



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Redimindo o ativismo judicial:
constitucionalismo democrático e
a função contra-argumentativa das
cortes constitucionais

Redeeming judicial activism:
democratic constitutionalism and
the counter-argumentative role of
constitutional courts

Matheus Casimiro

Eduarda Peixoto da Cunha França

Flavianne Fernanda Bitencourt
Nóbrega

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Sumário

I. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	13
CONTENIDO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO FRENTE AL RIESGO A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y SUS CONTRASTES CON LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN E IN DUBIO PRO NATURA	15
Edison Ramiro Calahorrano Latorre e Jairo Lucero Pantoja	
THE ROLE OF THE CENTRAL AND REGIONAL GOVERNMENTS OF INDONESIA IN THE INDONESIA-PAPUA NEW GUINEA BORDER DEVELOPMENT POLICY	40
Yosephina Ohoiwutun, M. Zaenul Muttaqin, Vince Tebay, Ilham Ilham e Dorthea Renyaan	
REFLEXÕES SOBRE A ECONOMIA CIRCULAR E A LOGÍSTICA REVERSA DOS RESÍDUOS ELETROELETRÔNICOS: A CONCESSÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS PARA COOPERATIVAS DE RECICLAGEM COMO EFICIENTE INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	54
Joana D'Arc Dias Martins, Maria de Fátima Ribeiro e Mireni Oliveira Costa Silva	
II. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO DIGITAL.....	80
O BRASIL EM MEIO À CORRIDA REGULATÓRIA PELA GOVERNANÇA DA ECONOMIA DIGITAL	82
Lucas da Silva Tasquetto, Fábio Costa Morosini e Lucas Cardoso Martini	
INTERNET DAS COISAS (IoT) E OS DIREITOS À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS DO CIDADÃO: UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO	116
Têmis Limberger, Gustavo Santanna e Demétrio Beck da Silva Giannakos	
DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA: AUTONOMIA OU DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA?	129
Guilherme Aparecido da Silva Maia e Lídia Maria Ribas	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA (RSC) NA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM REDES SOCIAIS: A LEGALIDADE DOS ATOS DE CONTROLE DA AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL.....	147
Michelle Lucas Cardoso Balbino	
III. POLÍTICAS PÚBLICAS EM REGULAÇÃO FINANCEIRA E FISCAL.....	177
DESASTRES SOCIONATURAIS E POLÍTICA FISCAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ORÇAMENTO FEDERAL VOLTADO À DEFESA CIVIL NO BRASIL	179
Fernanda Dalla Libera Damacena, Renato Eliseu Costa, Felipe Fonseca e Victor Marchezini	

O PAPEL DAS COMPLEMENTARIDADES LOCAIS NA RECEPÇÃO DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS GLOBAIS: EVIDÊNCIAS DA REGULAÇÃO BANCÁRIA BRASILEIRA E MEXICANA.....	203
Mario G. Schapiro	
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIDADE E TRANSPARÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS ESTADUAIS.....	229
Vinícius Klein e Eduardo M. Lima Rodrigues de Castro	
RESPOSTAS FISCAIS DOS GOVERNOS ESTADUAIS PARA O COMBATE AOS EFEITOS ECONÔMICOS DA COVID-19: UM ESTUDO COMPARADO MÉXICO E BRASIL.....	248
Jamille Carla Oliveira Araújo, Fernando Gentil de Souza, Laura Margarita Medina Celis, María Guadalupe Aguirre Guzmán e Umbelina Cravo Teixeira Lagioia	
IV. INTERVENÇÃO DE ATORES NACIONAIS EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	272
REDIMINDO O ATIVISMO JUDICIAL: CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A FUNÇÃO CONTRA-ARGUMENTATIVA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS.....	274
Matheus Casimiro, Eduarda Peixoto da Cunha França e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega	
O PODER JUDICIÁRIO NO INCENTIVO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS OU ADOLESCENTES PRETERIDOS E A BUSCA ATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR ..	295
Ana Elisa Silva Fernandes Vieira e Dirceu Pereira Siqueira	
A COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E AS CHAMADAS ILUSÕES CONSTITUCIONAIS	324
Daniel Araújo Valença e Diana Melissa Ferreira Alves Diniz	
V. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE GRUPOS MINORITÁRIOS	340
VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRABAJO: DESAFÍOS PARA LA INDEPENDENCIA ECONÓMICA NECESARIA PARA ROMPER EL VÍNCULO CON EL AGRESOR.....	342
Bárbara Sordi Stock, Edita Del Pilar Astete Ramos, Gerardo Antonio Márquez Rondón e Camila Ignacia Espinoza Almonacid	
FEMINIST CONSTITUTIONALISM AS AN INSTRUMENT FOR THE EDUCATIONAL TRANSFORMATION OF SPACES OF INTELLIGIBILITY IN LAW	359
Fábio Rezende Braga, Marcella Oliveira Araujo e Melina Girardi Fachin	
PROTEÇÃO INTERAMERICANA AOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER: DIRETRIZES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE LEIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO, COM ÊNFASE PARA O BRASIL	374
Camila Carvalho Ribeiro e Thiago Oliveira Moreira	
ACCESO A LA JUSTICIA, JUSTICIAS Y LAS MUJERES INDÍGENAS EN EL PROCESO CONSTITUYENTE DE CHILE 2019-2023.....	400
Sheila Fernández-Míguez e Juan Jorge Faundes Peñafiel	

VI. OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS 428

CRISE DA SEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À FOME (2004-2022) 430

Bruno Teixeira Lins, João Vitor da Silva Batista e Fran Espinoza

DETENTION OF A PERSON SUSPECTED OF COMMITTING A CRIMINAL OFFENSE DURING MARTIAL LAW IN UKRAINE 452

Serhii Ablamskyi, Volodymyr Galagan, Iryna Basysta e Zhanna Udovenko

Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra-argumentativa das cortes constitucionais*

Redeeming judicial activism: democratic constitutionalism and the counter-argumentative role of constitutional courts

Matheus Casimiro**

Eduarda Peixoto da Cunha França***

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega****

* Recebido em: 20/01/2022
Aprovado em: 27/11/2023

** Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre e graduado em Direito pela UFC. Assessor Especial da Presidência do STF, atuando no Núcleo de Processos Estruturais e Complexos. E-mail: mcgserafim@gmail.com

*** Doutoranda e Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) na linha Justiça e Direitos Humanos na América Latina. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (UFPE). Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI), do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID) e do Projeto de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH). E-mail: eduardacunhapf@gmail.com

**** Professora Permanente da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), vinculada à linha de pesquisa “Justiça e Direitos Humanos na América Latina”. Coordenadora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da UFPE. Coordenadora do Projeto Litigantes do Futuro, vinculado ao Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos - aSIDH”. Pós-doutorado no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. E-mail: flavianne@gmail.com

Resumo

A expressão “ativismo judicial” funciona como um trunfo argumentativo para aqueles autores que discordam de decisões judiciais acerca de temas controversos. Tão logo uma decisão seja definida como ativista, será considerada ilegítima e, inclusive, inconstitucional, encerrando debates acerca de *hard cases* que poderiam ocorrer de modo mais científico e menos subjetivo. Busca-se, por meio deste artigo, desmistificar a expressão “ativismo judicial” e desvinculá-la de um sentido intrinsecamente pejorativo. Com base na Teoria do Constitucionalismo Democrático, desenvolvida por Reva Siegel e Robert Post, apresenta-se o papel contra-argumentativo que a jurisdição constitucional desempenha e como, nessa função, ela pode proferir decisões ativistas legítimas e constitucionalmente fundamentadas. Com base nisso, apresentam-se quatro critérios para avaliar se uma decisão ativista é adequada: o normativo; o de *accountability*; o da jusfundamentalidade; e o dialógico. Por fim, analisam-se decisões recentes do STF (ADPFs 709 e 742 e as ADIs n.ºs 6.341, 6.856 e 6.857), proferidas durante a pandemia, constatando-se que são compatíveis com os critérios propostos. Adota-se, no trabalho, o método hipotético-dedutivo e a pesquisa de cunho bibliográfico-documental, juntamente a uma análise qualitativa de casos.

Palavras-chave: ativismo judicial; direitos fundamentais; jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal; separação de poderes.

Abstract

The expression “judicial activism” works as an argumentative asset for those who disagree with court decisions on controversial issues. As soon as a decision is defined as activist, it will be considered illegitimate and even unconstitutional, ending debates about hard cases that could occur in a more scientific and less subjective way. The present work seeks to demystify the expression “judicial activism” and detach it from an intrinsically pejorative

sense. Based on the theory of Democratic Constitutionalism, developed by Reva Siegel and Robert Post, it presents the counter-argumentative role that constitutional jurisdiction plays and how, in this role, it can deliver legitimate and constitutionally grounded activist decisions. Based on this, four criteria are presented to assess whether an activist decision is adequate: the normative; that of accountability; that of jusfundamentality; and the dialogic. Finally, recent STF decisions (ADPFs 709 and 742 and ADIs nos. 6,341, 6,856 and 6,857), issued during the pandemic, are analyzed, finding that they are compatible with the proposed criteria. The work adopts the hypothetical-deductive method and bibliographical-documentary research, together with a qualitative analysis of cases.

Keywords: judicial activism; fundamental rights; constitutional jurisdiction; Brazilian Supreme Court; separation of powers.

1 Introdução

Anátema é uma palavra de origem grega que, etimologicamente, significa oferenda, mas no seu uso principal indica que algo é amaldiçoado, execrado, excomungado ou banido de determinado grupo, com grande reprovação¹. No Direito, sobretudo no Direito Constitucional, a expressão “ativismo judicial” se tornou um anátema. Costuma ser utilizada para externar que um juiz ou tribunal tomou uma decisão que, do ponto de vista do observador, é equivocada. Diversos critérios podem ser considerados para avaliar uma decisão como ativista: a abordagem de questões políticas; a postura proativa na proteção de direitos fundamentais; a criação de direitos não explicitamente previstos na Constituição; a superação indevida de precedentes; ou mesmo a adoção de um curso de ação contrário às expectativas das maiorias ou dos grupos de poder.

Todavia, não se retrata, por meio de nenhuma dessas hipóteses, plenamente, o significado de “ativismo judicial”, uma vez que a expressão vem sendo empregada por juristas, jornalistas e cientistas políticos de modo contingencial. A ausência de objetividade e definição clara do termo resulta na possibilidade de duas ou mais pessoas discutirem o tema com base em conceitos distintos, levando a interpretações que se referem a fenômenos completamente diferentes uns dos outros.

Por meio deste artigo, busca-se não somente esclarecer, mas desmistificar o ativismo judicial. Acredita-se que a utilização arbitrária desse termo dificulta a possibilidade de que sejam travadas discussões profícuas sobre a atuação do Poder Judiciário — e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Compreender o real significado de ativismo permite que os trabalhos produzidos acerca da temática obtenham maior cientificidade e se distanciem de questões subjetivas, atreladas às opiniões pessoais dos pesquisadores e operadores do Direito. Isso não implica que decisões judiciais — sejam de instâncias inferiores ou do STF — não possam ser criticadas. Pretende-se, apenas, melhorar o nível das discussões. Atualmente, tão logo alguém defina uma decisão como ativista, o debate parece encerrar ali, como se o ativismo em si fosse um argumento definitivo contra a decisão. O objetivo deste trabalho é demonstrar que taxar uma decisão de ativista não é suficiente para defini-la como inconstitucional ou ilegítima, sendo necessários argumentos complementares.

A fim de demonstrar qual o real sentido de “ativismo judicial” e de avaliar como as Cortes Constitucionais podem desempenhar um papel contra-argumentativo, realiza-se pesquisa de cunho bibliográfico-documental, bem como analisam-se relevantes decisões do STF durante a pandemia de Covid-19. As ações estudadas são: as ADPFs 709 e 742, ajuizadas em 2020 para proteger o direito à saúde de grupos vulneráveis — indígenas e quilombolas, respectivamente —; e as ADIs n.os 6.341, 6.856 e 6.857, que tinham como ponto central os limites das competências de atuação da União e dos Estados na pandemia.

¹ MICHAELIS. *Anátema*. 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?pid=WKBB>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Quanto à estrutura, o trabalho está dividido em três partes. Inicialmente, aborda-se o problema dos múltiplos significados que o ativismo assume, a fim de demonstrar que a expressão tem um conceito multidimensional e que a sua manifestação não é, necessariamente, ilegítima. Na segunda parte, será apresentada a função contra-argumentativa que as cortes constitucionais podem desempenhar em uma determinada sociedade. Além disso, serão estabelecidos critérios que devem nortear as cortes em suas atuações, embasados, sobretudo, na ideia de Constitucionalismo Democrático, sustentada pelos juristas norte-americanos Reva Siegel e Robert Post. Por fim, o estudo aplica os critérios apresentados no tópico anterior à atuação do STF durante o período da pandemia do Covid-19, buscando analisar como ocorreu a intervenção do Tribunal em matérias que envolviam questões políticas sensíveis.

2 Ativismo judicial: uma expressão multidimensional

Atualmente, quando se discute sobre a correção de uma decisão judicial, tão logo um dos debatedores consiga enquadrá-la como ativista, muitos dão a questão por encerrada. É como se a expressão “ativismo judicial” carregasse uma inconstitucionalidade ou ilegitimidade intrínseca, superando os argumentos, inclusive constitucionais, que podem justificar a decisão. O termo ativismo se tornou uma expressão pejorativa, aplicada a decisões das quais se discorda².

O problema com o uso descuidado da expressão não é a sua falta de sentido, mas a diversidade de sentidos possíveis³. A expressão foi utilizada, pela primeira vez, em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr., publicado na revista *Fortune*, em 1947. O objetivo do autor era demonstrar as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte estadunidense. Assim, adjetivou de “ativistas” quatro juízes da Corte, especialmente Hugo Black e William O. Douglas. De outro lado, classificou Felix Frankfurter e Robert Jackson como os “campeões da autocontenção”⁴.

Na divisão feita pelo jornalista, o grupo “Black-Douglas” sustentava que a Suprema Corte podia desempenhar um papel afirmativo na expansão dos direitos individuais e na promoção do bem-estar social, sendo-lhe viável exercer o poder judicial para atingir resultados socialmente desejáveis. Direito e política, desse modo, seriam esferas que não poderiam ser separadas. Em contrapartida, o grupo “Frankfurt-Jackson” defendia a linha da autocontenção judicial, de forma a respeitar as opções políticas do Poder Legislativo e do Governo, ainda que na visão particular dos *justices* elas não fossem as melhores⁵.

No seu texto, Schlesinger não discutia o papel adequado do Poder Judiciário ou estabelecia critérios para adjetivar um juiz, uma decisão ou um tribunal enquanto ativista, preocupando-se somente em descrever a Suprema Corte norte-americana em um específico momento histórico, enfatizando traços subjetivos dos *justices*⁶.

Nas décadas subsequentes, o termo foi utilizado de diversas formas. É possível que um crítico do ativismo não saiba que a expressão possa ser utilizada para decisões: (i) que reconhecem direitos não previstos

² KLARE, Karl E. Critical perspectives on social and economic rights, democracy and separation of powers. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*. Nova York: Routledge Research in Human Rights Law, 2014. p. 3-22. p. 5.

³ LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, v. 77, p. 181-232, 2008. p. 184-186.

⁴ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

⁵ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

⁶ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

expressamente pelo texto constitucional⁷; (ii) que não são baseadas na ideia de fidelidade ao Direito⁸; (iii) que superam indevidamente precedentes judiciais⁹; (iv) que resultam da busca do juiz por resultados considerados positivos (*result-oriented judging*)¹⁰; (v) que impõem os valores e ideologias do juiz em detrimento do texto e dos valores constitucionais¹¹; (vi) que invalidam leis que não são consideradas claramente inconstitucionais¹²; (vii) que substituem a escolha feita por órgão competente, sem apresentar fundamentos jurídicos suficientes¹³; (viii) que adotem métodos interpretativos “não ortodoxos”¹⁴, especialmente aqueles que negam o paradigma originalista; (ix) que interfiram em questões de políticas públicas¹⁵.

Em trabalho acerca da temática, Diego Werneck Arguelhes, Fabiana Luci e Leandro Ribeiro¹⁶ mostram como o mesmo ocorre no Brasil. Os autores tratam especificamente da utilização do termo pela mídia do país, destacando as três hipóteses mais comuns de sua utilização. A primeira delas é “ativismo como engajamento político e social”, que adota um enfoque majoritariamente positivo e significa um maior engajamento político por parte do Poder Judiciário em oposição a uma postura mais conservadora e tradicionalista. A segunda é “ativismo como usurpação do poder”, que assume uma conotação negativa, pois explora-se, nessa hipótese, o aspecto da falta de legitimidade e respaldo constitucional dos juízes para decidirem questões da competência de outros Poderes e de invadir decisões tomadas pelos Poderes eleitos. Por fim, a última ideia apresentada pelos autores é a de “ativismo judicial como ocupação de vácuo de Poder”, que pode ser definido como aquele em que o Poder Judiciário ocupa um espaço político, um vácuo de poder deixado pelo Poder Legislativo (especialmente) e, também, pelo Poder Executivo¹⁷.

Diante de tantas possibilidades de sentido, todos nós, cedo ou tarde, defenderemos decisões consideradas ativistas, a partir de alguma dessas perspectivas.¹⁸ E não só pela pluralidade semântica. Enquanto a legislação ordinária é composta principalmente por termos técnicos, cujo sentido foi consolidado pela dogmática jurídica ao longo dos séculos, os textos constitucionais estão repletos de termos que são historicamente disputados.¹⁹ A Constituição de 1988 não foge à regra, apresentando diversos princípios abertos a leituras políticas e morais divergentes.

Walter Bryce Gallie²⁰ intitula essas expressões de conceitos essencialmente contestados: termos cujo dito uso adequado envolve disputas intermináveis. Para compreender a ideia do autor, é útil conhecer a diferença

⁷ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, 2002. p. 103-104.

⁸ BUSTAMANTE, Thomas. Ativismo judicial em tempos de resiliência: análise e crítica de um conceito controverso. In: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira (org.). *Resiliência e deslealdade constitucional: uma década de crise*. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 543-572. p. 569.

⁹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 242, p. 21-47, 2015. p. 24.

¹⁰ GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 53-54.

¹¹ ABOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 28.

¹² KMEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1477, 2004. p. 1463-1464.

¹³ ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção e decisões ativistas*. Londrina: Thoth, 2022. p. 33.

¹⁴ KMEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1477, 2004. p. 1473-1475.

¹⁵ FEOLI, Marco. Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad? *Pensamiento Jurídico*, n. 41, p. 127-162, 2015. p. 133-135.

¹⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, 2014.

¹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, 2014. p. 50-60.

¹⁸ LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, v. 77, p. 181-232, 2008. p. 230-232.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023. p. 244-245.

²⁰ GALLIE, Walter Bryce. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 167-198, 1955. p. 169.

entre conceito e concepção.²¹ O conceito é um termo abstrato, como justiça e igualdade, de natureza normativa e com complexas estruturas internas, que fazem com que as discordâncias surjam. Já as concepções são diferentes compreensões que surgem de um mesmo conceito. Nesse sentido, pode-se afirmar que o conceito de justiça seja dar a cada um o que lhe é devido; o conceito de igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças. Ainda assim, utilizam-se diferentes concepções sobre justiça para determinar o que é devido. Da mesma forma, concepções diferentes sobre igualdade fornecem critérios distintos para determinar quais as desigualdades relevantes entre os indivíduos.

Por isso, um juiz pode honestamente buscar a melhor leitura possível da Constituição e, ainda assim, sua compreensão será baseada em uma concepção específica dos princípios constitucionais.²² Outros juízes e doutrinadores, também, agindo de boa-fé e apresentando argumentos razoáveis, podem chamá-lo de ativista, pois farão uma leitura diferente dos mesmos princípios, a partir de uma outra concepção.²³ Imaginemos um pesquisador que entenda o ativismo judicial como “decisões pautadas em uma interpretação contrária ao originalismo”. Ao analisar uma decisão específica, pode considerá-la correta, e não ativista, já que está fundamentada no sentido originalmente pretendido pelo constituinte. No entanto, para outro pesquisador de boa-fé, a mesma decisão pode ser considerada ativista, visto que superou indevidamente um precedente judicial. Nesse caso, estaremos diante de um desacordo razoável sobre a compreensão de conceitos essencialmente contestados.

Considerando-se essas dificuldades, propõe-se a adoção de um conceito mais amplo: ativismo judicial, relativo a uma autoexpansão do papel político-institucional do Judiciário em face dos outros Poderes²⁴. O ativismo, assim, ocorre quando o Poder Judiciário ocupa vácuos criados — intencionalmente ou não — pelas instâncias majoritárias. O ativismo não representa, necessariamente, uma intromissão ilegítima do Judiciário na esfera de atuação política; não significa que o juiz decidiu apenas com base naquilo que ele entende enquanto “justo”; e não denuncia um erro na tomada de decisão judicial. Ativismo significa, tão somente, que um determinado juiz ou tribunal, a partir do momento em que foi provocado, assumiu uma postura proativa no julgamento de um certo caso em concreto, tendo em vista a viabilidade político-institucional (e até mesmo social) de que este ocupe um vazio de poder existente. A compreensão sobre a legitimidade da decisão ativista depende da sua fundamentação, ou seja, se existem argumentos constitucionais que justifiquem o preenchimento desse vácuo de poder.

Além disso, a complexidade do ativismo judicial não permite que o fenômeno seja abordado de forma simples. Isso faz com que seja necessário pensá-lo a partir de dimensões (ou facetas)²⁵, as quais são capazes de abarcar as peculiaridades e nuances de suas manifestações e, a partir daí, enquadrá-las enquanto benéficas ou prejudiciais à democracia. Portanto, o ativismo judicial não pode ser considerado aprioristicamente ilegítimo ou inconstitucional, pois isso depende dos diferentes fatores envolvidos e da dimensão decisória manifestada, conforme afirmado anteriormente²⁶.

²¹ WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy*, v. 21, p. 137-164, 2002. p. 149-150.

²² POST, Robert. Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010. p. 1344-1346.

²³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira; DAMASCENO, Daniel. Ainda sobre ativismo judicial: desfazendo mitos e equívocos para um conceito definitivo. *NOMOS*, v. 40, n. 2, p. 161-176, 2020. p. 165.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 347.

²⁵ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Uma proposta para o acesso igualitário à justiça: processos estruturais enquanto caminho para a proteção judicial dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Argumenta Journal Law*, n. 37, p. 87-116, 2022.; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁶ Nesse sentido, Campos afirma que apenas a dimensão antidialógica, na qual o Judiciário afirma ter a última palavra sobre o sentido da Constituição, de forma solipsista ou autorreferenciada, deve ser tida como manifestação judicial ilegítima. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 332.

A concepção de ativismo como um fenômeno intrinsecamente inconstitucional relaciona-se ao que Virgílio Afonso da Silva²⁷ nomeia de “Mito de Montesquieu”: como um mantra, repete-se a tripartição de funções proposta pelo autor inglês em “O Espírito das Leis”, desconsiderando as diferenças institucionais e históricas entre a Inglaterra do século XVIII, objeto da análise descritiva de Montesquieu, e as sociedades contemporâneas, especialmente a brasileira. Na verdade, não existe, e nem deveria existir, um único modelo de separação de poderes. O *design* das instituições políticas de um país sequer precisa seguir o clássico modelo de divisão de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário²⁸. Assim, é possível repensar a forma de atuação dos juízes, que não devem ser — se é que algum dia foram — apenas “boca da lei” ou, ao exercer a jurisdição constitucional, serem apenas legisladores negativos²⁹.

Como um princípio, a separação de poderes pode ser realizada de formas diversas, conforme a cultura jurídica, a história, as circunstâncias socioeconômicas e o texto constitucional de cada país. O seu núcleo essencial³⁰ exige que os poderes do Estado sejam divididos entre diferentes órgãos (para que o poder estatal não resida em uma única instituição) e que haja controle recíproco entre eles³¹. No entanto, esse núcleo essencial pode ser realizado por diversos arranjos institucionais.

Dito isso, parte-se, neste trabalho, de uma visão dinâmica da separação de poderes. Sim, há funções típicas que usualmente são exercidas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Mas essa legitimidade *a priori* para exercer determinadas atribuições não é absoluta, podendo ser questionada no caso concreto³². Se isso for feito de forma justificada, isto é, baseada em fundamentos normativos suficientes, então, o Judiciário pode ter, inclusive, mais legitimidade para a tomada de determinadas decisões que o órgão encarregado de exercer aquela função tipicamente³³. Não se trata de uma intervenção destinada a “usurpar” competências. Na verdade, a finalidade é que o sistema de freios e contrapesos seja efetivo³⁴ e que os órgãos estatais possam atuar de forma colaborativa em prol dos direitos fundamentais. Em vez de comparar instituições para saber qual deve ter a última palavra sobre determinado tema, deve-se compará-las para compreender como, em uma atuação conjunta, podem-se obter melhores resultados³⁵.

3 A função contra-argumentativa das cortes constitucionais: uma resposta a partir do constitucionalismo democrático

A visão de que o ativismo judicial seria intrinsecamente inconstitucional parece encontrar fundamento em um pressuposto equivocado, desenvolvido ao longo do século XX, principalmente em sua segunda metade, por teorias normativas sobre o *judicial review* que construíram um muro divisor entre a política e o Di-

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599. p. 589.

²⁸ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.

²⁹ NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 91, n. 1, p. 05-20, 2011. p. 10.

³⁰ WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *Boston College Law Review*, v. 54, p. 433-468, 2013.

³¹ VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief: a context-sensitive approach. *South African Journal on Human Rights*, v. 34, n. 2, p. 209-230, 2018. p. 211-212.

³² MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 159-185. p. 177.

³³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183-185.

³⁴ PODDAR, Mihika; NAHAR, Bhavya. “Continuing Mandamus”: a judicial innovation to bridge the right-remedy gap. *NUJS Law Review*, v. 10, p. 555-608, 2017. p. 560-561.

³⁵ ORTEGA, Roberto Niembro. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 79.

reito. Consequentemente, “nós, no século XXI, tendemos a dividir o mundo em dois domínios diferentes: o domínio da política e o domínio do Direito”³⁶. A falsa dicotomia faz com que o Legislativo seja visto como o fórum da vontade, enquanto o Judiciário, especialmente sua Corte Constitucional, como o fórum da razão³⁷.

Nos últimos anos, entretanto, os juristas reconhecem a íntima conexão entre Direito, política e jurisdição constitucional. Autores como Rosalind Dixon³⁸, Tom Ginsburg³⁹ e Ran Hirschl⁴⁰ apresentam a relação entre esses elementos. No Brasil, autores como Ernani de Carvalho⁴¹, Oscar Vilhena Vieira⁴², Débora Maciel e Andrei Koerner⁴³, Loiane Prado Verbicaro⁴⁴ e Patrícia Perrone⁴⁵ também compartilham dessa percepção. As Cortes Constitucionais são influenciadas pela opinião pública e pela possível reação dos agentes políticos às suas decisões, levando esses fatores em consideração em seus julgados⁴⁶. O próprio fortalecimento do *judicial review* favorece atores políticos hegemônicos, protegendo-os contra as dificuldades de um futuro político incerto ou transferindo para o Judiciário a responsabilidade e os riscos por decisões políticas polêmicas⁴⁷. Por isso, como explica Friedman⁴⁸, as teorias constitucionais normativas precisam considerar a relação entre Direito, política e jurisdição constitucional. A respeito do tema, para Carlos Azevedo Campos:

é tão improdutivo conceber cortes constitucionais como órgãos puramente judiciais como obscuro compreendê-las como órgãos simplesmente políticos, indistinguíveis dos corpos legislativos e administrativos [...] cortes constitucionais contemporâneas atuam, ao menos, deveriam atuar, em equilíbrio apropriado entre função judicial e função política⁴⁹.

Reconhecendo a influência de fatores políticos e sociais na interpretação da Constituição, o que se deve esperar de uma Corte Constitucional? As pesquisas de Reva Siegel e Robert Post ajudam a responder esse questionamento.

Analisando o constitucionalismo americano após a Corte Warren, os autores constatarem que os juristas e os movimentos sociais progressistas têm adotado uma postura de desconfiança em relação ao Judiciário, defendendo que a Constituição deve ser retirada dos tribunais e aproximada do povo⁵⁰. Uma das principais razões para isso é o temor de que um Judiciário ativista possa gerar um *backlash*⁵¹ político e cultural que

³⁶ “We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law.” KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 7.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84-85.

³⁸ DIXON, Rosalind. *Responsive judicial review: democracy and dysfunction in the modern age*. Oxford: Oxford University Press, 2023.; DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

³⁹ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (org.). *Comparative judicial review*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 36-59.

⁴⁰ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

⁴¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, p. 127-139, 2004.

⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.

⁴³ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, p. 113-133, 2002.

⁴⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 389-406, 2008.

⁴⁵ MELLO, Patricia Perrone Campos. ‘A vida como ela é’: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018.

⁴⁶ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (org.). *Comparative judicial review*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 53-54.

⁴⁷ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. p. 84-85.

⁴⁸ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257-337, 2005. p. 258-259.

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 155.

⁵⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. p. 373-374.

⁵¹ O termo designa uma contundente reação contrária a decisões judiciais consideradas excessivamente progressistas ou conservadoras, podendo advir tanto da sociedade quanto dos poderes políticos instituídos, comprometendo a eficiência da sentença pro-

atrapalhe, mais do que ajude, os valores progressistas. A solução, portanto, seria evitar decisões que gerem um *backlash*.

Conforme os autores, os progressistas propõem uma solução extremista. Como contraponto, apresentam um modelo mais equilibrado: o constitucionalismo democrático, que encara os desacordos interpretativos como uma condição normal para o desenvolvimento do Direito Constitucional. Nessa perspectiva, parte-se da premissa de que a autoridade do texto constitucional depende de sua legitimidade democrática, com a aptidão da Constituição para inspirar os americanos a reconhecê-la como sua⁵². Se os tribunais interpretam a Constituição de uma forma que diverge profundamente das convicções do povo americano, este encontrará formas de comunicar suas objeções e resistir à decisão judicial.

Siegel e Post ressaltam que, historicamente, os americanos têm se mobilizado para apoiar ou se opor às decisões judiciais. Para o pensamento jurídico tradicional, que confunde a Constituição com a decisão do Judiciário, a resistência aos tribunais é vista como uma ameaça à própria Constituição. Contudo, essa identificação entre decisão e Constituição é equivocada.

Ao decidir um *hard case*, o juiz constitucional analisa os princípios aplicáveis ao caso e busca interpretá-los da forma que considera mais coerente e constitucionalmente adequada⁵³. Ainda, quando segmentos sociais resistem à decisão judicial e questionam os seus fundamentos, fazem isso acreditando que estão defendendo uma interpretação mais adequada da Constituição e que a Corte está equivocada⁵⁴. Isso não significa ignorar a autoridade do texto constitucional, pelo contrário. Ao questionar a decisão, os segmentos sociais recorrem à Constituição e à tradição constitucional do país para propor uma leitura adequada — em sua visão — dos valores constitucionais. Dessa forma, até mesmo a resistência à interpretação judicial pode fortalecer a legitimidade do texto constitucional.

Em uma democracia, a Constituição apresenta diferentes funções. Além de criar as “regras do jogo” democrático e limitar o exercício do poder, ela também traz normas esvaziadas de sentido e axiologicamente abertas. Essas normas fazem parte do que Robert Cover⁵⁵ chama de *nomos* de uma nação, isto é, os compromissos e valores fundamentais que integram a identidade nacional. Contudo, são normas controversas, já que os americanos têm visões e compreensões diferentes sobre como deve ser compreendida a identidade nacional⁵⁶. No âmbito de uma sociedade plural, cuja constituição reflete a diversidade de concepções políticas, a discordância sobre a melhor leitura dos valores constitucionais é inevitável. Inclusive, por essa razão, mais cedo ou mais tarde, costuma-se defender uma decisão que pode ser considerada como ativista por um grupo discordante. A leitura que o indivíduo considera como a melhor pode dar preferência a determinados valores constitucionais que outros não dariam e, por isso, sua decisão para o caso concreto seria diferente. Ambos os lados acreditam defender a melhor leitura da Constituição e apresentam argumentos razoáveis a seu favor sem, contudo, chegarem a um consenso.

Nessa perspectiva, o texto constitucional é essencial, já que é utilizado como fonte de argumentos e valores que permitem aos cidadãos questionar e defender diferentes sentidos constitucionais⁵⁷. No entanto, o Ju-

ferida. KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-196. p. 194.

⁵² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. p. 374.

⁵³ POST, Robert. Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010. p. 1319.

⁵⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. p. 375.

⁵⁵ COVER, Robert M. Foreword: nomos and narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983. p. 4-7.

⁵⁶ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-34. p. 26-28.

⁵⁷ SIEGEL, Reva B. Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, p. 297-351, 2001. p. 345.

diciário não pode ser visto como o único intérprete da Constituição, tampouco como intérprete isolado. Na verdade, as grandes mudanças de interpretação dos valores constitucionais não surgem no Judiciário, mas no conflito de narrativas entre diferentes movimentos e grupos sociais⁵⁸. Os juízes desempenham a sua função em meio a um conflito — dentro e fora dos tribunais — de narrativas sobre como a Constituição deve ser compreendida. As narrativas conflitantes tentam influenciar todos os agentes públicos responsáveis pela aplicação das normas constitucionais, especialmente os juízes. Como ressaltam Souza Neto e Sarmiento⁵⁹,

O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar, nos mais diversos espaços — no Judiciário e fora dele —, pela sua leitura da Constituição, buscando aproximar as práticas constitucionais do seu ideário político e de suas utopias.

Nesse caso, um Judiciário pautado pelo diálogo institucional pode contribuir para preservar a deliberação política e estimulá-la⁶⁰.

Diante da constante divergência sobre os valores fundamentais, como esperar que os cidadãos continuem fiéis e defensores da autoridade constitucional? Siegel e Post⁶¹ defendem que isso ocorre porque os indivíduos acreditam que é possível persuadir outros cidadãos, agentes públicos e os tribunais sobre um novo sentido para a Constituição. Há um aparente paradoxo: a possibilidade de divergência sobre os sentidos da Constituição preserva a autoridade constitucional, na medida em que as pessoas, com diferentes visões, acreditam e defendem que a Constituição acolhe os seus valores e que é possível convencer a sociedade disso.

Para gerar o convencimento nos outros de que sua interpretação é a mais adequada, o movimento recorre à cultura constitucional do país, isto é, ao conjunto de conceitos, ideias e argumentos utilizados e guiam a interação entre os cidadãos e os agentes públicos em questões que envolvem a interpretação da Constituição⁶². Se o movimento deseja persuadir as autoridades de suas ideias, bem como a opinião pública, precisará enfrentar os argumentos de movimentos e grupos contrários aos seus ideais. Nesse embate político pelo apoio e persuasão dos agentes públicos e da população, os dois lados incorporam preocupações e elementos do outro, a fim de tornar suas ideias mais aceitáveis⁶³. Essa síntese dialética torna viável uma proposta menos radical e mais factível de ser implementada pelas autoridades públicas pela via interpretativa.

Ao explicar como a divergência a respeito da interpretação constitucional pode promover a unidade social, Reva Siegel⁶⁴ apresenta algumas observações importantes. Primeiramente, a autora não nega que o Judiciário tem um papel central no constitucionalismo, tampouco que possui a palavra final sobre a constitucionalidade das leis. No entanto, a última palavra sobre a constitucionalidade de uma lei específica não equivale à última palavra sobre a interpretação da Constituição. O controle de constitucionalidade é exercido no meio de mobilizações sociais e conflitos sociopolíticos sobre o sentido do texto constitucional, e, nesse contexto de disputa fora dos tribunais, a Corte acaba intervindo. Em vez de ser razão para preocupação, o debate sobre o sentido da Constituição, e, inclusive, o questionamento da decisão judicial, deve ser visto

⁵⁸ BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 4, p. 927-950, 2006. p. 948-949.

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Cruz; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. p. 160.

⁶⁰ NUNES, Daniel Capecchi. *Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania: o Supremo Tribunal Federal na Nova República*. 2016. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 72.

⁶¹ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-34. p. 26-28.

⁶² SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and the constitutional change: the case of the de facto era. *California Law Review*, v. 94, p. 1323-1420, 2006. p. 1325.

⁶³ SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and the constitutional change: the case of the de facto era. *California Law Review*, v. 94, p. 1323-1420, 2006. p. 1362-1365.

⁶⁴ SIEGEL, Reva B. Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, p. 297-351, 2001. p. 348-349.

como um ponto de união: todos estão em um empreendimento comum para interpretar o mesmo texto e tradição constitucional.

Podem-se sintetizar algumas lições importantes do constitucionalismo democrático para o tema tratado neste artigo: 1. a interpretação da Constituição não é monopólio judicial, sendo influenciada por movimentos sociais e pela atuação dos outros Poderes; 2. a Constituição possui conceitos essencialmente contestados que possibilitam um desacordo razoável sobre a sua melhor interpretação; 3. a discordância sobre a interpretação constitucional é vista como um elemento que promove a união social, visto que os diferentes grupos recorrem a um texto constitucional e a uma cultura constitucional comum, que consideram como suas; 4. a decisão de uma Corte Constitucional é apenas uma “última palavra provisória”, tendo em vista que os movimentos sociais e outros Poderes podem questioná-la com base na própria Constituição; 5. apesar de não ser uma última palavra definitiva, a decisão de uma Corte Constitucional tem um relevante papel a desempenhar na proteção de direitos fundamentais e no debate público sobre o sentido da Constituição.

Dito isso, como se pode aplicar o pensamento de Siegel e Post à discussão sobre ativismo judicial na jurisdição constitucional? A proposta defendida, neste artigo, é de que a Corte Constitucional tem uma importante função contra-argumentativa a desempenhar nas democracias atuais. Ao atuar dessa forma, a Corte, a partir do texto constitucional e de seus precedentes, questiona ações e omissões dos outros Poderes que colocam em risco os direitos fundamentais, especialmente aqueles mais relevantes aos grupos vulneráveis. Isso não significa que essas instituições possuem respostas iluministas ou superiores, mas que podem promover o debate público sobre questões sociais relevantes, questionando decisões tomadas pelos outros poderes e promovendo *accountability* do Poder Público.

No processo legislativo e na elaboração de políticas públicas, as instituições envolvidas podem ser prejudicadas por alguns pontos cegos, deixando de considerar fatos e argumentos importantes para a proteção de determinados direitos. Podem-se mencionar três “pontos cegos” principais⁶⁵: o de aplicação, já que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem uma lei ou outro ato normativo, não conseguem prever todas as consequências advindas de sua aplicação; o de perspectiva, pois, durante a elaboração de leis e políticas públicas, as perspectivas de grupos vulneráveis e marginalizados, geralmente pouco influentes nos fóruns políticos, podem não ser consideradas adequadamente; e, por fim, o da inércia, quando o Poder Público permanece apático diante de um problema que compromete os direitos fundamentais de determinados segmentos.

Para enfrentar esses “pontos cegos”, a última alternativa para alguns grupos, tendo em vista antigas e sistemáticas violações aos seus direitos, é o recurso ao poder Judiciário⁶⁶. Nesses casos, os juízes e tribunais podem analisar as consequências resultantes de uma legislação ou política após a sua elaboração, identificar situações de graves violações de direitos e atuarem como catalisadores na superação dos pontos cegos existentes⁶⁷. Além disso, podem indicar contradições entre as escolhas dos outros Poderes e a Constituição, exigindo justificativas constitucionais para as escolhas feitas pelo Executivo e pelo Legislativo.

O seguinte trecho de Mattias Kumm sintetiza o que se defende neste artigo. Para o autor, o Legislativo não é o povo e, muitas vezes, o voto dos cidadãos dificilmente mudará as políticas públicas relevantes para o país:

a maneira mais provável de um cidadão mudar os resultados de um processo político nacional é indo ao tribunal e alegando que seus direitos foram violados pelas autoridades públicas. Se os tribunais forem persuadidos pelos seus argumentos em vez dos contra-argumentos feitos pelas autoridades públicas,

⁶⁵ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007. p. 402-403.

⁶⁶ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais “de baixo para cima” ou “de cima para baixo”? *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, n. 34, p. 85-113, 2022. p. 105.

⁶⁷ SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2006. p. 575.

“você terá efetivamente dito ‘não, não assim!’ de uma forma que realmente muda os resultados. No mundo real da democracia territorial moderna, o direito de persuadir um tribunal a vetar uma política é pelo menos tão empoderador quanto o direito de votar para mudar a política⁶⁸.”

O autor defende o controle judicial de constitucionalidade porque ele institucionaliza a prática socrática da contestação, fazendo com que as autoridades demonstrem que suas decisões estão fundamentadas em boas razões⁶⁹. Kumm afirma que a democracia liberal tem dois compromissos complementares: que as eleições promovam o igual direito ao voto e que a contestação socrática garanta que os indivíduos tenham o direito de pedir a justificativa dos atos públicos. Enquanto o Legislativo realiza o compromisso com a igualdade política, o *judicial review* representa o compromisso da justificação, exigindo que decisões públicas restritivas de direitos sejam devidamente fundamentadas.

Ao exercer a função contra-argumentativa, a Corte Constitucional proferirá decisões que incidem em algum dos conceitos de ativismo apresentados no tópico anterior. No entanto, em vez de encerrar o debate apenas chamando essa decisão de ativista, é preciso ir além. Como dito, uma decisão ativista pode apresentar bons fundamentos constitucionais que a justificam. Com base nas ideias do constitucionalismo democrático, propõem-se quatro critérios que devem nortear a Corte em sua atuação: 1. a fundamentação de sua decisão na leitura que considera mais adequada e coerente do texto constitucional e de seus precedentes (critério normativo); 2. a promoção de uma cultura de publicidade e justificação do Poder Público (critério de *accountability*); 3. a adoção de uma postura mais proativa em casos que envolvam graves ameaças ao núcleo essencial de direitos fundamentais (critério da jusfundamentalidade); 4. a ciência de que não possui a última palavra sobre o sentido da Constituição, adotando uma postura dialógica em relação aos demais Poderes (critério dialógico).

4 A atuação contra-argumentativa do Supremo Tribunal Federal na pandemia de Covid-19

Resta, por fim, o seguinte questionamento: ainda que tome decisões que podem ser consideradas ativistas, o STF tem atuado conforme os quatro critérios mencionados no tópico anterior? Para respondê-lo, analisam-se decisões proferidas em um momento de grave crise institucional e social no País: a pandemia de Covid-19. Durante os anos de 2020 e 2021, realizaram-se diversos ataques ao STF. Como elemento comum, alguns dos críticos, sob o pretexto de combater o ativismo judicial, utilizaram o Tribunal como “bode expiatório”, tornando-o um inimigo fictício da democracia⁷⁰. Por isso, é importante analisar se relevantes decisões desse período estariam dentro dos parâmetros apresentados anteriormente.

Nesse sentido, analisam-se dois grupos de decisão. O primeiro envolve políticas públicas de saúde para grupos vulneráveis: as comunidades indígenas e quilombolas, no caso. O segundo grupo envolve ações que tratam das competências dos Estados para adotarem medidas sanitárias complementares às da União, especialmente a obrigatoriedade da vacinação. Em virtude da gravidade do contexto no qual foram decididos,

⁶⁸ “The most likely way that a citizen is ever going to change the outcomes of a national political process, is by going to court and claiming that his rights have been violated by public authorities. If courts are persuaded by your arguments rather than the counterarguments made by public authorities, you will have effectively said ‘no, not like this!’ in a way that actually changes outcomes. In the real world of modern territorial democracy, the right to persuade a court to veto a policy is at least as empowering as the right to vote to change policy.” KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007. p. 174.

⁶⁹ KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007. p. 163-165.

⁷⁰ ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 21-22.

bem como pela sua atualidade, os casos serão um bom parâmetro para identificar se o Tribunal conseguiu atuar de acordo com os critérios mencionados em um contexto de grande pressão político-institucional.

Ainda em 2020, duas ações com pedidos semelhantes questionavam as políticas de saúde da União na proteção das comunidades indígenas e quilombolas. A primeira foi a ADPF n.º 709, que trata das omissões da União em relação à proteção das comunidades indígenas durante a pandemia de Covid-19. No julgamento da medida cautelar, confirmada pelo Plenário do Tribunal em 05/08/2020, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, fixou algumas importantes medidas para a proteção dos grupos indígenas: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC); criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Oswaldo Cruz, do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e dos representantes das comunidades indígenas⁷¹.

A inércia governamental apresentava grande risco aos povos indígenas, que, além de uma vulnerabilidade imunológica e sociocultural, também são vulneráveis politicamente, visto que são um grupo minoritário e insuficientemente representado nas instituições majoritárias.

Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde⁷².

A segunda ação é ADPF n.º 742, ajuizada contra ações e omissões do governo federal em relação ao enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas⁷³. Em 23/02/2021, o STF julgou a ação, determinando que a União elaborasse, no prazo de 30 dias, um plano nacional de enfrentamento da pandemia da Covid-19, com providências e protocolos destinados à população quilombola. Além disso, o Plenário determinou que o governo federal constituísse, em até 72 horas, um grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do plano de imunização, com integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, da Fundação Cultural Palmares, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva e de representantes das comunidades quilombolas.

As duas ações levaram ao Tribunal litígios estruturais, que podem ser definidos como conflitos coletivos, nos quais os direitos da coletividade não são violados por uma ação específica da outra parte, mas decorrem de um estado de coisas contrário ao Direito, cuja mudança depende, geralmente, da reestruturação de uma política, programa ou instituição pública⁷⁴. Em litígios assim, o STF pode ser a última instância à qual os grupos vulneráveis em questão podem recorrer⁷⁵.

Nos dois casos, a atuação do STF se assemelha ao que Sabel e Simon⁷⁶ chamam de atuação experimentalista do Judiciário. Nesse modelo, o órgão judicial busca promover o diálogo entre as partes afetadas, fixa

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 742*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁷⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018. p. 340.

⁷⁵ CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? *Direito Público*, v. 19, n. 102, p. 412-440, 2022. p. 431-434.

⁷⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p.

parâmetros gerais que devem orientar o diálogo, determina medidas emergenciais de proteção do grupo vulnerável e promove transparência e *accountability* do Poder Público⁷⁷. O objetivo do experimentalismo é criar um ambiente deliberativo, capaz de produzir acordos provisórios que gerem uma transformação progressiva, levando em conta a complexidade do problema e a pluralidade de interesses envolvidos. Decisões proferidas conforme o modelo experimentalista têm dois potenciais efeitos importantes: desestabilizar instituições públicas que falham na proteção de direitos fundamentais, o que inviabiliza a permanência do *status quo*; e democratizar o processo de tomada de decisão, incorporando novos atores e ouvindo as pessoas afetadas pela violação de direitos⁷⁸.

A decisão cautelar que determinou a criação de uma sala de situação na ADPF n.º 709 mostra a preocupação com a inclusão do grupo afetado no enfrentamento do problema. É comum o pensamento de que, em situações de crise, não seria útil conversar com o grupo afetado, uma vez que poderia haver atraso na resolução do problema. Assim, diante de uma grave pandemia, por que perder tempo dialogando com os representantes indígenas quando, na verdade, são necessárias medidas urgentes? Enfrentando esse argumento, o ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da medida cautelar, afirmou:

tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis⁷⁹.

O STF, além de atuar para proteger o direito à vida e à saúde de grupos vulneráveis e com pouca representação política, ressaltou a importância de tratá-los como parceiros na solução do problema. Trata-se de medida que reforça a democracia participativa, possibilitando que segmentos sociais excluídos dos centros de tomada de decisão política possam influenciar a criação das medidas sanitárias que terão impacto direto em sua sobrevivência.

Nesses dois casos, é possível identificar uma atuação do STF em conformidade com os quatro critérios mencionados: 1. o Tribunal já possuía precedentes que autorizavam a utilização da ADPF para questionar políticas públicas, bem como fundamentou constitucionalmente as decisões proferidas nos casos (critério normativo); 2. questionou as omissões do governo federal e demandou que as ações e omissões fossem justificadas, inclusive perante os grupos vulneráveis afetados (critério de *accountability*); 3. atuou para proteger grupos vulneráveis que tinham uma ameaça grave e direta ao núcleo essencial de seus direitos fundamentais, especialmente à vida e à saúde (critério da jusfundamentalidade); 4. não desenhou o plano de ação que deveria ser implementado pelo Executivo, reconhecendo os limites de sua capacidade institucional (critério dialógico).

Em um outro grupo de casos — as ADIs n.ºs 6.341, 6.856 e 6.857 —, o STF precisou enfrentar os limites das competências dos entes federados para enfrentar a crise da saúde existente. Na ADI n.º 6.586, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) requereu que o STF determinasse que os Estados têm competência para fixar a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19. Em sentido oposto, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que fazia parte da bancada governista, ajuizou a ADI n.º 6.587, em que solicitou que o STF reconhecesse a inconstitucionalidade da vacinação obrigatória.

1016-1101, 2004. p. 1019-1020.

⁷⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1019-1020.

⁷⁸ CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 131-158, 2021. p. 138.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

Ao decidir a questão, o STF entendeu que o Poder Público pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também definiu que os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação. No julgamento das ADIs, o STF determinou que:

(A) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e

i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente;

(B) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência⁸⁰.

Após o julgamento das ações, o então Presidente da República, Jair Bolsonaro, utilizou a decisão do STF para justificar a atuação insuficiente do governo federal no combate à pandemia, culpando o Tribunal e os governos estaduais pelo aumento no número de mortes. Exemplo disso foi sua fala à José Luiz Datena (TV Band), no dia 15/01/2021, quando aduziu que o STF proibiu o governo federal de adotar qualquer ação contra o coronavírus. Nas palavras do Presidente,

eu fui impedido pelo Supremo Tribunal Federal de fazer qualquer ação em combate a coronavírus em estados e municípios. Eu tinha que estar na praia numa hora dessa. Pelo Supremo Tribunal Federal, eu tinha que estar na praia agora, Datena, tomando uma cerveja. O Supremo falou isso pra mim.⁸¹

Após a fala, o STF emitiu nota para desmentir as suas declarações, reiterando que o Tribunal decidiu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm competência concorrente na área de saúde pública⁸². Assim, é responsabilidade de todos os entes da federação adotarem medidas em benefício da população brasileira no combate à pandemia.

No julgamento conjunto das ADIs, é possível identificar a preocupação do STF com a promoção da publicidade e da justificação do governo federal. Em meio à crise de saúde pública, com a polarização política em torno da questão, o Tribunal deixou claro que, em matéria de saúde pública, as decisões do governo devem ser baseadas em razões públicas⁸³, especialmente dados científicos comprovados por fontes idôneas. O Poder Público não deve fundamentar suas ações e omissões apenas em crenças ou senso comum, sendo necessário embasar suas escolhas em justificativas técnicas. A ministra Carmen Lúcia ressaltou o dever de fundamentar políticas públicas de saúde em dados científicos:

a determinação de que políticas públicas sejam implementadas com base em evidências científicas está em consonância com a Constituição da República. Sobre o tema, este Supremo Tribunal tem consolidada

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸¹ MUNIZ, Mariana. STF desmente versão de Bolsonaro sobre crise no Amazonas. *Veja*, 18 jan. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/stf-desmente-versao-de-bolsonaro-sobre-crise-no-amazonas/>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸³ Ao explicar a ideia de razão pública, John Rawls afirma que todo agente racional, individual ou coletivo, tem uma forma de articular planos, ordenar seus fins e de tomar decisões de acordo com esses procedimentos. A forma como uma sociedade política formula seus planos, estabelece suas prioridades e objetivos, bem como justifica suas decisões fundamentais é a sua razão pública. A razão pública é característica de um povo democrático, é a razão dos cidadãos livres e iguais. O seu objetivo é viabilizar o debate e a decisão sobre as questões políticas fundamentais de uma sociedade profundamente plural, com doutrinas abrangentes divergentes. RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 261-262.

jurisprudência pela qual o processo decisório na implementação das políticas públicas de saúde deve ser guiado pela medicina baseada em evidências⁸⁴.

Já no julgamento da ADI n.º 6.341, a qual questionava a competência exclusiva da União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais, o Tribunal também ressaltou a importância da justificativa das decisões tomadas pelo Executivo, bem como o direito dos cidadãos de conhecerem e questionarem as referidas razões. Em seu voto, o relator da ação à época, ministro Marco Aurélio, afirmou que:

a primeira dessas premissas é aquela segundo a qual a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado de Direito Democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também, para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado de Direito Democrático garante também o que, como é conhecido na teoria do Direito Constitucional, Madison chamava de liberdade pública, ou seja, o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações⁸⁵.

Mais uma vez, é possível identificar uma atuação do STF em conformidade com os quatro critérios mencionados: 1. o Tribunal pautou suas decisões em uma leitura coerente do pacto federativo que a Constituição apresenta, tendo como base as competências comuns (art. 23) e concorrente (art. 24) do texto constitucional (critério normativo); 2. questionou as omissões do governo federal e demandou que as ações e omissões fossem justificadas em dados científicos confiáveis, não sendo lícito ao Poder Público, em meio à pandemia, atuar de forma discricionária; 3. atuou para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais da população, especialmente os direitos à vida e à saúde; 4. não fixou quais medidas e políticas específicas o governo federal e os governos estaduais deveriam adotar, reconhecendo suas limitações institucionais para isso (critério dialógico).

5 Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo central o de desmistificar uma das temáticas mais controversas no campo do Direito Constitucional: o ativismo judicial. Ao longo do trabalho, buscou-se demonstrar a complexidade do referido fenômeno, que faz com que seja necessário o seu estudo e compreensão a partir de sua característica principal: a multidimensionalidade. Refuta-se, assim, a ideia de que o ativismo assume, necessariamente, um sentido pejorativo, vinculado, exclusivamente, à mera opinião do observador. Essa percepção permite que o objeto de estudo seja abordado de forma científica, afastando-o de opiniões meramente subjetivas e discricionárias, que em nada contribuem para compreender o real papel que o Poder Judiciário desempenha em uma determinada sociedade.

Nesse sentido, apresentaram-se duas dimensões do ativismo: a dialógica e a antidialógica. A primeira considerada benéfica e estratégica quando juízes são chamados a proteger direitos fundamentais e reverter realidades inconstitucionais. A segunda, por sua vez, é considerada a única dimensão que, *a priori*, pode ser ilegítima. Vislumbra-se, assim, que a atuação proativa do Poder Judiciário, em determinadas questões de cunho originalmente político, pode ser interessante em algumas circunstâncias, desde que ocorra de forma dialógica e flexível, sempre atenta aos percalços e limitações enfrentados pelas autoridades públicas, mas

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.341*. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 17 ago. 2022.

também sem permitir sua inércia. A utilização do referido poder para superar realidades cuja existência viola as promessas constitucionais pode funcionar, ademais, enquanto importante *locus* de reivindicação, proteção e participação a grupos marginalizados, que dificilmente têm suas demandas contempladas no processo político.

Após analisar aspectos cruciais acerca do ativismo, o trabalho correlacionou a função contra-argumentativa que as Cortes Constitucionais podem desempenhar com o Constitucionalismo Democrático, desenvolvido por Post e Siegel. A referida teoria permitiu a extração de alguns aprendizados centrais, quais sejam: 1. o fato de que a interpretação da Constituição não é uma tarefa exclusiva do Judiciário; 2. as Constituições, via de regra, possuem conceitos essencialmente contestados que viabilizam um desacordo razoável acerca da sua melhor interpretação; 3. a discordância sobre a interpretação constitucional é benéfica e tem o potencial de promover a união social; 4. a decisão de uma Corte Constitucional acerca de uma determinada matéria não é a última palavra sobre a Constituição, pois entende-se que, mais cedo ou mais tarde, novas rodadas de discussão serão abertas e levarão a temática a ser discutida novamente, sendo possível que o sentido atribuído à Constituição mude completamente; 5) mesmo não tendo a última palavra definitiva, as Cortes têm um importante papel a exercer no que concerne à proteção de direitos fundamentais e ao debate público sobre o sentido do texto constitucional.

Ao final, analisou-se a atuação do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia de Covid-19, com o intuito de compreender se esta atendia aos requisitos sugeridos acerca de critérios que devem nortear a atuação de Cortes Constitucionais em sua atuação: 1. a fundamentação de sua decisão na leitura texto constitucional e de seus precedentes (critério normativo); 2. a promoção de uma cultura de publicidade e justificação do Poder Público (critério de *accountability*); 3. a adoção de uma postura mais proativa em casos que envolvam graves ameaças ao núcleo essencial de direitos fundamentais (critério da jusfundamentalidade); 4. a ciência de que não possui a última palavra sobre o sentido da Constituição, adotando uma postura dialógica em relação aos demais Poderes (critério dialógico). Estudaram-se as seguintes ações: as ADPFs 709 e 742, que buscavam proteger o direito à saúde de grupos vulneráveis — indígenas e quilombolas, respectivamente —; e as ADIs n.ºs 6.341, 6.856 e 6.857, que tinham como ponto central os limites das competências de atuação da União e dos Estados na pandemia. Verificou-se que a atuação do Tribunal se enquadrou nos critérios defendidos, proporcionando não somente o combate a um problema grave em um dos momentos mais críticos da história mundial (e, conseqüentemente, do Brasil), mas, também, que o experimentalismo e o diálogo fossem privilegiados durante o procedimento, configurando um caso de ativismo dialógico.

Como conclusão: a defesa a favor de que o ativismo não é aprioristicamente ilegítimo não é “uma carta em branco ao Judiciário”, por meio da qual qualquer decisão será considerada válida. Em algum momento, todos serão ditos ativistas, ou seja, a favor de uma decisão que pode ser razoavelmente considerada como tal, em virtude de uma interpretação diferente das normas constitucionais envolvidas. Quando isso ocorrer, para que haja um debate maduro e qualificado sobre o tema, indo além das meras acusações subjetivas, é necessário que haja critérios capazes de avaliar a decisão em questão. O verdadeiro problema não é o ativismo judicial, mas a falta de um real compromisso em analisar e refutar os fundamentos da decisão. Afinal, como demonstrado, o ativismo judicial é multidimensional e pode estar pautado em argumentos constitucionais significativos, não sendo, portanto, ilegítimo. O Direito, especialmente o Constitucional, ganha com um debate mais científico, e menos discricionário, sobre as decisões do STF.

Referências

ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 242, p. 21-47, 2015.
- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.
- ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, 2014.
- BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 4, p. 927-950, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.341*. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 17 ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&text=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 742*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- BUSTAMANTE, Thomas. Ativismo judicial em tempos de resiliência: análise e crítica de um conceito controvertido. In: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira (org.). *Resiliência e deslealdade constitucional: uma década de crise*. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 543-572.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 131-158, 2021.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, p. 127-139, 2004.
- CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? *Direito Público*, v. 19, n. 102, p. 412-440, 2022.
- COVER, Robert M. Foreword: nomos and narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.
- DIXON, Rosalind. *Responsive judicial review: democracy and dysfunction in the modern age*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

- DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. *In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (org.). Comparative judicial review*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 36-59.
- FEOLI, Marco. Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad? *Pensamiento Jurídico*, n. 41, p. 127-162, 2015.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais “de baixo para cima” ou “de cima para baixo”? *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, n. 34, p. 85-113, 2022.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Uma proposta para o acesso igualitário à justiça: processos estruturais enquanto caminho para a proteção judicial dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Argumenta Journal Law*, n. 37, p. 87-116, 2022.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257-337, 2005.
- GALLIE, Walter Bryce. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 167-198, 1955.
- GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.
- HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.
- KLARE, Karl E. Critical perspectives on social and economic rights, democracy and separation of powers. *In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*. Nova York: Routledge Research in Human Rights Law, 2014. p. 3-22.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1477, 2004.
- KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153. *In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (org.). O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-196.
- KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007.
- LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.
- LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, v. 77, p. 181-232, 2008.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, p. 113-133, 2002.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira; DAMASCENO, Daniel. Ainda sobre ativismo judicial: desfazendo mitos e equívocos para um conceito definitivo. *NOMOS*, v. 40, n. 2, p. 161-176, 2020.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, 2002.

- MELLO, Patricia Perrone Campos. ‘A vida como ela é’: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 159-185.
- MICHAELIS. *Anátema*. 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=WKBb>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- MUNIZ, Mariana. STF desmente versão de Bolsonaro sobre crise no Amazonas. *Veja*, 18 jan. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/stf-desmente-versao-de-bolsonaro-sobre-crise-no-amazonas/>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 91, n. 1, p. 05-20, 2011.
- NUNES, Daniel Capecchi. *Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania: o Supremo Tribunal Federal na Nova República*. 2016. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- ORTEGA, Roberto Niembro. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PODDAR, Mihika; NAHAR, Bhavya. “Continuing Mandamus”: a judicial innovation to bridge the right-remedy gap. *NUJS Law Review*, v. 10, p. 555-608, 2017.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-34.
- POST, Robert. Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
- SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2006.
- SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and the constitutional change: the case of the de facto era. *California Law Review*, v. 94, p. 1323-1420, 2006.
- SIEGEL, Reva B. Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, p. 297-351, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.
- SOUZA NETO, Cláudio Cruz; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

- ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção e decisões ativistas*. Londrina: Thoth, 2022.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 389-406, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.
- VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief: a context-sensitive approach. *South African Journal on Human Rights*, v. 34, n. 2, p. 209-230, 2018.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018.
- WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy*, v. 21, p. 137-164, 2002.
- WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *Boston College Law Review*, v. 54, p. 433-468, 2013.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.