitucional. Entretanto, durante a pandemia - enquanto uma crise sanitária emergencial com características únicas, que exigem respostas rápidas, sem muitas informações e com dados dispersos na sociedade, conforme apontado no capítulo 2 - o controle de políticas públicas deve ser realizado essencialmente de maneira dialógica.

Na crise pandêmica, o exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte no controle dos atos do Poder Executivo apresentará limitações de capacidade institucional, como, por exemplo, a ausência de informações atualizadas e visão global sobre os impactos das medidas pleiteadas judicialmente. Por essa razão, defende-se que o diálogo institucional é a melhor saída para que os litígios em torno da interpretação constitucional sejam solucionados, essencialmente durante as crises, quando essas informações são escassas e a pressão popular por medidas de mitigação é exacerbada, o que pode provocar adoção de medidas desconformes aos ditames constitucionais.

De modo a compreender melhor como ocorreu a atuação judicial da Suprema Corte brasileira na pandemia de covid-19, especificamente na sua relação com Executivo federal, e dando continuidade à pesquisa referencial de Ginsburg e Versteeg (2020), faz-se necessário analisar a presença do diálogo nas ações estudadas neste trabalho.

6.5 Dados empíricos sobre a atuação dialógica do STF na pandemia

Considerando o contexto teórico apresentado, a pesquisa empírica realizada, descrita no capítulo anterior, contou, também, com a coleta de dados sobre a presença de formas dialógicas, conforme defendido pela doutrina. Como parâmetros para essa análise, foram consideradas as formas de atuação do Poder Judiciário consideradas na pesquisa referencial de Ginsburg e Versteeg (2020) até junho de 2020, dando continuidade à pesquisa realizada. Ademais, foram somados a esses parâmetros as formas de integração dialógica entre os Poderes defendida por Bateup (2006), bem como aquele defendido inicialmente por Bateup (2006) e reforçado por Souza (2022) e Silveira (2016).

Dessa forma, no tocante à pesquisa de diálogo, os dados foram separados conforme os seguintes parâmetros no quadro de fichamento:

- a) Formas de atuação do Poder Judiciário (Ginsburg; Versteeg 2020) identificadas:
 - i) Controle do cumprimento exigências procedimentais devidas para elaboração do ato administrativo normativo – Controle formal;
 - ii) Controle das restrições a direitos geradas pelo ato administrativo normativo – Controle material;

- iii) Ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de medidas em combate à pandemia – Controle material.
- b) Formas de integração dialógica entre os Poderes (Bateup, 2006) identificadas:
 - i) Indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo em caso de declaração de sua inconstitucionalidade;
 - ii) Fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo.
- c) Troca de razões efetiva entre a Corte e demais atores (Bateup, 2006; Souza, 2022; Silveira, 2016):
 - i) Consideração pelo STF, de forma expressa, no julgamento, das razões expostas pelo Executivo.

O recorte desta pesquisa empírica seguiu os mesmos já apresentados no capítulo anterior. Foi utilizada fonte documental como fonte primária dos dados, a partir do acesso ao inteiro teor dos acórdãos da Suprema Corte brasileira. Como recorte temporal, foram buscadas as decisões no período de 01/07/2020 até 31/03/2023, totalizando 2 anos e 9 meses. A pesquisa ocorreu no site eletrônico oficial do STF, com a busca pelas mesmas palavras-chave combinadas descritas no capítulo anterior para o ativismo.

Os dados coletados podem ser condensados e resumidos no quadro abaixo:

Quadro 8 - Dados da pesquisa empírica sobre diálogos institucionais

		DECISÕES JUDICIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANALISADAS														Percentil do total de decisões
		ACO 3473 MC-Ref	ADI 6362	ADPF 672 MC Ref	ADPF 686	ADPF 709 MC-Ref	ADPF 714	ADPF 714 MC-Ref	ADPF 742 MC	ADPF 754 TPI 16ª Ref	ADPF 756 TPI 12ª Ref	ADPF 756 TPI 7ª	ADPF 828 TPI 3ª Ref	MS 37.933 MC	Rcl 47470 MC	
Formas de atuação do Poder Judiciário identificadas	Controle do cumprimento exigências procedimentais devidas para elaboração do ato administrativo normativo – Controle formal	-	-	1	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	21,43%
	Controle das restrições a direitos geradas pelo ato administrativo normativo – Controle material	-	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	14,29%
	Ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de medidas em combate à pandemia – Controle material	1	-	-	-	1	-	-	1	1	-	-	-	1	-	35,71%
Formas de integração dialógica entre os Poderes identificadas	Indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo em caso de declaração de sua inconstitucionalidade	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7,14%
	Fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7,14%
Troca de razões efetiva entre a Corte e demais atores	Consideração pelo STF de forma expressa no julgamento das razões expostas pelo Executivo	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	0%

Fonte: elaborada pelo autor.

Entretanto, devido à pouca quantidade de informações quantitativas, é preciso esmiuçar mais os dados referentes ao diálogo em cada uma das decisões analisadas antes de se formularem conclusões.

Na **ACO nº 3473 MC-Ref - DF** (Brasil, 2021b), somente foi identificada a realização de controle material por parte do Judiciário, com ordem judicial para que o Executivo tomasse medidas de combate à pandemia no tocante ao restabelecimento

dos leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), mantidos nos Estados a partir do financiamento da União.

Já na **ADI nº 6362 - DF** (Brasil, 2020d), houve um controle material por parte do Judiciário das restrições a direitos geradas por ato de requisição administrativa dos entes federativos estaduais, na qual se pleiteava a atuação da União como coordenador dessas requisições a nível nacional. Apesar de não ser uma restrição de direito provocada por ato administrativo normativo, foi considerado como controle material de restrição de direitos por ser a requisição um ato administrativo do Poder Executivo que restringe o direito de propriedade e de livre comércio das pessoas físicas e jurídicas. Ademais, cumpre ressaltar que, apesar de ter havido menção a informações prestadas pelo Ministério da Saúde para a fundamentação da decisão, não foram apresentadas, pelos Ministros, as razões do Executivo de forma exaustiva, sendo mencionado somente 1 argumento levantado pelo órgão federal para corroborar a análise de 2 Ministros da Corte. Logo, não se pode considerar que houve uma troca efetiva de razões entre a Corte e o Poder Executivo Federal.

Tanto na **ADPF nº 672 MC-Ref** (Brasil, 2020e) quanto na **ADPF 714 MC-Ref - DF** (Brasil, 2020g), considerou-se que houve controle formal de cumprimento de exigências procedimentais para elaboração de ato administrativo normativo. A primeira ADPF diz respeito a competência da União, mais especificamente o Poder Executivo Federal, para editar normas e atos que contrariem atos editados por entes subnacionais no controle da pandemia. Enquanto isso, a segunda ADPF não se refere a ato administrativo normativo, mas sim à ato legislativo com participação do Presidente da República, qual seja, a constitucionalidade do exercício do veto presidencial, mesmo após já publicada a lei que previa adoção de máscaras para algumas atividades e localidades.

Ademais, também foi identificado controle material pela Judiciário com ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de ações de controle da pandemia na **ADPF nº 742 MC - DF** (Brasil, 2021e) e na **ADPF nº 754 TPI-décima sexta - Ref - DF** (Brasil, 2022b). O Supremo Tribunal Federal ordenou que o Executivo formulasse um plano de enfrentamento da pandemia de covid-19 na população quilombola no julgamento da ADPF nº 742 MC - DF. Na outra ação judicial, tal controle material foi considerado por ter sido ordenado pela Corte que o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos retificasse nota técnica publicada com informações distorcidas e falsas que se opõe ao passaporte vacinal e à

obrigatoriedade de vacinação de crianças contra a covid-19. Apesar de não envolver a tomada de medidas direta de combate, a retificação da nota técnica tem impacto positivo no combate à pandemia ao não diminuir a taxa de adesão da população à campanha de vacinação contra a doença. Essa flexibilidade na classificação é necessária, no Brasil, devido a peculiaridade da situação brasileira na pandemia, com o Executivo federal atuando de forma contrária às medidas de combate recomendadas pelas autoridades sanitárias mundiais e cientistas.

Também no **MS nº 37933 MC - DF** (Brasil, 2021f) foi identificado exercício de controle material pelo STF com ordem para tomada de medidas em combate à pandemia. Nesse caso, a identificação se deu na orientação judicial dada pela Corte de forma incidental aos governos estaduais e municipais, já que não figuraram entre as partes da ação, para que tomassem as medidas devidas para que a realização da Copa América não fosse um vetor de propagação do vírus nas localidades. Já na **ADPF nº 756 TPI-sétima - DF (Brasil, 2021h)**, que também teve como objeto a alegada adoção de medidas pelo governo federal para a realização da Copa América no país, poderia ter havido um controle material nos moldes acima. No entanto, o pedido incidental de tutela provisória de urgência não foi conhecido, não sendo possível dizer que houve controle material pelo Judiciário.

Enquanto isso, no acórdão da **ADPF nº 756 TPI-décima segunda - Ref - DF** (Brasil, 2022c), foi identificada a presença de controle material das restrições a direitos geradas por ato administrativo normativo. Nessa ação, a Suprema Corte derrubou decreto do Presidente da República ao considerar constitucional a restrição do direito de ir e vir e à educação face ao direito à saúde e à vida por meio de atos normativos de universidades públicas federais.

Outrossim, apesar de não ter sido identificada nenhuma forma de atuação judicial ou integração dialógica na **ADPF nº 828 TPI-terceira - Ref - DF** (Brasil, 2022d), algumas observações podem ser feitas. A ação tem como objeto a restrição de despejos durante a pandemia. Nesse sentido, não se pode falar em restrição de direito provocada pela pandemia, já que o despejo não é provocado pela crise sanitária, mas sim na busca por medidas para mitigar as mazelas sociais agravadas pelo quadro pandêmico, impedindo a desocupação de famílias. Logo, não foi considerado que houve controle material nos moldes buscados pela pesquisa. Ademais, o acórdão menciona a importância de o Judiciário fornecer um prazo ao Legislativo para criar uma política pública para essa questão, mas a decisão em si

não determina um prazo, portanto, não foi considerado que houve fixação judicial de prazo.

Por último, na **ADPF nº 709 MC-Ref - DF** (Brasil, 2020f), foi identificado que houve controle material com ordem judicial ao Executivo para tomada de medidas de combate à pandemia, notadamente ações de implementação de plano de controle da pandemia nas populações indígenas. Também foi constatada a indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo, a partir das orientações da Corte de como esse plano de ação deve ser formulado. Aqui, vale ressaltar que, apesar de não haver declaração de inconstitucionalidade explícita do plano elaborado pelo Executivo federal, essa declaração fica implícita pela declaração da omissão da União. Da mesma forma, houve a fixação, pelo Tribunal, de um prazo para que esse novo ato seja elaborado, a partir das diretrizes fornecidas.

Essa ADPF é emblemática do ponto de vista dos diálogos institucionais, devido à menção expressa dessa abordagem durante o julgamento, sendo a escolha feita pelo Plenário. Nela, os Ministros da Suprema Corte abordaram seus pontos de vista sobre como deve ocorrer esse diálogo e a importância dele no processo da jurisdição constitucional. Compreender como o próprio Tribunal compreende essa questão traz uma visão única sobre a aplicação dessa teoria no cenário brasileiro.

A adoção do diálogo institucional, no caso, foi proposta pelo ministro relator, Luiz Roberto Barroso. Pode-se dizer que o ministro adotou uma postura ativa de diálogo institucional que foi para além da manifestação nos autos do processo, tendo conversas junto a atores do Poder Executivo e da sociedade (as partes demandantes) para deliberar sobre o caso. Isso demonstra a busca por um diálogo tido como efetivo, que busca o consenso e não somente a mera manifestação judicial do magistrado no processo por meio da decisão - que é o mero exercício da atividade jurisdicional, como pode-se ver abaixo:

Prosseguindo no que queria dizer, não tem como o Judiciário elaborar esses planos e dar-lhes execução, e, por essa razão, o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo é imperativo. Em meu caso específico, de longa data defendo em teoria e pude aplicar, na prática, a ideia de que, muitas vezes, melhor do que a ingerência direta é a instalação de um diálogo institucional em que se abra prazo para apresentação de planos e projetos e, depois, verifique-se e monitore-se o nível de satisfatoriedade e execução desses planos. Essa foi a segunda premissa: estabelecer um diálogo institucional construtivo entre Judiciário e Executivo - no caso, mediado, com empenho e maestria, pelo Doutor José Levi do Amaral. Preciso dizer que uma de minhas preocupações nesse caso e em minha decisão foi não me limitar a uma declaração de princípios, e, sim,

empenhar-me para que alguma coisa efetiva fosse feita na maior extensão e da maneira mais célere possíveis. Por essa razão, em parceria com o Doutor Levi, pessoalmente falei com o General Augusto Heleno, do Gabinete de Segurança Institucional; com o Secretário Executivo, General Bastos; com a Ministra Damares Alves, e, anteriormente, havia falado com os Advogados das comunidades indígenas, Doutores Eloi, Daniel e Juliano. (Brasil, 2020f, p. 22)

O ministro Barroso também relata como buscou atuar no caso para decidir, priorizando o diálogo institucional e com a sociedade. Em momento anterior, o magistrado expôs suas escolhas para comporem esse fórum de diálogo institucional criado por ele, incumbindo a si um papel de monitoramento da implementação das medidas contidas na decisão prolatada. Tal noção de diálogo, que traz para o magistrado o papel de monitorar o cumprimento de suas decisões tomadas em deferência aos demais poderes, é muito semelhante àquela adotada pela Corte Constitucional da Colômbia (Rodríguez-Guaravito, 2011).

Essas foram as duas principais decisões. Na verdade, foram os dois pedidos e as duas cautelares que concedi: a apresentação de um plano para a instalação de barreiras sanitárias e a constituição de uma sala de situação com essa composição.

A sala de situação foi efetivamente composta. Infelizmente, a primeira reunião teve problemas técnicos severos, quando a comunicação foi quase impossível. Determinamos um novo recomeço, digamos assim, em que a plataforma tecnológica funcionou bem e o diálogo e interação foram possíveis - com as divergências próprias, porque se houvesse consenso em relação a tudo, o problema seria muito mais fácil de resolver, não precisaríamos de sala de situação, muito menos de ação judicial.

Há um debate intercultural em que cabe às comunidades apresentarem suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites. Aí, então, este Juízo deliberará sobre o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades. (Brasil, 2020f, p. 24)

Conforme se observa no trecho do voto acima do ministro, houve uma tentativa de estabelecer alguma relação dialógica entre a Corte e os demais atores, através da criação da sala de situação. Nesse contexto, permanece a cargo do Judiciário o papel de deliberar sobre a questão de forma finalística, após ler a manifestação de todos os envolvidos e interessados. Essa visão fica clara nos trechos a seguir:

Considero muito importante a elaboração e monitoramento de um plano elaborado por grupo de trabalho no âmbito do Governo Federal. Como disse, um plano emergencial para os isolados e de contato recente foi apresentado nos últimos dias da semana passada; hoje vieram as manifestações, e, agora, vou apreciar os resultados e as ações propostas pelo Governo, para homologar um plano ou para determinar alguma complementação ou medida diversa, após ler as manifestações de todos os interessados que chegaram até o dia de hoje. (Brasil, 2020f, p. 30-31)

Nesse sentido, esse relator buscará, tanto quanto possível, atuar como um facilitador de decisões e de medidas que idealmente devem envolver

diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas, sem se descuidar, contudo, dos princípios da precaução e da prevenção. (Brasil 2020f, p. 40)

Nesse ponto, considerando que o voto do ministro foi seguido pela maioria do plenário, pode-se ver que a compreensão da Suprema Corte de diálogo institucional está ligada à ideia de que ela é a responsável por inaugurar e criar condições para esse diálogo institucional, sob o ponto de vista de ser uma extensão da arena judicial de apresentação de razões e contrarrazões, já que mantém para si o poder decisório sobre o conflito, como determina a Constituição (Brasil, 1988). No entanto, a Corte, no voto do ministro Barroso, reconhece que, havendo consenso sobre a matéria e ausente qualquer outra solução, ela decidirá o litígio, o que é um avanço louvável na aplicação das teorias dialógicas no cenário brasileiro.. Veja-se:

Espera-se que tais atores sejam capazes de construir uma solução de consenso. Como já observado acima, o plano deverá contemplar, inclusive: (i) a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção; bem como (ii) o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. **Não se chegando, contudo, a um consenso e ausente qualquer outra solução, o presente juízo será obrigado a decidir acerca do plano.**

[...]

Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados. (Brasil, 2020f, p. 57, grifei)

A manifestação do ministro Luiz Fux também assevera que o STF tem o papel de promotor desse diálogo institucional, como criador de condições para que ele possa ocorrer, *in verbis*:

É nesse momento que o Judiciário é o melhor player para intervir nos casos de omissão; e, de uma maneira dialógica, como foi entendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que indicou uma série de mesas de negociação, de sala de situação, enfim, para exatamente de uma forma dialógica elaborar políticas públicas de proteção dos grupos minoritários, tal como assentado pelo Ministro Marco Aurélio nessa MC-ADPF 347. (Brasil, 2020f, p. 167)

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski manifestou expressamente na sessão que a Corte precisaria que o Executivo fornecesse maiores informações sobre a situação para que eles possam propor soluções para a questão da invasão de terras indígenas. Isso demonstra uma compreensão do ministro sobre o papel da Suprema Corte para além do seu papel jurisdicional, adentrando o debate público como um ator proponente de políticas públicas e não só defensor da Constituição. No entanto, para o magistrado, essa proposição não será mera recomendação, mas sim uma determinação judicial. Logo, ele coloca o STF como partícipe da elaboração de política pública na condição de decisor. Veja-se:

Então, já adianto que, quando chegar na minha vez de votar, vou propor que, no prazo de sessenta dias, o Governo informe a esta Suprema Corte a situação exata com que se defrontam as terras indígenas. **Queremos saber, em sessenta dias, quantos são os ocupantes das terras indígenas, onde estão localizados, para, eventualmente, depois, propormos uma solução para esta questão.** Porque ninguém pretende - penso eu e isso seria impossível - travar uma verdadeira guerra civil na retirada desses ocupantes - necessária, absolutamente necessária - das terras indígenas, mas essas operações podem ser feitas cirurgicamente, pontualmente. [...] Então, eminente Ministro Alexandre Moraes, **penso, com toda a vênia, que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário não podem estabelecer recomendações ou fazer pedidos. O Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário determinam.** (Brasil, 2020f, p. 74-75, grifei)

Continuando, o ministro Lewandowski expõe claramente uma motivação política na sua linha de raciocínio, vinculando o papel da Corte ao de dar satisfação à sociedade e à comunidade internacional, que nem tem interesses tutelados pela Constituição brasileira, tornando evidente sua compreensão do papel político que o Tribunal possuiria. Inclusive, em alguns momentos, sua manifestação assemelha-se a um discurso de presidente para com seus ministros de estado, *in verbis*:

Mas é a hora de nós avaliarmos, com precisão, o que está ocorrendo efetivamente e darmos uma satisfação para a sociedade brasileira e para a comunidade internacional. O Brasil está sofrendo gravíssimos prejuízos, inclusive econômicos, na medida em que nós estamos permitindo a devastação talvez da última reserva florestal da humanidade, o que está promovendo de forma acelerada o aquecimento global. E, mais do que isso, a cada dia o lançamento de mercúrio nos rios por parte dos garimpeiros inescrupulosos está tornando a situação absolutamente irreversível! (Brasil, 2020f, p. 75)

Essa compreensão parece ser anuída pelo ministro Alexandre de Moraes em seu voto. Igualmente, o ministro Barroso (Brasil, 2020f) endossa, de certa forma, esse pensamento. Barroso (Brasil, 2020f) expõe a preocupação e a análise política que a decisão a ser tomada trás, bem como, afirma que a Corte pode assumir essa responsabilidade política em certa medida, desde que em diálogo institucional com os governos por, também, precisarem de tropas policiais. Veja-se:

Em seguida, quanto à desintrusão, disse que é dever da União e que ela tinha que apresentar um plano e, se não o fizesse, eu voltaria a atuar. É verdade que não fixei um prazo, como Vossa Excelência sugere, porque estava com foco no enfrentamento da pandemia. Mas estamos todos de acordo que esta é uma oportunidade muito importante, com o auxílio do Supremo e com a possibilidade de que parte do ônus político recaia sobre nós - porque há ônus político nessa desintrusão, como todos sabem. Acho que podemos assumir em parte essa responsabilidade, mas, evidentemente, em diálogo institucional com os Governos Federal e Estadual, porque, inclusive, precisamos das tropas policiais. (Brasil, 2020f, p. 80-81)

Ou seja, o ministro passa a ideia de que o diálogo é colocado como uma forma de o STF assumir responsabilidades políticas decisórias em políticas públicas justamente por não possuir as capacidades institucionais dos Executivos. Não parece haver uma preocupação dialógica genuína de modo a buscar considerar os argumentos expostos pelos demais atores, ou, até mesmo, chegar a um consenso constitucional como algumas teorias defendem, mas somente de instrumentalização desse instituto dialógico para justificar a supremacia judicial em questões com maior caráter político, de modo a mascarar uma possível atuação ativista da Corte.

Em outro momento, Barroso afirma que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já tem atuado de forma ativa na busca por informações e mapeamento das áreas em que a situação dos povos indígenas é mais grave para que possam compartilhar esses dados com o governo. Tal situação, anômala para a função jurisdicional, poderia ser explicada pela ausência de atuação contínua e grave por parte do Executivo federal durante a pandemia, especialmente no tocante às populações indígenas, mas também traz um alerta para essa confusão entre os papéis de cada poder no Estado Democrático de Direito. Segue o trecho abaixo:

O Presidente Dias Toffoli, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o que ele denominou de força-tarefa do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público para o levantamento e mapeamento a que Vossa Excelência se refere - neste momento, conduzido pela Conselheira Maria Tereza Uille Gomes. Evidentemente, se houver necessidade de complementação ou de informações de que não possamos dispor, vamos ao Governo. Mas essa ideia de Vossa Excelência - que é muito importante - foi acudida por iniciativa do Presidente Dias Toffoli no âmbito do CNJ e está a cargo da diligente Conselheira Maria Tereza Uille Gomes. Apenas para que conste que está sendo elaborado, sim, este mapeamento das áreas em que a situação é mais grave, e aí compartilharemos com o Governo. Temos tentado - o Doutor Levi tem sido muito diligente, gentil e empenhado - fazer isso em diálogo institucional com o Governo, mas vamos fazer. (Brasil, 2020f, p. 82)

Resumidamente, os dados sobre a atuação da Suprema Corte podem ser condensados da seguinte forma:

Quadro 9 - Resumo da atuação do STF no controle dos atos do Executivo de combate à pandemia

Formas de atuação do Poder Judiciário identificadas		
Controle do cumprimento exigências procedimentais devidas para elaboração do ato administrativo normativo	Controle das restrições a direitos geradas pelo ato administrativo normativo – Controle material	Ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de medidas em combate à pandemia – Controle material

– Controle formal		
14% 02 acórdãos	14% 02 acórdãos	36% 05 acórdãos
Formas de integração dialógica entre os Poderes identificadas		Troca de razões efetiva entre a Corte e demais atores
Indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo em caso de declaração de sua inconstitucionalidade	Fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo	Consideração pelo STF de forma expressa no julgamento das razões expostas pelo Executivo
7% 01 acórdão	7% 01 acórdão	0% 0 acórdão

Fonte: elaborada pelo autor.

6.6 Diálogo institucional durante a pandemia de covid-19

A partir dos dados coletados na pesquisa empírica acerca do diálogo institucional, verifica-se que não foram adotados pelo Supremo Tribunal Federal, na imensa maioria dos casos, formas de integração dialógica conforme teoriza Bateup (2006), nem mesmo houve uma troca efetiva de razões entre o STF e demais atores, como defendem Bateup (2006), Souza (2022) e Silveira (2016).

No tocante a essa troca de razões, cumpre destacar que não se pode cogitar que a consideração pelos ministros dos argumentos trazidos nas peças judiciais pelas partes envolvidas seja o exercício do dialógico constitucional. O próprio exercício jurisdicional corriqueiro exige do magistrado essa ponderação entre os fundamentos apresentados por todas as partes. Quando se fala em diálogo institucional, busca-se uma troca dialógica que vá para além da mera relação processual, na qual os poderes da república considerem os argumentos levantados uns pelos outros nas suas respectivas esferas decisórias, ou seja, os argumentos presentes em sessões legislativas, em processos administrativos do Executivo, ou, até mesmo, em último caso, informações prestadas pelos poderes via de ofício à Suprema Corte, sem que esta seja uma obrigação processual legal.

Nas ações analisadas, mesmo quando se mencionava que havia argumentação de alguns dos poderes por exigência do rito processual ou de modo

espontâneo, o Tribunal não deixou explícito que consideraram todas as razões, contra-argumentando em uma relação dialógica efetivamente. Em um primeiro momento, cogitou-se que essa troca de razões, apesar de não explícita, ficaria implícita nos votos, já que os ministros e ministras, em sua maioria, costumam expor, no relatório, os principais argumentos de cada parte. Assim, para não ficar repetitivo e com votos ainda mais extensos, os magistrados optariam por deixar implícito que sua argumentação considera as razões dos demais poderes. Entretanto, tal hipótese se torna frágil ao se verificar, na pesquisa de Souza (2022), que, quando desejam, os ministros fazem menção expressa a essas razões apresentadas pelo Executivo e pelo Legislativo, comumente para endossar a defesa de sua própria argumentação.

Em situações de crises, conforme apontado ao longo do trabalho, o mais recomendado é uma atuação dialógica entre os poderes, principalmente por não ter o Judiciário informações e condições de analisar a realidade por completo para adoção de medidas eficazes, céleres e sem prejuízo de outras áreas. Como pôde-se observar, a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle judicial de atos do Poder Executivo federal, não seguiu esse tipo de atuação. Somente um, dos 14 acórdãos, trouxe formas de integração dialógica, isto representa 7,14% dos casos do período estudado. No entanto, em 71% das decisões, a Corte realizou, efetivamente, ao menos uma das 3 formas de controle judicial elencadas, seja ele material ou formal. No restante das decisões, não houve um controle propriamente dito por ter sido o seu pedido indeferido ou não conhecido. O descompasso entre o exercício do controle e o uso do diálogo fica evidente.

O contexto pandêmico brasileiro, que apresentou particularidades em relação à maioria dos países, também deve ser considerado nessa análise. O país vivenciou, para além do apresentado no capítulo 2, crises institucionais diversas. O então Presidente da República e seu governo promoviam constantes ataques à Suprema Corte (Folha de São Paulo, 2021). Assim, o Tribunal passou a ter a necessidade de se defender institucionalmente a todo momento, reafirmando sua autoridade enquanto um dos poderes da república. Isso, logicamente, tornou o ambiente político mais hostil para uma relação cordial entre o Judiciário e Executivo. Entretanto, o cenário hostil não pode ser fundamento para dispensar uma atuação dialógica por parte da Corte, partindo da noção de diálogo como fluxo efetivo de razões. Ainda que haja embates políticos, sendo a atuação do Judiciário pautada e legitimada através do discurso, argumentativamente, fazer uso da troca efetiva de

razões, considerando e contra argumentando as razões apresentadas pelos demais poderes fornece ainda mais força e legitimidade para as decisões do Tribunal.

Ademais, deve-se considerar a gravidade da crise pandêmica para a população brasileira, com elevados números de óbitos diários (Ritchie *et al*, 2020), e o negacionismo científico adotado pelo governo federal, especialmente pelo então Presidente (Queiroz, 2022). É plausível de se imaginar que a Corte não possuiu margem para o uso de práticas dialógicas, ou que até mesmo tenha optado por abordagens não dialógicas para que os direitos à saúde e à vida não fossem violados devido a urgência de tomada de decisões nesse contexto de caos institucional e de controle da pandemia. Porém, mesmo que seja justificável a ausência de adoção de outras práticas que demandem maior tempo de execução, tal cenário não parece servir como fundamento para a desconsideração dos argumentos expostos pelos demais poderes quando da tomada da decisão, já que a contra-argumentação expressa não demandaria tempo maior para a deliberação da Corte.

Cumprir fazer algumas considerações sobre a aplicação dos diálogos institucionais no Brasil para aprofundarmos na análise. Bateup (2006) aponta que devem ser compreendidos os sistemas constitucionais de cada país, bem como suas estruturas, para compreender como a teoria dialógica pode ser encaixada em cada realidade. Nesse contexto, Oliveira e Santos (2020) defendem que o sistema constitucional brasileiro prevê, em certa medida, um diálogo institucional. Para tanto, os autores apontam que o constituinte previu uma relação dialógica com a instituição do controle preventivo de constitucionalidade, exercido pelas CCJCs, no caso do Legislativo, e pelo veto presidencial a projeto de lei aprovado, no caso do Executivo. Nesse caso, se exercido o veto, que pode ser por razões políticas ou jurídicas/constitucionais, o Congresso deve analisá-lo. Ademais, a legitimação dada pelo constituinte ao Presidente da República para a propositura de ADI também seria uma forma de promover esse diálogo institucional para Oliveira e Santos (2020), incluindo o Judiciário nesse debate.

Godoy (2017, p. 233-237) reconhece que o Brasil tem um arsenal normativo que favorece os diálogos institucionais ao prever a “realização de audiências públicas, a admissão de *amici curiae*, a participação e oitiva dos responsáveis pela lei ou ato normativo, a possibilidade de atuação do juiz singular no momento final da audiência de instrução para abrir a análise da questão a outros atores que não

apenas as partes [...]”. No entanto, o modo como a Corte faz uso desses instrumentos normativos é pouco dialógica (Godoy, 2017).

Lopes (2020) destaca que há propostas de emenda à Constituição - nº 33/2011 (arquivada) e 93/2019 (em tramitação) - que buscam implementar, no Brasil, mecanismo dialógico inspirado na cláusula não-obstante da carta canadense, quórum especial para declaração judicial de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional e um sistema de derrubada de decisões da Suprema Corte pelo Congresso. No tocante à derrubada de decisão do Tribunal, deve-se ter em mente que tal prática pode ser perigosa para uma democracia, já que o Tribunal Constitucional tem o papel contramajoritário de proteger os direitos das minorias políticas, como pessoas LGBTQIAP+, negras, com deficiência, idosos, mulheres, povos originários e comunidades tradicionais.

Com a possibilidade de decisões judiciais serem derrubadas pelo Congresso, no contexto brasileiro de democracia e direitos sociais ainda não consolidados na sociedade, poder-se-ia ter uma captura do Congresso por grupos políticos majoritários para viabilizar o retrocesso de direitos de minorias, cláusulas pétreas da Constituição. A adoção de práticas verdadeiramente dialógicas no ordenamento jurídico brasileiro deve ser realizada com cuidado, de modo a não ser mera substituição da supremacia de um poder pela de outro, violando o sistema de freios e contrapesos ao causar um desequilíbrio na relação entre os poderes da república.

Outro ponto que pode ser destacado, e que foi observado em alguns casos analisados, é a prática dos ministros de utilizarem do pronunciamento de seus votos em plenário para passar orientações aos demais poderes sobre como deveriam agir conforme a compreensão da Corte sobre o sentido constitucional. Essa seria uma forma de o Tribunal promover um diálogo sem que se esteja decidindo sobre essa questão especificamente. Isso pode ser visto no trecho abaixo, em que a fala da ministra Cármen Lúcia não se conecta diretamente com o objeto da ação, tanto que, logo em seguida, ela retoma o debate da ação falando antes de concluir seu voto: “quanto ao específico objeto do presente mandado de segurança, [...]” (Brasil, 2021f, p. 25).

Entretanto, há de se relevar que o cumprimento de protocolos sanitários nacionais, estaduais e municipais terão de ser cumpridos com o mesmo e até maior rigor, inclusive pelos particulares, times, equipes e agentes vinculados pela realização de jogos, pela adoção de providências em todo e em qualquer caso, por ser matéria de direito, de acatamento obrigatório.

Na linha de orientações da Organização Mundial da Saúde, em reverência ao direito à saúde e considerando-se os princípios constitucionais da precaução e da prevenção, não é demais realçar que, qualquer decisão administrativa quanto ao acolhimento de times ou autorização para a promoção e realização dos jogos do torneio, são obrigadas as autoridades administrativas federais, estaduais ou municipais a adotar providências sociais de segurança pública e sanitária com a máxima e prioritária proteção das pessoas diretamente envolvidas. (Brasil, 2021f, p. 25)

Por fim, deve-se considerar que um diálogo institucional no sistema republicano brasileiro deve seguir as determinações constitucionais. O modelo dialógico defendido por Bateup (2006) exige que os poderes da República estejam dispostos a ouvir e aprender uns com os outros, de modo a somar as capacidades institucionais de cada um, sob o papel do Judiciário de promover esse diálogo. Igualmente, essa interação deve se dar com a sociedade.. O conflito sobre interpretação constitucional é um conflito que flerta sempre com a Política, sendo que a criação de consensos entre os poderes torna-se inviável na maioria dos casos. É irreal cogitar que casos difíceis sobre o sentido constitucional vão ser resolvidos por consensos. Quando não se chega a esse consenso, qual deve ser a decisão a ser tomada?

Nesse sentido, o texto constitucional brasileiro assegura ao Supremo Tribunal Federal o papel de decidir por último em matérias constitucionais em litígio. Essa foi a configuração feita pelo constituinte brasileiro para a divisão entre os 3 poderes, tendo ficado a cargo do Judiciário a tomada de decisão final em matérias de litígio, com o dever de decidir e julgar, livre de influências.

A proposta defendida por Souza (2022) acerca do fluxo efetivo de razões converge para a proposta defendida por Bateup (2006), complementando-a ao explicar como esse diálogo deve ocorrer e ser compatível com o atual sistema constitucional brasileiro. O Supremo Tribunal Federal mantém sua competência deliberativa final para matérias constitucionais, mas deve promover diálogos para além do processo judicial, considerando as razões dos demais poderes apresentadas quando da prática de seus atos questionados. Ademais, a Corte deve ter o dever de efetivamente realizar essa troca de razões, fundamentando sua decisão sempre a partir da consideração explícita dos fundamentos apresentados pelos demais atores, contra argumentando cada um. Esse fluxo efetivo de razões deve ser externalizado pelos ministros e ministras em seus votos, apresentando não somente no relatório os argumentos contrários, mas em suas ponderações no fundamento do voto. Nesse sentido, a prática de mencionar somente os argumentos

que endossam seus posicionamentos é temerária para uma Corte que se propõe a esse exercício dialógico.

Da mesma maneira, relegar o exercício argumentativo dialógico ao subconsciente dos membros da Corte não cumpre esse papel dialógico, justamente por não ser transparente e por inviabilizar uma verificação e controle do uso adequado dessas medidas dialógicas adotadas pelo STF. A transparência nesse processo é fundamental para não haver subversão do suposto diálogo em suposta autorização para que o Tribunal decida de forma mais ativista, argumentativamente ou não, sob a justificativa de estar respaldado pelo suposto diálogo institucional promovido. A adoção de um modelo dialógico que considere a fusão proposta por Bateup (2006) e a efetiva troca de razões defendida por Souza (2022), mantendo sob a competência da Corte brasileira o poder de dar a última palavra em matéria constitucional, com a troca de razões explícita, torna a adoção do diálogo institucional possível no sistema brasileiro. Essa prática, caso tivesse sido adotada na pandemia de covid-19, favoreceria um controle judicial de poderes emergenciais mais democrático, harmonioso, construtivo para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, mesmo na crise emergencial vivenciada.

7 CONCLUSÃO

A investigação ora relatada buscou verificar, empiricamente, se houve o exercício regular e dialógico de controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de ações e omissões do Poder Executivo federal brasileiro no enfrentamento da pandemia de covid-19, no período de julho de 2020 a março de 2023. Dessa forma, visou a continuidade da pesquisa desenvolvida por Ginsburg e Versteeg (2020) por meio do recorte do objeto, acrescido de uma análise argumentativa da atuação judiciária.

Nesse sentido, a presente investigação teve como enfoque a relação entre os Poderes Executivo e Judiciário brasileiros, por meio da análise do controle judicial dos atos comissivos e omissivos do Executivo relacionados à proteção dos direitos à vida e à saúde. Foram estudados os acórdãos publicados entre julho de 2020 a março de 2023, coletados através do site eletrônico oficial da Corte brasileira a partir da pesquisa jurisprudencial com quatro conjuntos de expressões no inteiro teor.

Como hipótese inicial, foi considerado que, apesar de ter havido uma atuação regular do Supremo Tribunal Federal no controle do governo federal em relação aos atos de combate à pandemia, não houve a adoção de diálogos institucionais. Referenciaram teoricamente a pesquisa as teorias de Ginsburg e Versteeg (2020) de identificação da atuação judicial durante crises emergenciais, de Toledo (2022a) sobre a configuração de ativismo judicial discursivo e sua mensuração a partir da aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2017), e de Bateup (2006), Silveira (2016) e Souza (2022) sobre as teorias dialógicas pelo mundo e sua aplicação no Brasil, enquanto instrumento capaz de suplantiar o ativismo judicial com a inclusão dos demais poderes e da sociedade no processo deliberativo constitucional.

Assim, para testar a hipótese, foi realizada uma pesquisa bibliográfica com objetivo de elucidar alguns conceitos e teorias acerca do fenômeno analisado para prosseguir com a pesquisa empírica através de fontes documentais, conforme mencionado acima. Os argumentos utilizados nas decisões da Suprema Corte selecionadas pela aplicação dos filtros temáticos e temporal presente foram identificados e catalogados, conforme os parâmetros explicitados nos capítulos 5 e 6.

No tocante à teoria desenvolvida por Toledo (2022a) de taxonomia argumentativa do discurso jurídico, este trabalho realizou uma conceituação mais precisa das tipologias dos argumentos institucionais e não institucionais, em menor medida. Ademais, a metodologia de mensuração da probabilidade de existência de ativismo judicial argumentativo criada por Toledo (2022a) e aprimorada por Santana (2022) foi refinada e novamente aprimorada, sendo minuciosamente explicada no capítulo 5. Aqui, cumpre ressaltar que o ativismo, conforme apontado, é um fenômeno multifacetado e que pode ser analisado sob diversas perspectivas. Este trabalho partiu do recorte discursivo - argumentativo das decisões prolatadas, não se pretendendo esgotar a possibilidade de constatação de ativismo sob outras perspectivas.

A partir da investigação realizada, obtiveram-se as seguintes conclusões gerais:

- no Brasil, a outorga de poderes emergenciais ao Executivo seguiu um modelo misto, legislativo e constitucional, a partir da declaração de estado de calamidade pública e da aprovação da Lei nº 13.979 (Brasil, 2020a);
- mesmo durante crises emergenciais e a outorga de poderes emergenciais, no Brasil, ainda vigora o sistema de freios e contrapesos, bem como a manutenção do controle judicial dos atos praticados;
- a atuação negacionista do governo federal no enfrentamento à pandemia e a possibilidade de abuso, nesse contexto, de poderes emergenciais, reforçou a necessidade de controle judicial e a manutenção do sistema de freios e contrapesos durante crises emergenciais como a pandêmica;
- houve manutenção do controle judicial de atos comissivos e omissivos do Poder Executivo federal no tocante ao combate à pandemia de covid-19, com o exercício de efetivo controle material e formal pelo Supremo Tribunal Federal na maioria das ações identificadas;
- no total de 14 acórdãos analisados, foram encontradas 02 decisões provavelmente não ativistas argumentativamente em grau severo (uma no nível máximo e outra no mínimo); 05 decisões provavelmente não ativistas argumentativamente em grau moderado (três no nível máximo e duas no mínimo); 06 decisões provavelmente não ativistas argumentativamente em grau leve (duas no nível máximo, e quatro no médio); e 01 decisão provavelmente ativista argumentativamente em grau moderado - médio, que -

a partir de análise mais aprofundada - constata-se ser o caso de aplicação da tese integrativa de Alexy (2017), alterando a classificação da decisão para provavelmente não ativista em grau leve - mínimo;

- considerando que a análise quantitativa dos argumentos representa somente o máximo de ativismo judicial argumentativo que pode ser identificado em uma decisão e que, com uma análise qualitativa mais aprofundada, pode-se constatar a existência de precedência dos argumentos não institucionais no caso concreto - diminuindo o grau de ativismo encontrado -, pode-se dizer, com elevado grau de certeza, que o Supremo Tribunal Federal não atuou de modo argumentativamente ativista no controle de atos comissivos e omissivos do Poder Executivo de proteção dos direitos à vida e à saúde no período da pandemia compreendido entre julho de 2020 e março de 2023;
- a análise argumentativa das decisões do Tribunal Constitucional é extremamente difícil, devido à ausência de unicidade na manifestação institucional, bem como à construção argumentativa dos votos proferidos, que, muitas vezes, não expressam, de modo claro, o raciocínio desenvolvido, omitindo enunciados e não fazendo referência às normas nos argumentos quando elas existem, nem às fontes científicas utilizadas e aos precedentes que são invocados;
- a configuração do diálogo constitucional depende, necessariamente, de uma troca efetiva de razões entre os Poderes, sob risco de se fazer uso das teorias dialógicas de modo a mascarar o ativismo judicial, dando ao Tribunal Constitucional uma falsa aparência de legitimidade quando do uso subvertido das teorias;
- o Supremo Tribunal Federal não adotou formas de integração dialógica na maioria das decisões investigadas (92,86%), tendo feito uso em somente uma decisão, na qual foi observado um esforço institucional para a inclusão de outros atores na busca pela solução mais adequada. Ademais, não foi identificada em nenhuma decisão a troca efetiva de razões entre os Poderes de forma expressa, mesmo no caso em que fez uso de formas dialógicas. Logo, pode-se dizer que a Corte não adotou diálogos institucionais no exercício do controle dos atos do Poder Executivo durante a pandemia, especificamente nas decisões publicadas de julho de 2020 a março de 2023.

Por fim, cumpre ressaltar que o tema exige maiores estudos direcionados dentro de cada temática. Da mesma forma, a metodologia aplicada para a mensuração do grau de ativismo carece de maiores estudos teóricos e empíricos para a compreensão de qual seria a atribuição de peso ideal para cada elemento da decisão.

O objeto da investigação é de extrema relevância social e de elevado grau de complexidade, uma vez que o Brasil precisa compreender como os Poderes Constituídos atuaram nesse momento triste história que, no país, vitimou 704.897 cidadãos. Esta compreensão possui o escopo último de permitir a formulação de diretrizes teóricas que permitam o enfrentamento de eventuais outras crises sanitárias que igualmente demandem a outorga de poderes emergenciais de maneira cada vez mais republicana e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. 2. Reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. **Visita técnica realizada pela professora Cláudia Toledo ao autor**, 22 de agosto de 2022. Kiel, Alemanha.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou Diálogos Judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 3, n. 1, 2014, p. 1-45. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00001_00045.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, 2018, p. 129-150. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56088>.

ARENA, Marcela Casanova Viana. Metodologia da decisão judicial: análise empírica da utilização do princípio da proporcionalidade nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho. In: MASSAU, G. C.; COSTA, V. R. da. (org.) **Direitos fundamentais sociais**: teoria e prática. Pelotas: Ed. UFPel, 2022. Disponível em: http://www.repositorio.ufpel.edu.br/bitstream/prefix/8166/1/Direitos_Fundamentais_Sociais_Digital.pdf#page=96. Acesso em: 28 abr 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan-abr 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/v37n1/1980-5403-nec-37-01-13.pdf>. Acesso em: 17.jul.2019.

ASANO, Camila Lissa; VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AIH, Fernando Mussa Abujamra; REIS, Rossana Rocha; RIBEIRO, Tatiane Bomfim. Editorial - Direito e pandemia: ordem jurídica e sistema judiciário não foram suficientes para evitar graves violações. In: **Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à covid-19 no Brasil**. Boletim n. 10. São Paulo: CEPEDISA; Conecta, 2021.

ATIENZA, Miguel. El Derecho como argumentación. p. 19-69. In: ATIENZA, Miguel. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de**

Investigações Constitucionais [online]. 2018, v. 5, n. 1, pp. 83-108. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais** [online]. 2018, v. 5, n. 1. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55825>.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 181-200, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p181.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 4. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 552 p. ISBN 978-85-7700-640-3.

BEÇAK, Rubens; LOPES, Rafaella Marineli. Judicialização da política: diálogos institucionais em tempos de pandemia. 2021, **Anais do II Seminário de Pesquisa “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”**. Ribeirão Preto, SP: FDRP-USP, 2021. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2022/02/Livro-1-Anais-do-II-Seminario.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BEÇAK, Rubens; LOPES, Rafaella Marineli. Partidos políticos no STF em tempos de pandemia: judicialização da política e diálogos institucionais. 2020, **II Encontro virtual do CONPEDI**. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/l697787i/csOC9YTDZHRMpvI8.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Brasília, v. 128, n. 182, 20 set. 1990. p.18055-18059

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, 2020a.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 de julho de 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo de Medida Cautelar.** ADI 6341 MC-REF/DF. Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta de 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. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020c. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** ADI 6362 MC/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da emergência de Saúde Pública decorrente da Covid-19. Competência comum dos entes federados para cuidar da saúde. Arts. 23, II, e 196 Da CF. Federalismo Cooperativo. Requisição Administrativa voltada para o confronto da Pandemia do Coronavírus. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 02 de setembro de 2020d. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754607621>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar de Descumprimento de Preceito Fundamental.** ADPF 672 MC -REF/DF. Direito Constitucional. Pandemia do Coronavírus (Covid-19). Respeito ao Federalismo. Lei Federal 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, Segurança sanitária e epidemiológica. Competências comuns e concorrentes e respeito ao Princípio da Predominância do Interesse (Arts. 23, II, 24, XII, e 25, § 1º, da CF). Competências dos Estados para implementação das medidas previstas em Lei Federal. Arguição julgada parcialmente procedente. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020e. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239592>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 709 MC-Ref - DF. Direitos Fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do Direito à Vida e à Saúde face à Pandemia da Covid-19. Cautelares Parcialmente Deferidas. Relator: Min. Roberto Barroso, 05 de agosto de 2020f. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 714 MC-Ref - DF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Veto presidencial em projeto de lei que determinava a utilização de máscaras em locais fechados. Novo veto, após sanção parcial, contra dispositivo anteriormente sancionado, que determinava a utilização de máscaras em presídios. Admissibilidade de ADPF contra veto por inconstitucionalidade. Impossibilidade de arrependimento ao veto. Precedentes. Medida Cautelar deferida em parte para suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020. Medida Cautelar referendada pelo Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes, 31 de agosto de 2020g. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753886778>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.625/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 08 de março de 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346127091&ext=.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.437 DF**. Tutela de Urgência em Ação Cível Originária. Direito Social à Saúde (CF, arts. 6º e 196). Pandemia do Novo Coronavírus. Covid-19. Relator: Min. Rosa Weber, 08 de abril de 2021b. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446806/false>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 686/DF. Pretensão de Inconstitucionalidade formulada contra discursos, pronunciamentos e comportamentos, ativos e omissivos, atribuídos ao Presidente da República, Ministros de Estado e integrantes do alto escalão do Poder Executivo Federal. Arguição ajuizada com o fim de obter Provimento Judicial contra todas as autoridades reclamadas, ordenando a conformação de seus comportamentos aos comandos emanados da Ordem Constitucional. Relator: Min. Rosa Weber, 19 de outubro de 2021c. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757924905>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 714/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Veto presidencial em projeto de lei que determinava a utilização de máscaras em locais fechados. Novo veto, após sanção parcial, contra dispositivo anteriormente sancionado, que determinava a utilização de máscaras em presídios. Admissibilidade de ADPF contra veto por inconstitucionalidade. Impossibilidade de arrependimento ao veto. Precedentes. Medida cautelar deferida em parte para suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020. Medida cautelar referendada pelo Plenário. Apreciação, pelo Congresso Nacional, da Mensagem de Veto 25, com superação do veto ao art. 3º-A da Lei 13.979/2020. Perda superveniente de objeto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente para restabelecer a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de fevereiro de 2021d. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755138938>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Preceito Fundamental**. ADPF 742-MC/DF. Legitimidade Processo Objetivo Associação Pertinência Temática. Associação possui legitimidade para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental quando verificada pertinência temática, ou seja, elo considerados o ato atacado e os objetivos estatutários. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Cabimento Subsidiariedade. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a adequação pressupõe inexistência de outro meio jurídico para sanar lesividade decorrente de ato do Poder Público. Processo Objetivo Pedido De Liminar Conversão Julgamento De Mérito Possibilidade. Devidamente aparelhada a arguição de descumprimento de preceito fundamental para o exame definitivo da controvérsia constitucional submetida ao crivo do Supremo, é possível a conversão do exame da medida cautelar em decisão de mérito. Precedentes. Pandemia Violação De Direitos Fundamentais Quilombolas Providência. Ante quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas considerada pandemia covid-19, cumpre à União a elaboração e implementação de plano nacional de enfrentamento e monitoramento. Pandemia Vacinação Fase Prioritária Providência. Deve o Governo Federal adotar providências e protocolos sanitários que assegurem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária. Pandemia Grupo De Trabalho Providência. A instituição de grupo de trabalho viabiliza a fiscalização quanto à execução das iniciativas decorrentes do plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas. Pandemia Casos Registro Quesito Providência. A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de covid-19 possibilita, ao Poder Público, a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária. Pandemia Acesso À Informação Providência. Cabe ao Governo Federal, presente o interesse público, o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de

informações relativas à população quilombola, promovendo a atualização e a acessibilidade. Pandemia Suspensão De Processos Judiciais. A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Julgada Procedente. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de fevereiro de 2021e. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755703996>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Mandado de Segurança**. MS 37933 MC/DF. Mandado de Segurança Coletivo e Preventivo contra Atos Preparatórios para a promoção da Copa América 2021 no país. Realização do evento em espaços de administração de Governadores. Responsabilidade de Autoridades locais pela aceitação e cumprimento dos protocolos necessários de segurança e de eventual resposta futura por consequências que venham a ser apuradas. Competência Judicial não caracterizada no Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança ao qual se nega seguimento. Relator: Min. Carmén Lúcia, 11 de junho de 2021f. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757523573>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Reclamação**. Rcl 47470 MC/DF. Reclamação Constitucional. Ato Administrativo. Realização de Concurso Público da Polícia Federal. Alegado desrespeito à ADI 6.341 e à ADPF 672. Ausência do requisito do Fumus Boni Iuris. Indeferimento da Medida Liminar. Relator: Min. Edson Fachin, 22 de maio de 2021g. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757121627>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Sétima Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 756 TPI/Sétima/DF. Direito Constitucional e Desportivo. Tutela Provisória de Urgência Incidental em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Realização da Copa América Conmebol 2021. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de junho de 2021h. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757523573>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 123, de 14 de julho de 2022**. Altera o art. 225 da Constituição Federal para estabelecer diferencial de competitividade para os biocombustíveis; inclui o art. 120 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reconhecer o estado de emergência decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados e dos impactos sociais dela decorrentes; autoriza a União a entregar auxílio financeiro aos Estados e ao Distrito Federal que outorgarem créditos tributários do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) aos produtores

e distribuidores de etanol hidratado; expande o auxílio Gás dos Brasileiros, de que trata a Lei nº 14.237, de 19 de novembro de 2021; institui auxílio para caminhoneiros autônomos; expande o Programa Auxílio Brasil, de que trata a Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021; e institui auxílio para entes da Federação financiarem a gratuidade do transporte público. Brasília, 2022a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc123.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo Décima Sexta em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental. ADPF 754 TPI/DF. Tutela de Urgência em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Concessão monocrática parcial. Emergência de Saúde Pública decorrente da Covid-19. Notas técnicas 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS e 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH. Atos do Poder Público que podem, em tese, agravar a disseminação do novo Coronavírus. Conhecimento do pedido. Atuação da Suprema Corte em defesa dos Direitos Fundamentais da vida e da saúde de crianças e adolescentes. Comprovação científica acerca da eficácia e segurança das vacinas. Registro na ANVISA. Constitucionalidade da vacinação obrigatória. Sanções indiretas. Competência de todos entes federativos. ADIS 6.586/DF e 6.587/DF e ARE 1.267.879/SP. Princípios da prevenção e precaução. Abstenção de atos que visem desestimular a imunização. Necessidade de esclarecimento sobre o entendimento do STF. Desvirtuamento do canal de denúncias 'disque 100'. Medida cautelar referendada pelo Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 de março de 2022b. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760977138>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Oitava Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental. ADPF 756 TPI/Oitava/DF. Tutela de Urgência em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Concessão Monocrática. Saúde. Competência Comum. Emergência de Saúde Pública decorrente da Covid-19. Imunização de adolescentes. Evidências Científicas e Análises Estratégicas em Saúde. Art. 3º, § 1º da Lei 13.979/2020. Aprovação pela Anvisa e por entidades congêneres estrangeiras. Prioridade absoluta ao Direito à Saúde, à Vida e à Educação das Crianças, Adolescentes e Jovens. Caput do art. 227 da CF. Ensino Fundamental e Médio. Atuação Prioritária dos Estados e do Distrito Federal. § 3º do Art. 211 da CF. Decisão sobre a vacinação. Competência dos entes subnacionais. Planejamento de retorno às aulas presenciais. Medida Cautelar Referendada pelo Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 10 de janeiro de 2022c. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758847592>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo Terceira em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental. ADPF 828 TPI/Terceira/DF. Direito Constitucional e Civil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito à moradia e à saúde de pessoas vulneráveis no contexto da Pandemia da Covid-19. Ratificação da prorrogação da

Medida Cautelar anteriormente deferida. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de agosto de 2022d. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758847592>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental nº 58, de 19 de dezembro de 2022**. Altera dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2022e. Disponível em: <https://digital.stf.jus.br/publico/publicacao/120773>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Corte Aberta**, 2023. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites. Acesso em: 07 Jan 2021.

BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emílio Peluso Neder. Brazil: COVID-19, Illiberal Politics, and the Rule of Law. In: GROGAN, Joelle; DONALD, Alice (eds.). **Routledge Handbook on Law and the COVID-19 Pandemic**. [S.l.]: Routledge, 2022. p. 225-236. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3832239>. Acesso em: 26 ago. 2022.

CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Crises, pandemia e direitos fundamentais: o perigo nas interseções. **Revista de Estudos Institucionais - REI**, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 847-860, dez. 2020. ISSN 2447-5467. <https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.565>.

CASTRO, Yuran Quintão *et al.* O caráter democrático (?) das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, jun. 2022. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61134>. Acesso em: 18 jul. 2022.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55929.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais** [online]. 2015, v. 2, n. 3, pp. 183-206. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>.

CONSTITUIÇÃO, DIREITO E POLÍTICA: o STF e os Poderes da República. Webinar apresentado por Luís Roberto Barroso. [S. l.: s.n], 2015. 1 vídeo (55min 50seg). Publicado pelo canal Fundação FHC. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=eCj6Ko_wm2Q. Acesso em: 24 junho 2020.

CUNHA, Jânio Pereira da; MAGALHÃES, Lincoln Mattos. Diálogos Institucionais Entre Poderes e a Guarda da Constituição. *Revista Argumentum*. 2019, v. 20, n. 3, pp. 931-950. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/638>.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. 2. ed. Revisão, atualização e ampliação Victor Luna Vital. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EEMEREN, Frans H. Van; GROOTENDORST, Rob. (2003). **A Systematic Theory of Argumentation**: The pragma-dialectical approach. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

EISENHAMMER, Stephen; STARGARDTER, Gabriel. ESPECIAL-Bolsonaro colocou generais para combater coronavírus, e Brasil está perdendo a batalha. **Agência Reuters**. Internet. 26 de maio de 2020. Seção Brasil. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/saude-coronavirus-brasil-especial-idLTAKBN2322XZ>. Acesso em: 24 jul. 2022.

FAGUNDES, Gabriel Lima Miranda Gonçalves; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. A proporcionalidade das medidas de contenção da pandemia de COVID-19: análise empírica sobre o Brasil. **Revista do Direito**, n. 66, p. 64-90, 7 jun. 2022. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi66.17534>

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; IVO, Jasiel. Judicialização, ativismo judicial e o flerte com o arbítrio. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 3, n. 70, p. 792 - 817, jul. 2022. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6015>. Acesso em: 19 nov. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i70.6015>.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. (2004). The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. **Int J Constitutional Law**, New York, v. 2, n. 2, p. 210-239, 2004. <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>.

FOLHA DE SÃO PAULO. Relembre ataques de Bolsonaro a ministros do STF. Folhajes. 11 de abril de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/politicalha-acabou-porra-ligacao-com-pt-ativismo-e-militancia-veja-ataques-de-bolsonaro-a-ministros-do-stf.shtml>. Acesso em 14 de fevereiro de 2023.

FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. <http://dx.doi.org/10.5020/23590777.16.3.34-44>.

GARCÍA, Gustavo; BARBIÉRI, Luiz Felipe; MATTOS, Marcela. Câmara conclui aprovação de PEC que dribla lei e permite ao governo criar pacote social pré-eleitoral. **G1**, 13 de julho de 2022. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/13/camara-conclui-aprovacao-de-pec-qu-e-dribla-lei-e-permite-ao-governo-criar-pacote-social-pre-eleitoral.ghtml>. Acesso em: 07 de agosto de 2022.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 2020-52, University of Chicago Public Law Working Paper, n. 747, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>. Acesso em: 06 abr. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito e Atualidades**, [S. l.], v. 2, n. 4, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6658>. Acesso em: 10 out. 2022.

GRAZIANO, Sergio; SPRICIGO, Carlos Magno. STF e a covid-19: a hipertrofia judicial a serviço de medidas neoliberais. *In*: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogério Dutra (org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 164-170. Disponível em: <http://www.defesaclasse trabalhadora.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandem%C3%B4nio-no-Brasil.pdf7>. Acesso em: 10 agosto 2022.

GROSS, Oren. Constitutions and emergency regimes. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. (eds.). **Comparative Constitutional Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2011. p. 334 – 349.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HARUTYUNYAN, Armen. The Independence of Judiciary Within the Political Dimension; *In*: ELÓSEGUI, María; MIRON, Alina; MOTOC, Iulia; **The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Responses**. France: Springer Nature Switzerland AG, 2021. p. 61-68. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-56001-0>

HIMMA, Kenneth Einar. What Exactly is the Problem with Judicial Supremacy? The Rule of Law, Moral Legitimacy, and the Construction of Constitutional Law. *In*: JOVANOVIĆ, M.; HIMMA, Kenneth Einar (eds.). **Courts, Interpretation, and The**

Rule Of Law. Haia: Eleven International Publishing, 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2288165. Acesso em 14 de jan. 2023.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia:** as origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução Amauri Feres Saad. 1ª ed. Editora EAD, 2020.

HOGEMANN, Edna Raquel; PADEIRO FILHO, Orlando. A Importância do ativismo judicial no acesso a direitos humanos na América Latina. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, São Paulo, v. 2, n. 5, Mai/Ago 2022. <https://doi.org/10.23925/ddem.v.2.n.5.57025>. Acesso em: 22 out. 2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. **UCLA Law Review**, v. 65, 2018. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13666&context=journal_articles. Acesso em: 01 Jul. 2022.

KARLAN, Pamela S. The New Countermajoritarian Difficulty. **2020 Jorde Symposium**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/print/the-new-countermajoritarian-difficulty/>. Acesso em: 30 maio 2022.

KMIEC, Keenan. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. **California Law Review**, California, n. 5, pp. 1442-1476, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em: 10 jan. 2023.

LEAL, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente ativistas?. In: TOLEDO, Cláudia (coord.). **Atual Judiciário:** ativismo ou atitude. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Delenogare. A judicialização da política e do direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. **Anais do Seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea** – mostra internacional de trabalhos científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. 2014. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11728>. Acesso em: 06.jan.2022.

LIFSCHITZ, Javier Alejandro. Pandemia: qual biopolítica? In: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogério Dutra (org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 77-89. Disponível em: <http://www.defesaclasse trabalhadora.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandem%C3%B4nio-no-Brasil.pdf#page=77>. Acesso em: 15 maio 2022.

LOPES, M. **Diálogos institucionais:** o que é, como funciona e como pode ser implantado no Brasil: Legitimidade democrática e controle de constitucionalidade

sem a última palavra. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. 128 p. ISBN 978-65-5877-802-8.

MATIAS-PEREIRA, José. Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil. **Brazilian Journal of Development**, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 29286–29316, 2021. DOI: 10.34117/bjdv7n3-580. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/26844>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André L. F.; PAULA, Daniel G. de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

MELQUIADES DUARTE, Luciana Gaspar (org.). **Inovações no Direito Administrativo: uma revisão dos alicerces teóricos do direito administrativo após os impactos do pós-positivismo jurídico**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford University Press. 2013.

MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 53. 2011.

O ESTADO DE SÃO PAULO. O que é a 'PEC Kamikaze'? Entenda a proposta aprovada no Congresso. **Estadão**, São Paulo, 14 de julho de 2022. Economia. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-pec-kamikaze-aprovada-congresso-npre,70004115695>. Acesso em: 07 de agosto de 2022.

OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. Os Diálogos Institucionais na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, vol. 14, nº 3, ago./dez. 2020.

OLIVEIRA, Tânia Maria S. de. Bolsonaro e os Poderes: a pandemia do conflito. In: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogério Dutra (org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 179-189. Disponível em: <http://www.defesaclasse trabalhadora.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandem%C3%B4nio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 agosto 2022.

OPAS. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **OMS declara fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à**

COVID-19 - OPAS/OMS. 2023. Disponível em:

<https://www.paho.org/pt/noticias/5-5-2023-oms-declara-fim-da-emergencia-saude-publica-importancia-internacional-referente>.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia constitucional: A reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. Orientador: Thomas da Rosa de Bustamante. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito na Área de Concentração Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2016. Disponível em:

https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASMFVH/1/jurisdi_o_constitucional_sem_supremacia_judicial_lucas_azevedo_paulino.pdf. Acesso em: 11 nov. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud; RODRIGUES, Fábio Lopes. A Teoria da Norma e o Supremo Tribunal Federal: estudo de casos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, p. 51–67, 2022. Disponível em:

<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/474>. Acesso em: 06 jun. 2022.

PIOVESAN, Flavia; STANZIOLA VIEIRA, Renato. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Sevilla, v. 8, n. 15, p. 128-146, jan/jun, 2006.

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28281509>. Acesso em: 10 Out 2022.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2011.

PODER360. Emendas de relator são "manobras" e beneficiam quem apoia o governo, diz Mourão. **PODER360**. Online. 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/emendas-de-relator-sao-manobras-e-beneficiam-quem-apoia-o-governo-diz-mourao/>. Acesso em: 07 de agosto de 2022.

QUEIROZ, Vitória. 2 anos de covid: Relembre 30 frases de Bolsonaro sobre pandemia. **PODER360**. Online, 26 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/2-anos-de-covid-relembre-30-frases-de-bolsonaro-sobre-pandemia/>. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RITCHIE, Hannah *et al.* **Coronavirus Pandemic (COVID-19)**. Reino Unido, 2020. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus>. Acesso em: 01 set. 2023.

RODRIGUES, Léo Peixoto; COSTA, Everton Garcia da. O impacto da pandemia de Covid 19 ao sistema social e seus subsistemas: reflexões a partir da teoria de Niklas Luhmann. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 23, n. 56, jan-abr 21, p. 302-335. <http://doi.org/10.1590/15174522-102859>.

RODRÍGUES-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, [S. l.], v. 89, p. 1669-1698, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

RUBIO, Doris; BERG-WEGGER, Marla; TEBB, Susan; LEE, E.; RAUCH, Shannon. (2003). Objectifying content validity: Conducting a content validity study in social work research. **Social Work Research**. [S. l.], n. 27, p. 94-104, 2003. DOI: 10.1093/swr/27.2.94.

SANTANA, Anny Cristina Rodrigues. **Ativismo Judicial, um Fenômeno Gradual: critérios para sua aferição a partir da análise do discurso**. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, p. 51. 2022.

SARDENBERG, Carlos Alberto. Oposição é contra a PEC Kamikaze, mas votará a favor. **Programa Linha Direta da rádio CBN** (áudio de 9min. e 4 seg.). 2022. Disponível em: <https://m.cbn.globoradio.globo.com/media/audio/380505/oposicao-e-contra-pec-kamikaze-mas-votara-favor.htm>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. Argumentação: noções básicas. In: SCHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016. p. 11-27.

SILVEIRA, R. C. **Diálogos constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado, Brasília, 486 p. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA, Henriqueta Fernanda C. A. F. Ensaio sobre o ativismo judicial em sociedade em crise agravada pela pandemia: reflexões necessárias acerca da Recomendação 62/2020, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. 23, n. 01 (2022). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/55175>. Acesso em 28 abril de 2022.

SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.2, n.1, p. 19-36, jan/jun, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/1659/1594>. Acesso em: 14/08/2021.

SOUSA FILHO, Ademar B. de. **Sentenças aditivas na jurisdição Constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Orientador: Bernardo Gonçalves Fernandes. 2022. Tese (Doutorado em Direito na Área de Concentração Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46699/1/TESE%20-%20TIAGO%20CLEMENTE%20SOUZA%20-%20PPGD%20UFMG%20%282%29.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

STRECK, Lenio L. O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, vol. 1, nº2, p. 75-83 jul-dez. de 2009. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 09 out. 2022.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 10 jul. 2021.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4. ed. 2. Reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 01-17.

TOLEDO, Cláudia. Judicial Activism – The need for parameters: analysis of legal reasoning in judicial review. *In*: **Internationale Vereinigung Für Rechts- Und Sozialphilosophie**, 29., 2019, Lucerne. Anais eletrônicos, Lucerne, 2019, p. 36-37. Disponível em: https://13278125-e82a-6ee5-6868-a8ae5dadd191.filesusr.com/ugd/890d86_ef2907b346e24f9fa4a32c4e03a96a5d.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

TOLEDO, Cláudia. Ativismo Judicial vs. Controle Judicial – Um estudo a partir da análise argumentativa da fundamentação das decisões do Poder Judiciário brasileiro e do Tribunal Constitucional da Argentina, México e Alemanha. *In*: TOLEDO, Cláudia (coord.). **Atual Judiciário: ativismo ou atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022a.

TOLEDO, Cláudia. **Reunião do grupo de pesquisa CNPq**, 14 de setembro de 2022b, Juiz de Fora, Brasil.

TOLEDO, Cláudia. **Reunião do grupo de pesquisa CNPq**, 07 de dezembro de 2022c, Juiz de Fora, Brasil.

TORRES, Raissa Brindeiro de Araújo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. A expansão do papel do Judiciário através do uso da interpretação constitucional: o ativismo judicial. **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico**. [S. l.], v. 1, n. 2, 2015, p. 279-301. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/332>. Acesso em: 27 jan. 2023.

TOVAR, Alejandro Nava. Introducción a la argumentación jurídica. In: TOVAR, Alejandro Nava. **Argumentación jurídica**. Ciudad de México: INACIPE, 2020. p. 2-28.

TUSHNET, Mark. The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation-of-powers regulation. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, v. 3, n. 4, p. 275-288, dez. 2007. <https://doi.org/10.1017/S1744552307004016>.

TUSHNET, Mark Victor. Non-Judicial Review. **Georgetown Law Library**. Georgetown University Law Center, 2003. 40 Harv. J. on Legis. 453-492 (2003). Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/235>. Acesso em: 19 out. 2022.

TUSHNET, Mark. The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review. **German Law Journal**, Frankfurt, v. 14, n. 12, 2013, p. 2249-2263. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/relation-between-political-constitutionalism-and-weakform-judicial-review/D71369673ABFED09A16809D762875B52>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

TUSHNET, Mark. Emergency law as administrative law. In: DAVIS, Fergal F.; DE LONDRAS, Fiona. (eds.). **Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 121-141. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/critical-debates-on-counterterrorism-judicial-review/emergency-law-as-administrative-law/690261CB3076890B22506D66CC2FF50F#access-block>. Acesso em: 07 abr. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, 2008, p. 441-463.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; VÉRAS, Gustavo Rodrigues. A desconstrução do princípio da separação dos poderes e a ascensão do ativismo judicial: a incorporação do Direito Internacional dos direitos humanos no sistema constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, Brasil, n. 36, 2022, p. 395-415. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2713>. Acesso em: 06 out. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Brazil**: WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard. Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/br>.

APÊNDICE A - FICHAMENTO

Por causa da extensão das tabelas de fichamento, optou-se por disponibilizá-los em seu arquivo original no formato de planilha, podendo ser seus dados conferidos com maior facilidade. Dessa forma, busca-se não tornar a dissertação mais extensa desnecessariamente, bem como facilitar a visualização dos fichamentos, já que seu formato original em planilhas proporciona maior conforto visual ao leitor e dá acesso às fórmulas utilizadas no arquivo para sua elaboração e automatização da contagem dos argumentos e da mensuração do grau de ativismo. Todos os fichamentos realizados estão disponíveis, na íntegra, no endereço eletrônico:

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1yOWWXSE198xoll-ohgaBSU7jrGWW8bn8iQEzn_zWVg/edit?usp=sharing

Segue abaixo um exemplo de fichamento para exemplificação de como essa etapa foi realizada. Ressalta-se que devido às especificações do formato .doc de arquivo, distintas do formato de planilha .xls, o quadro abaixo teve sua formatação alterada para viabilizar sua transposição para o documento.

TERMO/Expressão de busca	Pandemia, covid-19, "direito à saúde", "poder executivo", ("ato administrativo" OU "medida administrativa" OU "medida provisória" OU "ato administrativo normativo")	Data do fichamento		
Responsável pelo fichamento	Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes	22/06/2023		
DADOS DO PROCESSO				
Tribunal	Ação	Órgão Julgador		
Supremo Tribunal Federal	ACO 3473 MC-Ref / DF	Tribunal Pleno		
Relator(a)	Data de Julgamento	Data de Publicação		
Min. Rosa Weber	08/04/2021	24/05/2021		
Requerente	Requerido	Endereço Eletrônico		
Estado do Maranhão	União	https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446806/false		
DECISÃO				
Situação Fática	Principais Razões		Dispositivo	
	Identificadas pelo Tribunal	-	Decisão unânime	X
	Identificadas pelo(a) pesquisador(a)	X	Nº de votos dissidentes (se houver)	-

Trata-se de referendo do Plenário de tutela de urgência concedida pela Ministra Relatora em Ação Cível Originária proposta pelo Estado do Maranhão contra a União Federal, na qual alega abandono do custeio, pela União, da manutenção dos leitos de UTI necessários ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. O requerente alega que, não obstante o notório recrudescimento das taxas de internação decorrentes do Coronavírus, o número de leitos de UTI custeados pela União vem sendo reduzido sem justificativa razoável nos últimos meses. Destaca, com base em dados do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, que, em janeiro de 2021, havia 7.017 leitos de UTI financiados pelo Ministério da Saúde e, em fevereiro, 3.187 leitos, contra os 12.003 leitos habilitados em dezembro de 2020. Afirma que dos 268 leitos de UTI atualmente exclusivos para a COVID-19 na rede estadual do Maranhão, "nenhum" está sendo custeado pelo Ministério da Saúde, sendo que a União teria desabilitado os 216 leitos exclusivos para COVID-19 que vinha financiando até dezembro de 2020. Argumenta que vem experimentado ônus financeiro que não consegue suportar, a par dos prejuízos causados à população do Estado pela privação dos serviços essenciais de saúde pública. Reputa violado o acesso igualitário às ações e serviços de saúde (arts. 6º, 197 e 198 da CF).	As condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. Comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). São observados os requisitos legais para concessão de tutela de urgência. Pela jurisprudência da Corte, compete à União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, além do seu dever de atuar como ente central de planejamento e coordenação das ações de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia. Não é constitucionalmente aceitável retrocesso em políticas de saúde durante uma pandemia. Deve ser observado o princípio federativo ao se tratar todos os Estados com isonomia. As vidas não podem ficar a mercê da burocracia estatal. A falta de ação ágil e racional frente ao problema pode multiplicar o número de óbitos.	Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em referendar a liminar anteriormente concedida para (i) determinar à União Federal que analise, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente junto ao Ministério da Saúde; (ii) determinar à União que restabeleça, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 no Estado requerente que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021; (iii) determinar à União Federal que preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI's no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia, nos termos do voto da Relatora e por unanimidade de votos, com ressalvas do Ministro Nunes Marques, em sessão virtual do Pleno de 26 de março a 7 de abril de 2021, na conformidade da ata do julgamento.
---	---	---

RESUMO DOS DADOS

Nº totais de argumentos	17	% de argumentos institucionais	52,94 %	% de argumentos não institucionais	47,06 %
		% de argumentos de dispositivos normativos	17,65 %	% de argumentos pragmáticos	29,41 %
Formas de atuação do Poder Judiciário (Ginsburg; Versteeg)	1	% de argumentos de precedentes	23,53 %	% de argumentos éticos	0,00%
		% de argumentos de doutrina	11,76 %	% de argumentos morais	5,88%
Formas de integração dialógica entre os Poderes (Bateup)	0			% de argumentos de fatos concretos	11,76 %
				% de argumentos de dados científicos	0,00%
		% de argumentos institucionais na <i>ratio decidendi</i>	62,50 %	% de argumentos não institucionais na <i>ratio decidendi</i>	37,50 %
		% de argumentos institucionais na <i>rationale</i>	28,57 %	% de argumentos não institucionais na <i>rationale</i>	71,43 %
		% de argumentos institucionais na <i>obiter dicta</i>	100,0 0%	% de argumentos não institucionais na <i>obiter dicta</i>	0,00%

Separação dos argumentos por elemento da decisão

Argumentos institucionais	Argumentos não institucionais	Totalização
----------------------------------	--------------------------------------	--------------------

<i>Na ratio decidendi</i>	5	<i>Na ratio decidendi</i>	3	8	argumentos na <i>ratio decidendi</i>
<i>Na rationale</i>	2	<i>Na rationale</i>	5	7	argumentos na <i>rationale</i>
<i>Na obiter dicta</i>	2	<i>Na obiter dicta</i>	0	2	argumentos na <i>obiter dicta</i>
Mensuração de probabilidade de ativismo					
Σ dos Fatores de Impacto (FIs) dos Argumentos Institucionais	58	Classificação da decisão conforme a probabilidade	Não ativismo judicial argumentativo em grau leve - médio		
Percentil do Σ FIs dos Arg. Institucionais	56,3 1%				
Somatório dos Fatores de Impacto dos argumentos totais	103				
ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS					9
Dispositivos Normativos		Precedentes		Doutrina	
<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	3	<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	4	<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	2
<i>Nº na ratio decidendi</i>	1	<i>Nº na ratio decidendi</i>	2	<i>Nº na ratio decidendi</i>	2
<i>Nº na rationale</i>	1	<i>Nº na rationale</i>	1	<i>Nº na rationale</i>	0
<i>Nº nos obiter dicta</i>	1	<i>Nº nos obiter dicta</i>	1	<i>Nº nos obiter dicta</i>	0
A tutela provisória de urgência pressupõe, nos termos do artigo 300 do CPC/2015, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Reputo evidenciados os requisitos no presente caso. (p. 8)	<i>Ratio decide ndi</i>	Em defesa da população no ensejo da pandemia, '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' (ADI N. 6341, Rel. Min. Marco Aurélio, redator p/ acórdão Min. Edson Fachin, Plenário). (p. 10)	<i>Obiter dicta</i>	Em condições tais, de recrudescimento da pandemia no território nacional, não é constitucionalmente aceitável qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, como por exemplo, no ponto que aqui importa, a que resulta em decréscimo no número de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. (p. 8)	<i>Ratio decide ndi</i>
O recrudescimento das taxas de contaminação, internação e letalidade em decorrência da pandemia da COVID-19 é incontroverso e notório (CPC/2015, art. 374, I e III). (p. 8)	<i>Obiter dicta</i>	À União compete planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas (art. 21, XVIII, da CF) - v.g. ADPF 756, ADI 6.586 e ADI 6.587, todas de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski; e ADPF 709-MC, Rel. Min. Roberto Barroso. (p. 10)	<i>Ratio decide ndi</i>	Segundo o Ministério da Saúde, as solicitações de autorização são analisadas nacionalmente, de modo uniforme e de acordo com critérios racionais e isonômicos, priorizando-se não determinada região ou unidade da Federação, mas, sim, a gravidade verificada no local e a necessidade da população como um todo, em observância ao princípio federativo, que impõe o tratamento isonômico a todos os entes da Federação, cabendo registrar que a Portaria n. 373/2021 regulamenta como cada ente federativo pode elaborar esses pedidos de forma regrada. (p. 17)	<i>Ratio decide ndi</i>

Nesse contexto, uma vez identificada omissão estatal ou gerenciamento errático em situação de emergência, como aparentemente ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcadas constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). (p. 10)	<i>Rationa le</i>	Em tema de saúde coletiva, o elã do federalismo de cooperação impõe ao Governo Federal 'atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas (...), em especial de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia da COVID-19, inclusive no tocante ao financiamento e apoio logístico aos órgãos regionais e locais de saúde pública' (ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário). (p. 10) [repetiu 1 vez]	<i>Ratio decide ndi</i>		
		De fato, é restrita a margem de discricionariedade na concretização das políticas de saúde coletiva, sobrelevado esse dever prestacional em situação de emergência sanitária. É da jurisprudência desta Suprema Corte '(...) <i>que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrariedade recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito</i> (RE 581.352 Agr., Rel. Min. Celso de Mello). (p. 10-11)	<i>Rationa le</i>		
ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS					8
Argumentos Práticos Gerais					6
Pragmáticos		Éticos		Morais	
<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	<i>5</i>	<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	<i>0</i>	<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	<i>1</i>
<i>Nº na ratio decidendi</i>	<i>3</i>	<i>Nº na ratio decidendi</i>	<i>0</i>	<i>Nº na ratio decidendi</i>	<i>0</i>
<i>Nº na rationale</i>	<i>2</i>	<i>Nº na rationale</i>	<i>0</i>	<i>Nº na rationale</i>	<i>1</i>
<i>Nº nos obiter dicta</i>	<i>0</i>	<i>Nº nos obiter dicta</i>	<i>0</i>	<i>Nº nos obiter dicta</i>	<i>0</i>
Ocorre que as vidas em jogo não podem ficar na dependência da burocracia estatal ou das idiosincrasias políticas, ainda que se reconheça que o decréscimo do financiamento de leitos possa ser circunstancial – decorrente do próprio dinamismo e imprevisibilidade da evolução da pandemia – ou motivado por protocolos orçamentários que a União é obrigada a cumprir. (p. 9)	<i>Ratio decide ndi</i>			Sem sombra de dúvidas, entendo que o tema é de primeira grandeza. Porém, por tratar-se de emergência nacional, a atuação da União deve-se dar de forma global e equilibrada, de modo a garantir que o tratamento da situação seja uniforme em todas as unidades da Federação, de acordo com a maior ou menor necessidade de cada um dos estados, justamente porque a vida de todos os cidadãos brasileiros importa e merece atenção. (p. 15-16)	<i>Rationa le</i>

Portanto, é de exigir-se do Governo Federal que suas ações sejam respaldadas por critérios técnicos e científicos, e que sejam implantadas as políticas públicas a partir de atos administrativos lógicos e coerentes. E não é lógica nem coerente, ou cientificamente defensável, a diminuição do número de leitos de UTI em um momento desafiador da pandemia, justamente quando constatado um incremento das mortes e das internações hospitalares. (p. 11)	<i>Ratio decide ndi</i>				
Afigura-se, ainda, o perigo da demora, que se revela intuitivo frente aos abalos mundiais causados pela pandemia e, particularmente no Brasil, diante das mais de 250 mil vidas vitimadas pelo vírus espúrio. O não endereçamento ágil e racional do problema pode multiplicar esse número de óbitos e potencializar a tragédia humanitária. Não há nada mais urgente do que o desejo de viver. (p. 11)	<i>Ratio decide ndi</i>				
Nesse contexto, eventual concessão de prioridades de modo a beneficiar isoladamente um único estado pode desequilibrar a estratégia de cooperação federativa, em desprestígio a entes que se encontram em situação mais delicada e crítica. Esse desequilíbrio poderá acarretar a falta de leitos de UTI a pacientes que demandem tal cuidado em outros estados da Federação. (p. 17)	<i>Rationa le</i>				
Tal risco de dano inverso merece exame cauteloso e demonstra que o Executivo, que possui melhor estrutura e informações, terá mais elementos para a alocação de leitos conforme a necessidade nacional, e não apenas a dos estados autores. (p. 18)	<i>Rationa le</i>				
Argumentos Empíricos					2
Fatos Concretos			Dados Científicos		
<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	2		<i>Nº de argumentos utilizados na decisão</i>	0	
<i>Nº na ratio decidendi</i>	0		<i>Nº na ratio decidendi</i>	0	
<i>Nº na rationale</i>	2		<i>Nº na rationale</i>	0	
<i>Nº nos obiter dicta</i>	0		<i>Nº nos obiter dicta</i>	0	
Destaco, nesse contexto, a informação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) no sentido de que, em janeiro de 2021 existiam 7.017 leitos financiados pelo Ministério da Saúde e, em fevereiro 2021, 3.187 leitos, contra os 12.003 leitos habilitados em dezembro de 2020. (p. 9)	<i>Rationa le</i>				
Ainda, segundo mapeamento recente do Ministério da Saúde, o país tem apresentado elevado número de doentes em todas as unidades da Federação, e não só em determinado estado ou município, consoante demonstra a tabela a seguir: [...] (p. 18-19)	<i>Rationa le</i>				
FORMAS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO (Ginsburg; Versteeg)					
<i>Controle do cumprimento exigências procedimentais devidas para elaboração do ato administrativo normativo – Controle formal</i>	SIM		NÃO	X	

<i>Controle das restrições a direitos geradas pelo ato administrativo normativo – Controle material</i>	SIM		NÃO	X	
<i>Ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de medidas em combate à pandemia – Controle material</i>	SIM	X	NÃO		
FORMAS DE INTERAÇÃO DIALÓGICA ENTRE OS PODERES (Bateup)					
<i>Indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo em caso de declaração de sua inconstitucionalidade</i>	SIM		NÃO	X	
<i>Fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo</i>	SIM		NÃO	X	
TROCA DE RAZÕES EFETIVA (Bateup, Souza e Silveira)					
<i>O STF considerou de forma expressa em seu julgamento as razões expostas pelo Executivo?</i>	SIM		NÃO	X	
Observações de preenchimento:					
* Registrar no fichamento entre colchetes ao final da transcrição do argumento o nº de vezes que ele se repetiu [repetiu X vezes], transcrevendo o mais claro.					
** Destacar em negrito a parte do argumento que o fez classificar dessa forma, deixando sem negrito o que envolve o contexto para entender o argumento.					