

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Maria Luiza Silva Scremin

**Supremo Tribunal Federal, judicialização da política e pandemia: um estudo de caso das decisões proferidas em 2020, relacionadas aos atos administrativos discricionários do executivo federal no combate à COVID-19.**

Florianópolis

2021



Maria Luiza Silva Scremin

**Supremo Tribunal Federal, judicialização da política e pandemia: um estudo de caso das decisões proferidas em 2020, relacionadas aos atos administrativos discricionários do Executivo Federal no combate à COVID-19.**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Claudio Ladeira de Oliveira, Dr.

Coorientador: Prof. Volnei Rosalen, Me.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Scremin, Maria Luiza

Supremo Tribunal Federal, judicialização da política e  
pandemia: um estudo de caso das decisões proferidas em  
2020, relacionadas com atos administrativos  
discricionários do executivo federal no combate à COVID-19.  
/ Maria Luiza Scremin ; orientador, Claudio de Oliveira,  
coorientador, Volnei Rosalen, 2021.

75 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Judicialização da política. 3. Atos  
administrativos discricionários. 4. Supremo Tribunal  
Federal. 5. COVID-19. I. de Oliveira, Claudio. II.  
Rosalen, Volnei. III. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Maria Luiza Silva Scremin

**Supremo Tribunal Federal, judicialização da política e pandemia: um estudo de caso das decisões proferidas em 2020, relacionadas aos atos administrativos discricionários do executivo federal no combate à COVID-19**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel em Direito” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 23 de setembro de 2021.

---

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof.(a) Claudio Ladeira de Oliveira, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Vanessa Brand, Mestra  
Avaliadora  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Paulo Remus Gregório, Mestrando  
Avaliador  
Universidade Federal de Santa Catarina

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar decisões proferidas pelo STF em 2020 relacionadas aos atos administrativos discricionários do executivo federal e o COVID-19 e compreender qual sua relação com a judicialização da política. De início, a pesquisa bibliográfica foi utilizada para assimilar a judicialização da política e seus desdobramentos, bem como entender o ato administrativo discricionário. Em um segundo momento, usou-se o método do estudo de caso para investigar os processos que lidaram com atos administrativos discricionários do executivo federal e a pandemia de COVID-19. Por fim, comparou-se a análise da jurisprudência com a revisão bibliográfica, com o objetivo de verificar a judicialização da política e dos atos administrativos discricionários nos processos estudados. O conjunto dessas análises possibilitou responder o problema com a hipótese: é possível defender a judicialização da política, nas situações dos casos estudados, tendo em vista que, os problemas decorridos da pandemia exigiram respostas rápidas e eficientes do Poder Executivo, e o mesmo não agiu de forma a proteger a população do vírus? Não, pois mesmo que a curto prazo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são consideradas adequadas, elas contribuem para o fortalecimento do Poder Judiciário, o qual, no futuro, poderá acarretar inúmeras adversidades frente à um regime democrático, como, por exemplo, o esvaziamento das instâncias de representação política, tendendo-se a criar uma “autocracia da toga”. Além disso, chegou-se à conclusão que o problema da judicialização da política e dos atos administrativos discricionários é algo sistemático, perpetuado pela Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Judicialização da política; Atos administrativos discricionários; Supremo Tribunal Federal; COVID-19.

## ABSTRACT

This work has the object of analyze the decisions uttered by the STF in 2020 related to the discretionary administrative acts of the federal executive and COVID-19 and to comprehend their relationship with the judicialization of politics. Initially, bibliographical research was used to assimilate the judicialization of politics and its consequences, as well to understand the discretionary administrative act. In a second moment, was utilized the method of case study to investigate the processes that dealt with discretionary administrative acts of the federal executive and the COVID-19 pandemic. Finally, the analyze of jurisprudence is compared with a literature review, in order to verify the judicialization of politics and discretionary administrative acts in the cases studies. The set of these analyzes made it possible to answer the problem with the hypothesis: is it possible to defend the judicialization of the politics, in the situations of the cases studied, considering that the consequences of problems from the pandemic required quick and efficient responses from the Executive Branch, and they did not act that way to protect the population from the virus? No, because even if in the short term the decisions rendered by the Federal Supreme Court are considered fair, they contribute to the strengthening of the judiciary, which, in the future, may lead to adversities in the face of a democratic regime, such as, for example, the emptying of forms of representation, tending to create an “autocracy of the gown”. Furthermore, it was concluded that the problem of the judicialization of politics and of discretionary administrative acts is something systematic, perpetuated by the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Judicialization of Politics; Discretionary Administrative Acts Keyword 2. Federal Supreme Court; COVID-19.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ACO – Ação Civil Originária

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Preceitos Fundamentais

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....</b>	<b>11</b>
2.1	Direito e política .....	11
2.2	Breve histórico da judicialização da política .....	14
2.3	Conceito de judicialização da política .....	17
<b>2.3.1</b>	<b>Condições de surgimento da judicialização da política.....</b>	<b>19</b>
2.4	Judicialização da política e democracia.....	24
<b>3</b>	<b>ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>29</b>
<b>4</b>	<b>ESTUDO DE CASO .....</b>	<b>37</b>
4.1	ADPF 669 .....	37
4.2	ADPF 672 .....	40
4.3	ADPF 676 .....	45
4.4	ADPF 690 .....	48
4.5	ADPF 709 .....	51
4.6	ADPF 714 .....	56
4.7	ACO 3425 .....	59
4.8	O estudo de caso e o conteúdo deste trabalho .....	60
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>6</b>	<b>Referências .....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 é resultado da disseminação em escala mundial do vírus Sars-CoV-2, o qual foi identificado, pela primeira vez, em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China. No Brasil, o primeiro caso da doença foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020 e a primeira morte em 17 de março do mesmo ano.

Devido ao alto grau de contágio e o considerável potencial de mortalidade, e considerando o despreparo em que nos encontrávamos, o impacto do vírus no mundo foi enorme, principalmente no nosso país, onde mais de 487 mil pessoas já morreram (mês de junho de 2021). Estamos, há um ano e meio em situação de calamidade.

A partir disso, a Administração Pública começou a tomar algumas medidas para controlar a disseminação do coronavírus. Foram editadas Medidas Provisórias e proferidos atos administrativos para lidarem com as novas formas de se relacionar, tanto no âmbito trabalhista como no penal, por exemplo.

O judiciário também foi acionado para lidar com os problemas relacionados ao vírus. Segundo o Painel de Ações da COVID-19, já foram proferidas, no Supremo Tribunal Federal, 9.199 decisões sobre esse tema (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021). Contudo, algumas dessas decisões, relacionadas aos atos do governo federal, foram controvertidas, uma vez que ocorreu, de certa maneira, a intervenção do segundo no primeiro, bem como ataques em sentido contrário.

Em março de 2020, um dos assuntos mais comentados foi a decisão do ministro Marco Aurélio, que tornou explícita a competência concorrente para estados e municípios, dando a eles poderes para executar medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas relacionadas ao combate do novo coronavírus. Concedeu aos entes estaduais e municipais a chance de tentar resolver as dificuldades apresentadas, sem depender do governo federal.

Criou-se, assim, uma crise entre o executivo e o judiciário, agravando-se, cada vez mais, com decisões que iam de encontro com aquilo que o presidente da república defendia, e ainda defende (um combate ao vírus de forma superficial). Junto a isso, ocorreram protestos, por apoiadores de Bolsonaro, contra o Supremo Tribunal Federal, no mês de maio. Faixas como “intervenção militar” e “intervenção no STF” estavam presentes (AMORIM; BORGES, 2020).

Além disso, também ocorreram tensões no próprio Poder Executivo, com os seus ministros de Estado. A menção de nomes como os dos ex-ministros da saúde, Luiz Henrique

Mandetta e Nelson Teich, e do ex-ministro da justiça, Sérgio Moro foram recorrentes durante o período.

Esses foram alguns dos muitos acontecimentos que contribuíram para o caos que vivemos atualmente, onde há uma crise econômica e desemprego. Verifica-se que os poderes não trabalham em conjunto, nem mesmo dentro da própria Federação, deixando a população à mercê da própria sorte. Temos um presidente da república que dá declarações contrárias às manifestações dos especialistas em saúde e de que zomba daqueles que as cumprem, e um Poder Judiciário cada vez mais forte.

Assim, foi nesse contexto, diante da importância e da atualidade, que escolhi o tema deste trabalho: *Supremo Tribunal Federal, judicialização da política e pandemia: um estudo de caso das decisões proferidas em 2020*, relacionadas aos atos administrativos discricionários do Executivo Federal no combate à COVID-19.

A minha pergunta de partida é, em relação a esse tema, partindo do ponto de que as decisões dos estudos de caso, proferidas pelo STF, foram importantes no contexto de combate ao COVID-19, pensar se é possível defender a judicialização da política nessas situações, tendo em vista que, os problemas decorridos da pandemia exigiam respostas rápidas e eficientes do Poder Executivo, e o mesmo não agiu de forma a proteger a população do vírus. O órgão que revisou os atos discricionários do governo federal e os orientou conforme prescrições das autoridades de saúde foi o judiciário, mas competência deveria ser da Administração Pública, que estava inerte.

Tenho como hipótese o fato de que não é cabível uma defesa da judicialização da política, pois, mesmo que a curto prazo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sejam consideradas adequadas, elas contribuem para o fortalecimento excessivo do Poder Judiciário. No futuro, poderá acarretar inúmeras adversidades frente à um regime democrático, como, por exemplo, o esvaziamento das instâncias de representação política, tendendo-se a criar uma “autocracia da toga”.

Dessa maneira, esta pesquisa tem como objetivo descrever e analisar, através do recurso do estudo de caso, a atuação do STF em processos envolvendo a pandemia de COVID-19, a fim de demonstrar a presença da judicialização da política, e a conseqüente judicialização dos atos administrativos, bem como discorrer sobre as contrariedades desses fenômenos, a longo e curto prazo.

Para alcançar isso, essa pesquisa, através do método indutivo e de uma revisão bibliográfica, irá apresentar, brevemente, os principais tópicos da judicialização da política e da judicialização dos atos administrativos, seguido pelo procedimento do estudo de caso, analisando as decisões ADPF 690, ADPF 709, ADPF 672, ADPF 714, ADPF 676, ADPF 669 e ACO 3425. Assim, a ideia é apresentar um panorama geral sobre as judicializações e depois explorar os julgados.

No primeiro capítulo, irei abordar, de maneira sucinta, a judicialização da política, o seu histórico, o conceito e sua relação com a democracia. No segundo, tratarei um pouco sobre atos administrativos e a discricionariedade, bem como o controle judicial. Na terceira parte, o estudo de caso prevalecerá, com a análise dos processos do STF no ano de 2020, relacionados ao tema. Por fim, o quarto capítulo, irá recapitular o que foi posto, para poder relacionar os assuntos, discutindo o problema e a hipótese do trabalho.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O debate sobre a judicialização da política gera grande repercussão no cenário atual. Conceituar e ilustrar o seu significado é de grande importância para este trabalho, a fim de aprofundarmos o estudo de caso.

Tendo isso em conta, constata-se que o seu surgimento só foi possível devido à expansão do Poder Judiciário, que ocorreu no século passado, após a Segunda Guerra Mundial. A adição dos tribunais constitucionais e do neoconstitucionalismo ao cenário de um Estado de Direito, alterou a forma de se “fazer política” (CARVALHO, 2004, p. 115). Assim, de forma sucinta, vamos analisar o histórico do seu surgimento, com o propósito de entendê-lo melhor.

Primeiro, importante tecer alguns comentários sobre direito e política, tendo em vista que esses dois pontos permeiam a discussão.

### 2.1 DIREITO E POLÍTICA

A discussão acerca da relação entre o direito e a política é longa e vem sendo debatida por muitos anos. Se esses fenômenos devem ser separados ou complementados é a grande questão abordada por inúmeros autores como, por exemplo, Kelsen e Schmitt. Enquanto a política se baseia, falando de forma sucinta, na soberania popular e no princípio majoritário de uma sociedade, o direito se ocupa das leis, resoluções de conflitos e direitos fundamentais.

No âmbito da criação do direito, não há como separar a política do direito, uma vez que é “produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das majorias. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político (BARROSO, 2010, p. 15)”. Já no âmbito de aplicação do direito, isso é necessário, a fim de proteger o Poder Judiciário das influências do corpo político, legislativo e executivo se ocupam do espaço político, enquanto o judiciário atinge as questões técnicas da sociedade.

Essa separação entre os dois fenômenos ocorreria em um mundo ideal. Os magistrados e tribunais seriam imunes à política, uma vez que são independentes e vinculados ao sistema jurídico. A independência é posta em prática através das garantias institucionais e funcionais dada à classe jurídica.

Entretanto, não vivemos em um mundo ideal. Os magistrados são pessoas com valores e ideologias que, muitas vezes, manifestam-se em suas decisões. Além disso, os tribunais constitucionais são influenciados pela ideia de preservação - e, por vezes, de expansão - de seu próprio poder, interação com outros poderes, instituições ou entes estatais, consequências práticas de seus julgados – inclusive a perspectiva de seu efetivo cumprimento (BARROSO, 2010).

Por esses e outros motivos, existem modelos que Barroso chama de cético. Conforme o autor, não há autonomia entre direito e política, não existindo “um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas” (BARROSO, 2010, p. 24).

Um dos movimentos teóricos que segue esse pensamento é o realismo jurídico. Um autor que adota o realismo jurídico é Carl Schmitt. Para ele, direito é política. A Constituição é fruto de decisão política.

[...] a peculiaridade do político reside justamente no fato de que toda área imaginável de atividade humana é, na medida do possível, política e se torna imediatamente política quando os conflitos e questões decisivos se passam nessa área. O político pode se unir a toda matéria e lhe dar - se me é permitido tomar aqui uma fórmula utilizada por Eduard Spranger — tão-somente uma "nova virada". [...] Tudo o que, de alguma forma, for de interesse público, é de alguma forma político e nada do que diz respeito essencialmente ao Estado pode ser despoliticado. (SCHMITT, 2007, p. 161).

O entendimento do autor sobre política é que ela reside na relação conflitante, de oposição e de desacordo, entre amigo-inimigo. “Schmitt busca na condição humana, o significado do político, ou seja, o elemento polêmico que une e separa os homens, seja pelo consenso seja pelo dissenso”. (LIMA, 2011, p. 167).

Nesse ponto, encontra-se uma das críticas de Schmitt ao Estado liberal. No liberalismo, a proteção se direciona aos direitos individuais, deixando o aspecto público da vida social e do Estado em segundo lugar. Assim, a política também é deixada de lado, uma vez que ela surge na relação amigo-inimigo, e, portanto, na dimensão social. Ocorre certa despolitização da sociedade, o que é impensável para o autor, vez que, no seu ponto de vista, política está presente em todos os aspectos da atividade humana.

Dessa forma, o Estado exerce certo controle sobre o político, utilizando-o sob a anuência do sistema de direito, que prevê, na sua legislação, os mecanismos para o esvaziamento do político em seu caráter público, através da pacificação das relações.

[...] o poder de decisão exercido pelo controle do conflito político, ao ser cancelado pelo procedimento do constitucionalismo liberal, dá aquele que exerce o poder

político a autoridade de definir em que momento acaba e termina o conflito (ANJOS, 2019, p. 51).

Schmitt concebeu a crítica ao Estado liberal durante a Constituição de Weimar, de 1919, em uma realidade distinta da nossa. A Carta Magna brasileira de 1988 tem um tom mais coletivo, trazendo a política para o cotidiano da nossa população. Entretanto, não devemos descartar o pensamento do autor, tendo em vista que o movimento pela despolitização cresce, impulsionado, principalmente, pela crise de representatividade da classe política. A política não se encontra apenas no âmbito do legislativo e executivo, mas sim em toda área da atividade humana, independentemente se concordamos com a separação ou a complementação entre direito e política.

Após descrever a visão ideal e a cética, Barroso (2010) relata o modelo real, um meio termo entre os dois. Segundo ele, é a situação do nosso sistema. A autonomia do direito sobre a política é relativa, pois as instituições jurídicas sempre terão alguma interferência externa, pois o direito é feito por pessoas e essas nunca serão totalmente imparciais. Ao mesmo tempo, deve se tentar separá-las, a fim de manter a essência do Estado de Direito, estabelecendo, mesmo que de forma efêmera, uma separação de poderes, e respeitando a soberania popular.

Para Ferejohn (2002), existem pelo menos três formas em que o judiciário está se envolvendo com a política (Poder Legislativo). O autor utiliza-se do exemplo norte-americano, mas podemos verificar os mesmos acontecimentos no nosso país. Em primeiro lugar, os tribunais estão mais dispostos a regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substantivos ao poder das instituições legislativas.

Em segundo lugar, as cortes se tornaram lugares onde a política é feita. Em terceiro, os juízes têm aplicado o direito se baseando em normas e padrões comportamentais aceitáveis por grupos de interesse - partidos políticos, por exemplo - ao invés de aplicar a legislação.

Nessa perspectiva, podemos encontrar exemplos para esses três aspectos. Decisões que anulam atos do executivo ou mesmo criam normas penais<sup>1</sup> não são tão raras em nosso sistema judicial.

Dessa maneira, vemos cada vez menos o Supremo Tribunal Federal respeitando essa linha divisória entre o direito e a política, principalmente a separação entre os poderes. Acreditar

---

<sup>1</sup> Um dos exemplos é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e do Mandado de Injunção (MI) 4733 que criminalizam a homofobia, bem como o MS 34.070 que suspendeu a nomeação do ex-presidente Lula como ministro da Casa Civil.

que o direito tem certa autonomia à política é cegar-se frente às ações de boa parte do judiciário. Conforme Schmitt,

[...] não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial. O Estado de Direito civil baseia-se justamente na diferenciação objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, [...], e pode-se, também, deixar ao juiz certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público. (SCHMITT, 2007, p. 55).

As decisões do judiciário interferindo no legislativo e no executivo revelam como estamos distantes de uma autonomia do direito sobre a política, deixando claro que a judicialização da política está cada vez mais presente no cotidiano do nosso país. Devemos ficar atentos àquilo que Schmitt chama de “aristocracia da toga”.

## 2.2 BREVE HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como citado anteriormente, desde o fim da Segunda Grande Guerra, nota-se, e não só no cenário brasileiro, “um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo”. (BARROSO, 2012, p. 23).

Isso se deu, principalmente, devido ao medo dos governos tirânicos e a necessidade de controle das garantias fundamentais por algum poder, que não fosse o Executivo, tendo em vista as atrocidades cometidas na guerra. Encontrou-se a solução em mudanças institucionais, com a criação de Tribunais Constitucionais, e dogmáticas, através de constituições que trouxeram direitos fundamentais como suas principais normas, colocando a Carta Magna acima das leis.

Conforme Werneck Vianna, Burgos e Salles,

Da guerra igualmente veio a motivação, de importância crucial, para que as constituições trouxessem em seu corpo um “núcleo dogmático”, na expressão de J. Habermas, explicitando valores fundamentais a obrigar o poder soberano. O chamado constitucionalismo democrático reclamava, portanto, um judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano. (WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 39).

Portanto, verifica-se o surgimento de uma supremacia da Constituição, opondo-se ao domínio de um Poder Executivo ditador. “No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX, surge o Estado constitucional de direito [...]” (BARROSO, 2017, p. 31). Isso foi chamado de neoconstitucionalismo.

Segundo Barroso (2017, p.31), o neoconstitucionalismo trouxe três marcos: o filosófico, o histórico e o teórico. O marco filosófico se configura no pós-positivismo, caracterizado pela aproximação do direito e da moral, do direito e outros domínios do conhecimento, para além da legalidade estrita, prevista pelo positivismo. O histórico, na formação de um Estado constitucional, a partir das redemocratizações, após a Segunda Guerra Mundial.

O teórico é “o conjunto de novas percepções e novas práticas”. Essas novas práticas e percepções incluem

[...] o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. (BARROSO, 2017, p. 31).

Ao lado do neoconstitucionalismo, veio a constitucionalização do direito, que expande as normas constitucionais no sistema jurídico, elevando o patamar da Constituição a um “modo de olhar e interpretar todos os ramos de direito” (BARROSO, 2017, p. 32).

Dessa forma, junto à supremacia da Constituição, temos a ascensão do Poder Judiciário, uma vez que ficou a cargo dos Tribunais Constitucionais interpretar as constituições. Se há uma organização que tem o seu sistema situado em torno da Carta Magna, e o órgão judiciário é responsável por defendê-la, aplicá-la e interpretá-la, então, constata-se o ganho de poder pelo judiciário.

Conforme Werneck Vianna, Burgos e Salles (2007), essas novas constituições, e o seu objetivo do bem estar social - *o welfare state* -, trouxe uma legislação aberta, indeterminada e programática, em oposição ao antigo positivismo.

Tal caráter indeterminado, nas controvérsias sobre a sua interpretação em casos concretos, põe o juiz na situação nova de um legislador implícito, com as naturais repercussões desse seu inédito papel na vida republicana e, particularmente, nas relações entre os Três Poderes. (WERNECK VIANNA, BURGOS, SALLES, 2007, p. 40).

Entretanto, o *welfare state* ruiu, e com essa queda veio a crise econômica, que resultou no neoliberalismo. O neoliberalismo influenciou a economia, através de um mercado menos regulado, e, o aspecto social, tendo em vista que retirou o destaque concedido aos direitos sociais. Um dos grandes expoentes dessa visão foi Margaret Thatcher, nos anos 1970, no Reino Unido.

Tinha-se como pensamento a não obrigação do Estado em prover aos seus cidadãos direitos de segunda geração, aqueles que dizem respeito ao papel social, mas somente os de primeira geração, com provimentos negativos da administração, garantindo apenas a liberdade da sociedade.

Uma vez que o Executivo e o Legislativo deixaram a população à mercê de seus próprios esforços, as pessoas se voltaram ao Poder Judiciário, em busca de alguma melhoria em suas vidas. “Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno [...]”. (WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 40).

Dessa forma, desde o fim do *welfare state*, vivemos em um mundo de excesso de litigação. Todos os problemas enfrentados, seja na esfera coletiva ou individual, podem ser resolvidos por um magistrado. Verifica-se, cada vez mais, um empoderamento do Judiciário, uma vez que somos dependentes dele para resolver os problemas do cotidiano, como a busca pelo direito à educação, saúde, entre outros.

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou. (WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Quando voltamos a atenção ao nosso país, sabe-se que o Brasil também teve sua dose de autoritarismo, durante a ditadura de 1964, e, como na Europa, criou uma Constituição que tentou expulsar os perigos do fascismo. Segundo Barroso (2012), a fase da redemocratização foi uma das causas da judicialização.

A nossa Carta Magna de 1988 “afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente”. (WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007 p. 41).

Para além dos princípios e direitos, o novo texto constitucional devolveu aos magistrados as suas garantias, expandiu a atuação do Ministério Público, delegando a ele a defesa da ordem jurídica, e criou a Defensoria Pública, como forma de colocar em prática o direito fundamental de acesso à justiça. O judiciário deixou de ser um órgão técnico especializado em apenas resolver questões jurídicas, e passou a exercer um papel político, em defesa do Estado Democrático de Direito e da sociedade (BARROSO, 2012, p. 24).

Ao mesmo tempo em que a redemocratização e a CF de 88 deram ao judiciário mais poder, também deram mais consciência à população de suas garantias e de como alcançá-las. O art. 5º da Carta Magna prevê inúmeros direitos, sejam eles individuais ou coletivos, de forma ampla e abrangente. O direito à informação é um bom exemplo, pois aproxima o cidadão da Administração Pública. Muitos autores falam em excesso de direitos fundamentais. Isso aumentou a demanda por justiça pela sociedade, uma vez que tornou mais fácil o acesso a ela.

A segunda causa da judicialização, segundo Barroso, foi a constitucionalização abrangente. Muitas questões passaram a ser previstas diretamente na Carta Magna, por vezes de forma abstrata, o que demandava uma interpretação pelo tribunal constitucional.

[...] constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2012, p. 24).

Outro ponto que devemos nos atentar é o nosso modelo de controle de constitucionalidade. Adotou-se no nosso país o modelo híbrido: a mescla entre o europeu (controle de constitucionalidade concentrado) e o norte-americano (controle de constitucionalidade difuso). Assim, o Poder Judiciário pode revisar decisões, julgar leis inconstitucionais ou deixar de aplicá-las, entre outras ações, através de qualquer juiz ou tribunal, bem como permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, nosso Tribunal Constitucional. Isso dá ao Poder Judiciário maior controle e interferência nos outros poderes.

Portanto, a redemocratização, a constitucionalização do direito, de forma abrangente, o rol de direitos fundamentais na CF de 88, e o nosso modelo híbrido de controle de constitucionalidade potencializaram a força e a independência do Poder Judiciário, e “[...] juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais do país” (BARROSO, 2017, p. 33).

### 2.3 CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Agora que contextualizamos o surgimento desse fenômeno, podemos conceitualizá-lo. Os primeiros autores, na esfera internacional, a falarem sobre a judicialização da política

foram C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, que introduz o assunto. Ambos discutem o conceito do seu ponto de vista.

Para Vallinder, a judicialização da política é

(1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes às custas dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora do campo judicial propriamente dito. Em suma, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial (VALLINDER, 1995, p. 13, tradução nossa)<sup>2</sup>.

Tate, seguindo na mesma linha que Vallinder, conceitua como sendo o

1. o processo pelo qual os tribunais e juízes passam a, cada vez mais, dominar a criação de políticas públicas já criadas (ou, acredita-se amplamente, que pelo menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativas e executivas, e 2. o processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas) (TATE, 1995, p. 28, tradução nossa)<sup>3</sup>.

Para Barroso,

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2012, p. 24).

É comum, nas três definições, o entendimento acerca do judiciário decidindo sobre matérias que deveriam ser objeto de discussão do legislativo e/ou executivo, configurando uma “[...] infusão de procedimentos e decisões judiciais nas arenas políticas, onde elas não residiam” (VALLINDER, 1995, p. 13, tradução nossa)<sup>4</sup>. Portanto, podemos dizer que a judicialização da política é uma transferência de tomada de decisão de um poder para os juízes.

A consequência desse fenômeno é a expansão do judiciário, que, a cada decisão, torna-se mais forte. A presença dos juízes e tribunais se amplia através da revisão judicial de

<sup>2</sup> (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/ or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning into a form of judicial process.

<sup>3</sup> 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures

<sup>4</sup> “[...] infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not reside.”

ações legislativas e executivas, e da expansão do uso de procedimentos judiciais em outros meios, como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, no legislativo.

Além disso, Vallinder considera que existem várias formas de judicialização da política. Em seu livro, ilustra duas: *from without* e *from within*. *From without* nada mais é que o controle de constitucionalidade, a forma mais utilizada pelo Poder Judiciário para revisar os atos do legislativo e executivo, colocando-se, de certa forma, acima desses poderes. Segundo o autor, a judicialização *from without* só é possível devido à Constituição, uma vez que ela é utilizada como limite para as ações dos poderes. Poderíamos dizer que são os *checks and balances* (freios e contrapesos).

Um exemplo de judicialização *from without* foi a decisão do STF que reconheceu a competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à COVID-19 (ADI 6341). Entretanto, ao mesmo tempo em que os tribunais estariam atuando dentro dos seus limites, estão ampliando seus poderes frente aos demais.

Já a judicialização da política *from within* é a expansão do *staff* judicial e dos procedimentos judiciais na administração pública. A ampliação da atuação do Ministério Público na sociedade brasileira pode ser usada como exemplo. Muitos autores questionam essa atuação e afirmam que o MP está se transformando em um quarto poder.

A judicialização da política é rotineira no cenário brasileiro. Os tribunais estão cada vez mais se utilizando desses arranjos para se sobrepor aos outros poderes. A relação entre o Supremo Tribunal Federal e o presidente Bolsonaro demonstra a queda de braço entre o judiciário e o executivo.

### **2.3.1 Condições de surgimento da judicialização da política**

Tate (1995) elenca alguns fatores que ajudam na expansão da judicialização da política. Irei verificar essas condições no nosso país.

#### *2.3.1.1 Democracia*

Conforme Tate (1995, p. 28), é difícil imaginar uma judicialização da política em um ambiente autoritário. Os juízes não seriam autorizados a revisar as decisões do Poder Executivo, nem mesmo que as cortes deliberassem em relação às políticas legislativas.

No Brasil, vivemos em um Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>, com um Tribunal Constitucional independente do Poder Executivo. “A história do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro está repleta de exemplos que comprovam a impossibilidade de existir um processo de expansão do poder judicial em países autoritários”. (CARVALHO, 2004, p. 117). Tanto é, que a expansão do Poder Judiciário só ocorreu após o processo de redemocratização e a Constituição Federal de 1988.

### 2.3.1.2 *Separação de poderes*

Não é uma condição necessária, mas facilita a judicialização da política. Segundo Tate (1995, p. 29, tradução nossa),

Certamente parece plausível que os tomadores de decisões, em uma separação de poderes constitucionalmente independente e co-igual, estariam em uma boa posição para se afirmar na formulação de políticas, contra ou em competição com os ramos do legislativo e do executivo<sup>6</sup>.

A Constituição Brasileira prevê a separação de poderes no seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Para José Afonso da Silva (2005, p. 110), a independência dos poderes expressa que o cargo de uma pessoa em um órgão do governo não depende da confiança nem da vontade de outros órgãos; que não é necessário consultar, nem pedir autorização, a outros órgãos; e que os mesmos são livres, devendo apenas observar as disposições constitucionais.

Já a harmonia entre os poderes se traduz na cortesia, no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. O autor adverte que a independência e a separação entre os poderes não são absolutas:

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2005, p. 110).

---

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>6</sup> It certainly seems plausible that decisions makers in a constitutionally independent and coequal branch would be in a good position to assert themselves in policy-making against or in competition with the legislative and executive branches.

Caso a separação de poderes fosse aplicada puramente, a competência do judiciário seria interpretar a lei, e não a produzir, como ocorre muitas vezes. Dessa forma, a separação e o *checks and balances* permite ao judiciário a interferência nos outros poderes.

### 2.3.1.3 Política de direitos

Uma política de direitos fundamentais é importante para o surgimento da judicialização da política. Segundo Tate,

Independente de haver uma declaração formal de direitos, o princípio de que os indivíduos ou minorias têm direitos que podem ser aplicados contra a vontade de maiorias, provavelmente aumenta a importância política daqueles - os juizes - cuja cargo, geralmente, torna mais fácil a produção de regras que favoreçam as minorias em relação às maiorias. (TATE, 1995, p. 30)<sup>7</sup>.

A probabilidade do magistrado de defender as minorias é maior do que no legislativo, por exemplo, uma vez que os deputados foram eleitos pela maioria dos eleitores. A nossa Constituição prevê inúmeros direitos fundamentais, a competência da corte constitucional é defendê-la e, conseqüentemente, proteger os direitos previstos. Além dos direitos, a Carta Magna proporciona maior participação social e política da nossa população.

Ademais, com a inclusão de direitos na Constituição, eles não dependem mais da vontade do legislador, mas se tornaram afirmações constitucionais, que devem ser aplicadas. Essa efetivação dos direitos cai na esfera judicial, uma vez que o próprio Poder Executivo não consegue efetivá-los. A política de direitos fundamentais dá mais possibilidades para os magistrados agirem se escorando na defesa da Constituição.

Muitos dos defensores da judicialização da política utilizam o argumento da defesa dos direitos fundamentais, em face de maiorias, como fundamento justificativo para os tribunais excederem o seu papel. Iremos analisar o papel contramajoritário das cortes constitucionais mais à frente.

### 2.3.1.4 Uso dos tribunais por grupos de interesse

Os grupos de interesse usam os tribunais constitucionais com a finalidade de realizar seus objetivos, sejam eles conquistas de direitos ou tentativas de barrar ações de executivo ou

---

<sup>7</sup> Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy significance of those - the judges- whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities.

legislativo. A questão é que as cortes são o caminho mais fácil, uma vez que os grupos de interesse representam, muitas vezes, minorias que não conseguiriam jogar o jogo do congresso nacional.

Dessa forma, a judicialização não surge de forma isolada, ela é influenciada por fatores econômicos e sociais, que formam o sistema político. Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, em sua obra *Dezessete Anos de Judicialização da Política*, demonstram que a utilização, pelos grupos de interesses, do Supremo Tribunal Federal, a fim de alcançar seus objetivos, aumenta a cada ano.

Segundo o estudo, grupos como a Ordem dos Advogados do Brasil e as associações civis, entre os anos de 1988 e 2005, utilizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), respectivamente, 140 e 907 vezes. As associações se encontram em segundo lugar, em número de Adins propostas, perdendo apenas para os governadores.

Esse dado parece confirmar a hipótese apresentada em trabalho anterior, que indica que a sociedade civil organizada vinha sendo uma das principais protagonistas da animação da judicialização da política [...]. (WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 71).

### 2.3.1.5 *Uso dos tribunais pela oposição ao governo*

De forma parecida com os grupos de interesses, a oposição ao governo utiliza as cortes com a finalidade de conquistar os seus objetivos. “Os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso” (CARVALHO, 2004, p. 119).

Utilizando-se do estudo citado, verifica-se que “[...] a análise das Adins aponta para o fato de elas se afirmarem como uma via complementar de disputa política e de exercício da oposição, mais utilizada pela esquerda, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita”. (WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 69).

Durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, o Partido dos Trabalhadores, que era oposição, apresentou quase 60% das Adins feitas pelos partidos de esquerda. Nesse período (1995-2002), 63% das ações eram propostas por partidos de esquerda. No mandato de Lula, do PT, o partido não apresentou ações, tendo os partidos de direita e centro o maior número de Adin propostas.

Esses dados demonstram que a oposição utiliza o STF como arena política, buscando resolver seus conflitos por meio do Poder Judiciário. Durante a pandemia, período estudado neste trabalho, veremos que a oposição foi um dos grandes impulsionadores da judicialização.

### *2.3.1.6 Inefetividade das instituições majoritárias*

A inefetividade das instituições majoritárias em corresponder às demandas da população também é uma das condições para o surgimento da judicialização da política. No caso do Brasil, temos uma Constituição repleta de direitos, os quais não são colocados em prática, além da possibilidade de participação política e social.

Esses dois fatores aumentam a demanda social da população. Entretanto, o Estado não consegue abarcar todos esses conflitos e exigências existentes na sociedade, deixando vazios no nosso sistema, uma vez que não existem condições fáticas para que todas as carências dos cidadãos sejam sanadas.

Se levarmos em conta que o nosso país tem uma população de 211 milhões de pessoas (dado de 2019<sup>8</sup>) em uma extensão territorial de mais de 8 milhões, distribuídos em 26 estados e o DF, percebe-se a magnitude da nossa nação e a consequente (des)efetividade dos serviços públicos.

O indivíduo busca solucionar seus impasses no Poder Judiciário, uma vez que não consegue resolvê-lo no âmbito político. O direito à saúde é um bom exemplo disso. Todos os anos, milhares de processos demandando medicamentos, cirurgias, vagas em hospitais, entre outros, são protocolados nas varas e tribunais, tendo em vista que a Administração Pública não fornece o necessário.

A judicialização em massa de questões envolvendo direitos não garantidos só aumenta o poder do judiciário, tendo em vista que a sociedade agora se direciona a ele para solução das demandas e, não mais, ao executivo ou legislativo.

### *2.3.1.7 Crise de representação no executivo e legislativo*

Não é citado por Tate, mas é uma questão importante para pensarmos o surgimento da judicialização da política. Não é novidade que a sociedade está cada vez mais desacreditada nos políticos. Todos os dias são reportadas notícias de corrupção, seja no executivo, seja no legislativo. Ao mesmo tempo, temos alguma valorização de certos juízes.

Em 2018, o nível de desconfiança nos partidos políticos era de oito a cada dez brasileiros (BERALDO, 2018). Foram citadas a corrupção e falta de representação dos

---

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

interesses dos eleitores, bem como a falta de um programa político claro, como motivos para justificar a sua fala.

A consequência disso é o descrédito no executivo e no legislativo.

[...] um misto de ceticismo, indiferença, insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam desinteresse geral. Em países em que o voto é obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. (BARROSO, 2017, p. 52).

Isso só ajuda a fortalecer o Poder Judiciário - e, conseqüentemente, a judicialização da política -, que se sente mais à vontade em se tornar “mais representativo dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2017, p. 53). Veremos mais à frente como isso é problemático e prejudica a nossa democracia.

## 2.4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA

Um dos argumentos utilizados pelos defensores da judicialização da política para justificar a atuação das cortes é o papel contramajoritário (ou dificuldade contramajoritária) delas. Expressão criada por Alexander Bickel (1962), ela traduz a possibilidade das cortes constitucionais de invalidar atos dos poderes executivos e legislativos, eleitos pelo voto popular.

Vale dizer: 11 ministros do STF (na verdade, seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. (BARROSO, 2017, p. 48).

A dificuldade contramajoritária é legitimada por dois argumentos: um de natureza normativa e outro de natureza filosófica. O primeiro surge da Constituição Federal e o seu art. 102 disciplina as competências do Supremo Tribunal Federal. Quando exercer aquele papel previsto pela Carta Magna, a corte está concretizando as decisões tomadas pelo constituinte, o qual foi eleito pelo povo, tornando-a legítima.

A segunda justificativa é de natureza filosófica.

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. (BARROSO, 2012, p. 28).

Tendo em vista essas situações conflitantes descritas acima, a jurisdição constitucional deve exercer dois papéis, a fim de salvaguardar o Estado Democrático de Direito, sendo eles proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, e os canais de participação política de todos. Dessa forma, assegura-se a defesa das minorias, que devem ser amparadas da mesma forma que as maiorias, tendo em vista os valores fundamentais de respeito e consideração, e do processo democrático. São essas noções importantes instituídas pelo poder constituinte.

Barroso (2017) caracteriza, ainda, o STF como “guardião das promessas”, pois ele tem a capacidade de ser um fórum de princípios e de razão pública. “Seus membros não dependem de processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos racionais que as suportem” (BARROSO, 2017, p. 50). Dessa maneira, teríamos uma corte autorizada a fazer tudo, em defesa do que já apontado.

É importante questionar as justificativas para legitimar o papel contramajoritário das cortes constitucionais. O tribunal pode invalidar os atos dos outros poderes, pois age de maneira a defender os direitos fundamentais e o processo democrático, além de que os juízes se comportam de forma racional e independente. Seria quase como possuir uma carta branca.

Contudo, a ausência de voto dos ministros os torna aptos a estabelecer limites à vontade das maiorias, sobrepondo-os com o desejo das minorias? Só porque os juízes são, hipoteticamente, racionais e independentes, podem descartar a soberania popular? A população se sente representada por isso?

Deliberações políticas devem ser feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo, pelos representantes eleitos para essas tomadas de decisões pela população. O Judiciário só deve agir quando essas decisões estiverem em confronto com a Constituição.

Por trás da “dificuldade contramajoritária”, encontramos uma tensão insolúvel: sempre haverá questões que, em uma democracia, não deveriam ser resolvidas em última instância por um grupo de sábios não eleitos e que permanecem no cargo por décadas, sem qualquer tipo de *accountability*. (ARGUELHES, 2017, p. 101).

Conforme Schmitt, não devemos deixar que as ditas objetividades e independências do judiciário levem a jurisdição constitucional a agirem como o Poder Legislativo. Não se trata de agir de forma racional ao defender os direitos das minorias, mas sim de respeitar as escolhas feitas pela população no momento das eleições.

A posição especial do juiz no Estado de direito - sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade — baseia-se no fato de que

ele decide justamente com base em uma lei e de que sua decisão, em seu conteúdo, é derivada de uma outra decisão de modo mensurável e calculável já contida na lei. Se, excepcionalmente, os órgãos legislativos perceberem, nas formas do ato legislativo, outras funções que não as do ato legislativo, pode-se qualificar isso, então, de "legislação formal", como, analogamente, se pode também falar de um conceito formal de justiça quando uma repartição judicial declarada competente se torna ativa, dessa maneira, ultrapassando o território objetivo da justiça. Porém, isso ainda não permite as inversões de um formalismo inócuo que simplesmente inverta as coisas e que classifique de jurídica aquilo que o legislativo realize na forma de legislação, tudo como justiça o que um tribunal faz. (SCHMITT, 2016, p. 56-57).

Outro ponto importante a ser destacado, em relação ao problema da democracia e a judicialização da política, é o que Barroso chama de papel representativo das cortes constitucionais. Conforme vimos em tópico anterior, a crise de representatividade da classe política é uma das causas da judicialização da política. A sociedade está cada vez mais desapontada com os poderes executivo e legislativo.

Aliado a isso, segundo o autor, temos um congresso que, mesmo sendo formado pela maioria dos votos, nem sempre expressa o sentimento dela, além de ser manobrado para interesses de outros agentes que não a população. Esses fatores diminuem a representatividade desses atores políticos.

Ao mesmo tempo, “não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário” (BARROSO, 2017, p. 55). Um dos motivos é a diversidade da magistratura. Os juízes entram para o Poder Judiciário através de concursos públicos, necessitando apenas de estudo. Isso torna o processo democrático, conseqüentemente, cada vez mais diverso.

Combinado a isso, o cargo é dotado de garantias e vitaliciedade, tentando garantir que os magistrados não dependam de um processo político. Ao contrário, segundo o ministro, de um cargo no governo ou no congresso, que depende de investimento financeiro e acordos políticos que defendem certos interesses.

Entretanto, é importante pensarmos nessa “diversidade” dos magistrados. Segundo o perfil sociodemográfico dos magistrados, feito pelo Conselho Nacional de Justiça (2018), a maioria dos juízes é homem e se identifica como branco, além de pertencerem a uma classe social alta. É de conhecimento notório que as provas de concursos para essa profissão são difíceis e demandam uma grande quantidade de tempo de estudo. Tempo esse que um trabalhador(a) brasileiro(a) de classe baixa não dispõe, uma vez que necessita laborar.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal são escolhas políticas, feita pelo presidente da república. Com esses dados em mãos, podemos falar de uma classe diversa socialmente, que representaria a nossa população de uma melhor forma que o congresso? Não se nega que a

classe política não é diversa como nossa sociedade (OLIVEIRA, 2019), porém é escolhida pelo voto popular. Caso a população não se sinta confortável, pode rever sua escolha quatro anos mais tarde.

Barroso afirma que o papel representativo da Corte, dando exemplo da ADC nº12, posterior Súmula Vinculante nº 13, que decidiu pela proibição do nepotismo nos três poderes. Segundo ele, “Embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, é fora de dúvida que a decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta no Congresso” (BARROSO, 2017, p. 59). A Corte realiza, de certo modo, uma reforma política que a sociedade implora.

Outro papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, além de representar a sociedade, é o papel iluminista, “de empurrar a história quando ela emperra”. Para demonstrá-lo, Barroso utiliza a jurisprudência do caso que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais. Na época do julgamento, o resultado não era bem visto pela sociedade, entretanto, tratava-se de um direito fundamental que deveria ser defendido. Nesse papel iluminista, a Corte pode ir contra o pensamento da maioria.

Analisando-se a “obra final” do autor, constata-se um pensamento contraditório. Os ministros ignoram o clamor popular, de forma contramajoritária, por estarem realizando papel iluminista ou eles atendem os clamores populares? É difícil conceber as duas coisas ao mesmo tempo.

Diego Werneck Arguelhes está

[...] contra o Congresso, mas a favor da opinião pública, então não há problema. Ou estou contra a opinião pública, mas a favor de direitos fundamentais - então, novamente, não há problema. Ou ainda: estou contra a opinião pública, e contra o Congresso, mas estou atuando como “vanguarda iluminista”. Onde haveria espaço para qualquer problema democrático na atuação do STF? (ARGUELHES, 2017, p. 89).

Podemos destacar outra crítica a esse papel iluminista. No momento, temos uma Corte que se porta de uma forma mais “liberal”. Direitos das mulheres, população negra, LGBTQIA+, entre outros, estão sempre em pauta, e são proferidas algumas decisões que contemplam esses grupos minoritários. Ao fazer isso, Barroso afirma que a Corte está empurrando a história quando ela emperra.

Entretanto, em alguns anos podemos ter uma Corte mais conservadora, que irá levar o tribunal a caminhos menos progressistas que o atual. Suas decisões irão se legitimar pelo comportamento sistemático do Supremo. Na visão dos novos ministros, eles também estarão empurrando a história.

Essas idealizações do Tribunal constitucional, “representante discursivo” ou “iluminista”, podem ser criticadas mediante argumentos de “perversidade”, com as palavras de Schmitt em *Der Hüter der Verfassung*: a expansão da justiça para domínios essencialmente políticos não altera a natureza do conflito político. Pelo contrário, além de manter o risco de arbitrariedade existente em toda decisão política, acrescenta o problema da politização da justiça, com seus próprios riscos implícitos. Ao contrário do que ocorre com parlamentos e o poder executivo, o tribunal constitucional não é responsável perante eleitores e estará ainda mais livre para impor sua própria pauta política, discricionariamente. Ora, nem mesmo o mais ardoroso defensor de uma atuação “criativa” dos tribunais pode negar que, ao menos em parte, uma das consequências práticas desse processo tem sido o “empoderamento” das cortes, que agora dispõem de meios para agir politicamente em defesa de seus interesses burocráticos-institucionais particulares. Naturalmente que essa possibilidade não é suficiente para rechaçar o controle de constitucionalidade, mas sim, deveria bastar para motivar análises mais realistas e menos auto-celebratórias (OLIVEIRA, 2020, p. 80).

Dessa forma, devemos repensar a forma que a nossa corte constitucional age, e a relação dela com a democracia. De fato, algumas decisões proferidas pelo STF, em um ambiente de judicialização da política, são importantes para o país e a sociedade, e trazem uma sensação de justiça. Entretanto, estaríamos dando espaço para a entrada de um judiciário arbitrário?

Nesse sentido, a pandemia agravou essa questão, tendo em vista a urgência dos casos concretos, necessitando, várias vezes, da rápida ação do judiciário. Deveríamos esperar a resposta do Executivo, com todos os seus problemas, ou é o caso do acionar o judiciário?

Em longo prazo, tais decisões podem contribuir para um “esvaziamento do processo legislativo”, uma vez que o judiciário propaga um sentimento que ele já é suficiente para resolver os problemas no nosso país, disseminando “uma imagem de ‘irrelevância’ do processo político eleitoral em benefício de instâncias judiciais”. (OLIVEIRA, 2015, p. 28). É um caminho sem volta para a democracia, que poderá tornar-se uma “aristocracia da toga”, onde os juízes podem controlar todo e qualquer ato/decisão dos outros poderes.

Alega-se ser muito mais fácil e rápido levar os questionamentos a uma corte constitucional, com decisões permeadas de racionalidade e qualidade, do que travar uma discussão nas plenárias das casas do congresso, que no imaginário de muitos só representa corrupção. Mas vivemos em uma democracia, na qual a representatividade do povo é feita pelos políticos eleitos e não por ministros escolhidos por presidentes da república.

Sempre estamos à frente de uma “faca de dois gumes”, e onde se tem um lado positivo (resposta mais rápida do judiciário, em consonância com os direitos fundamentais), também se tem o negativo (abre-se margem para o empoderamento do Poder Judiciário e todo o seu possível autoritarismo e arrogância).

Por fim, a relação entre a judicialização da política e a democracia é de difícil resolução, tendo em vista que o problema não se encontra unicamente no Poder Judiciário, é algo sistemático em nossa comunidade política. Os partidos utilizam o STF como arena para discutir os seus problemas junto ao governo. O governo também lança mão dessa possibilidade. Não há como a Corte se desvencilhar dos pedidos. Trata-se de um impasse.

### **3 ATOS ADMINISTRATIVOS**

Tendo em vista que o presente estudo de caso se relaciona com atos administrativos discricionários do Poder Executivo federal, é necessária uma pequena explanação sobre eles. O ato administrativo é ato jurídico<sup>9</sup> produzido pelo Poder Executivo, o qual se manifesta a fim de

---

<sup>9</sup> “O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos. Se não apresentasse sua própria especificidade dentro deste gênero não haveria razão alguma para que a doutrina se afadigasse em formular seu conceito, pois bastaria o conceito de ato jurídico”. (BANDEIRA DE MELO, 2015, p. 379).

realizar objetivos que lhe são próprios e, dessa forma, cumprir com os seus fins e desenvolver as suas atividades.

Considerável parte da doutrina afirma que há diferença entre a expressão “ato administrativo” e “ato da Administração”. Segundo Di Pietro (2019, p. 448), a primeira tem sentido mais amplo do que a segunda expressão, abrangendo, por exemplo, atos de direito privado, atos materiais, atos políticos, contratos celebrados pela Administração Pública, e os atos normativos.

Outro ponto também discutido é a diferença entre “atos administrativos” e os “fatos administrativos”, sendo o primeiro decorrente da vontade da Administração Pública, enquanto o segundo é o fato descrito na norma legal, que produz efeitos no campo do direito administrativo. Caso o fato não produza efeito no campo administrativo, fala-se em o fato da Administração.

O conceito de ato administrativo é diferente para cada autor e, assim, existem inúmeros no âmbito do Direito Administrativo.

Para Cretella Júnior (1966), apud Pinho e Nascimento (1971, p. 149),

é toda manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Para Bandeira de Melo (2015, p. 393),

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

Di Pietro (2019, p. 456) conceitua como sendo a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

As três são definições diferentes, mas alguns pontos possuem em comum. É uma manifestação ou declaração de vontade do Estado, ou por quem lhe represente, que, agindo nesta qualidade, tenha por fim aplicar a lei, estando sujeito ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário.

Além disso, os atos administrativos possuem presunção de legitimidade, bem como de veracidade. Até que sejam declarados inválidos, todos os atos administrativos são presumidamente válidos e os fatos constantes de certidões, atestados ou declarações expedidas

pelo poder público possuidor de fé pública. São executados diretamente pela Administração, sem a intervenção do Poder Judiciário, inclusive com o uso da força, mesmo que não seja em toda atividade administrativa, e impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução.

Os atos administrativos podem ser classificados de várias maneiras. Utiliza-se, principalmente, as diferenciações quanto aos destinatários, quanto à formação da vontade produtora, quanto à posição jurídica da Administração, entre outras. Entretanto, o que nos interessa neste estudo é analisar os atos administrativos quanto ao grau de liberdade da Administração na prática do ato, que são divididos em vinculados e discricionários.

A Administração Pública exerce poderes que a possibilita realizar a sua atividade e função dentro do Estado. Contudo, esse desempenho deve ser amparado por lei, a fim de evitar o abuso e arbitrariedade dos administradores. Deve-se respeitar as regras impostas, sob pena de ilegalidade. “Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial” (DI PIETRO, 2019, p. 481).

Ao mesmo tempo em que a lei se vincula ao ato administrativo, ela também deixa certa margem para a atuação dos administradores, dando a eles a chance de optarem por agir em um caminho, dentre vários, utilizando-se de critérios como oportunidade, conveniência, justiça e equidade.

Para Bandeira de Melo (2015, p. 440),

[...] discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

É importante ressaltar, que nenhum ato é propriamente discricionário, ele apenas é por ocasião, em certas situações. Sempre devem observar a competência, a forma e a finalidade. Toda liberdade é limitada pela lei, em algum grau. O que ocorre é o exercício do juízo discricionário e opções discricionárias.

Segundo Bandeira de Melo (2015, p. 441), a discricionariedade está ligada a duas coisas: ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade e ao exame do caso concreto. No primeiro caso, revela-se que, enquanto a norma vinculada é objetiva em relação ao comportamento/situação que ela prevê, a discricionária, ou não descreve antecipadamente a situação, ou a situação é descrita por palavras que têm conceitos imprecisos.

Ou, ainda, a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, ao invés de um dever de praticar um ato específico, ou, por último, o objetivo legal costuma ser descrito de forma apenas genérica.

O segundo, é o exame do caso concreto. Para o autor, quando há na lei conceitos imprecisos, só pode se agir com discricionariedade em casos concretos duvidosos, “quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie”. (BANDEIRA DE MELO, 2015, p. 443).

A lei proporciona ao administrador essa liberdade, pois não há como prever todas as situações que surgem a partir dos casos concretos. Já que é o poder público que convive com essas circunstâncias no dia a dia, ele está mais apto a identificar a providência mais adequada para satisfazer os interesses da sociedade. Cabe analisar o caso concreto para verificar se realmente está no campo da discricionariedade.

Podemos dizer que um dos fundamentos da discricionariedade se encontra precisamente neste ponto: a administração está em posição mais vantajosa para analisar os problemas e resolvê-los. Para que o ato esteja dentro nos limites da discricionariedade, não basta o administrador dizer que agiu dentro do campo de alternativas que a lei previu, mas deve se verificar, em exame de razoabilidade, as circunstâncias do caso, e se a finalidade da norma aplicada foi cumprida.

Importante ressaltar que nesse estudo de casos estamos lidando, principalmente, com a saúde pública e a pandemia de COVID-19. Nessa situação é necessário que o gestor público dê atenção àquilo que os especialistas destacam, tendo em vista as questões técnicas e próprias das ciências médicas, e até mesmo econômicas, que envolvem o problema. É importante ouvir as opiniões dos cientistas, uma vez que não é responsabilidade do administrador ser autoridade em todos os assuntos.

O que se pode (e deve) exigir é que quaisquer que sejam as medidas que venham a ser tomadas pelo ente federativo – municipal, distrital ou estadual – em termos de combate à pandemia da Covid-19 –, quer para restringir o exercício de atividades (essenciais ou não), quer para liberá-las – sejam elas fundadas em “evidências científicas e análise sobre informações estratégicas em saúde [...]”, exatamente conforme prevê o art. 3º, § 1º, da Lei Federal 13.979/2020 (LGL\2020\1068). (CAMBI; LIMA; NOVAK, 2020, p. 338).

É nesse contexto que surge uma das problemáticas deste trabalho: é possível um controle judicial dentro da discricionariedade da Administração Pública? É legítima a interferência dos juízes dentro da competência dos administradores? Esses questionamentos são assuntos que vêm há muito tempo sendo debatidos entre os estudiosos.

Muitos autores remetem o surgimento de um controle judicial mais amplo a partir da constitucionalização do direito administrativo. Para Cadernatori (2016, p. 171), essa constitucionalização é decorrente do neoconstitucionalismo que, como já visto no primeiro capítulo, traduz uma ideia de supremacia da Constituição.

Percebe-se que, após a Constituição Federal de 1988, muitos dos assuntos pertinentes à Administração Pública foram incluídos no rol de normas constitucionais. Ressalta-se o art. 37 e os princípios elencados - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros. Tem-se, assim, que o poder constituinte vinculou a Administração Pública à uma observância, não só à lei em *stricto sensu*, mas também a Carta Magna, o que elevou às normas administrativas a um grau hierarquicamente superior.

Assim, verificou-se uma limitação à função administrativa, sendo necessário que o gestor se atente em cumprir os princípios e normas constitucionais impostos, que passam a controlar a situação. Para Di Pietro (2012, p. 5), a observância aos princípios é obrigatória “para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo)”.

A legalidade em sentido amplo (ou juridicidade) foi um ponto importante para o crescimento da constitucionalização do direito administrativo, uma vez que a norma não é mais vista apenas pelo aspecto formal, ampliando-se materialmente, abrangendo-se, também, os princípios e valores constitucionais, o que influencia fortemente na atuação administrativa, como dito. O conteúdo vale tanto, ou mais, que a forma.

Protesta-se pela passagem do Estado Legal para o Estado de Direito, significando isto que se quer submeter o Estado ao Direito (com todos os princípios e valores que o integram), e não apenas à lei em sentido puramente formal; quer-se novamente vincular a lei aos ideais de justiça e quer-se prestigiar os direitos fundamentais do homem, em especial pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. (DI PIETRO, 2012, p. 5).

Medeiros (2020, p. 101) alega que essa mudança para valorizar o sentido amplo da norma vem de um descrédito da lei formal, principalmente pelo fato de a mesma ter se mostrado insuficiente em seus objetivos. Além disso, muitos acreditam que a lei está conectada com um ideal totalitário e desumano.

Dessa forma, tendo a legalidade como algo negativo, a lei deve se transformar: de algo simplesmente formal em um instrumento que possibilita a busca por justiça pelo povo e possibilidade de pôr em prática os seus direitos. É na Constituição que essas possibilidades são

instrumentalizadas. Tem-se a “substituição da lei pela Constituição como parâmetro de validade da atuação da Administração Pública” (MEDEIROS, 2020, p. 103).

Junto a isso, a crise da lei formal, vem o argumento de uma crise do Poder Legislativo, principalmente no que se refere à representatividade. Como visto no primeiro capítulo, ao declarar a ilegitimidade das instâncias políticas, dá-se ao Poder Judiciário mais crédito, pois os mesmos se pintam como “heróis”.

Invoca-se uma pretensa crise dos parlamentos e, por consequência, da lei formal – constatada sem rigor científico ou imparcialidade – de modo a flexibilizar o conceito de legalidade em favor de uma ideia de juridicidade, ou legalidade em sentido amplo, onde reinam os conceitos indeterminados ao invés da letra da lei.

Justificativa similar é dada para legitimar uma atividade intensa de controle judicial em relação aos atos administrativos, quer porque a Administração Pública é disfuncional, quer porque o judiciário é incumbido de realizar o programa constitucional, em detrimento da simples legalidade absorvida pela Administração para expedir seus atos. (MEDEIROS, 2020, p. 105).

Afere-se uma evolução dos princípios constitucionais, principalmente o da legalidade, na seara do direito administrativo, tornando a atuação do gestor muito mais limitada. Dessa maneira, percebe-se a predominância da constitucionalização do direito administrativo sob a discricionariedade dos atos.

Pode-se dizer que isso também decorreu da superação de uma análise tradicional do mérito administrativo. Quando antes se examinava os quesitos formais, como competência, forma e finalidade, agora se exploram o motivo e o objeto dos atos discricionários, abrindo-se margem para um controle muito mais intenso devido à subjetividade dessas premissas.

O fato é que houve mais essa redução da discricionariedade administrativa, pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interpretar os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Diante disso, fácil é concluir se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de princípios e valores (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa (DI PIETRO, 2012, p. 11).

Dessa maneira, muitos membros do Poder Judiciário utilizam como argumento a defesa de certos princípios apenas como forma de “falsa” justificativa para “passar por cima” das decisões administrativas, tendo em vista essa força axiológica valorativa, que possibilita ao magistrado defender o seu ponto de vista de forma arbitrária.

Outro ponto que influenciou a constitucionalização do direito administrativo é a previsão de inúmeros direitos fundamentais na Carta Magna. Sabe-se que a concretização

dessas garantias depende, na maior parte, da atuação da Administração Pública, que é precária em nosso país.

Consequentemente, as previsões de direitos fundamentais junto da ineficiência do Estado resultam na enxurrada de ações judiciais, em que o cidadão pleiteia seus direitos. É assim que ocorre o aumento da atuação do judiciário, que interfere no exercício dos administradores públicos. Acarreta, também, uma descredibilização da Administração Pública, e uma valorização do Poder Judiciário, uma vez que esse é motivado a atuar em defesa da população.

É dessa maneira que a constitucionalização do direito administrativo abriu uma grande margem à atuação do Poder Judiciário, transferindo o poder de decisão do primeiro para o segundo, colocando em risco nossa democracia como um todo e desrespeitando a separação dos poderes.

Importante ressaltar que a Administração Pública é posta nesse arranjo, de decidir como gerenciar a máquina pública, pois a mesma está em uma posição mais privilegiada em analisar as necessidades e as possibilidades do Estado. Não é o Poder Judiciário, que lida com a aplicação da lei, que saberá quantos por cento do orçamento anual será colocado na saúde pública, por exemplo.

[...] essa transferência de poder ao judiciário acarreta na desconsideração de toda a especialização funcional de outros poderes, aqui rendendo-se especial importância ao poder executivo, dotado de um alto grau de complexidade organizacional. Por consequência, o ativismo judicial sobre as funções essenciais do poder executivo implica na transferência de poder decisório qualificado a uma instituição de baixa expertise técnica em matéria administrativa. Há um desequilíbrio. Juízes – que possuem formação generalista – passam a ditar como gestores públicos devem agir, conforme as suas convicções sobre a melhor destinação da coisa pública, a despeito de não vivenciarem a realidade prática da Administração ou sequer terem know-how sobre gestão pública. Este cenário institucional colide com a ideia de especialização funcional subjacente à separação de poderes. (MEDEIROS, 2020, p. 214).

Atualmente, muitos doutrinadores defendem o controle judicial dos atos administrativos discricionários de forma ativa. Escolhi dois autores considerados “de grande renome” para ilustrar como o controle e a transferência dos poderes de decisão é defendido e justificado.

Para Di Pietro, o controle é possível, observando-se aquilo autorizado pela lei à Administração Pública.

[...] o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário

invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade. (DI PIETRO, 2019, p. 493).

Bandeira de Mello (2015) defende que o controle judicial deve se estender apenas na investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Os motivos se tratam de vislumbrar a vontade do administrador e os pressupostos que embasaram a decisão. A finalidade é constatar a presença do abuso de direito, e a causa pode se definir como "relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto", com uma atenção à sua finalidade. Para o autor, a análise da causa se torna ainda mais importante nos casos em que a lei omite na enunciação dos motivos, dos pressupostos, etc., que justificam a sua criação, pois não há como aferir, nessas situações, o motivo legal com a situação fática.

Os motivos e as finalidades indicadas na lei, bem como as causas do ato, exercem um limite ao exercício da discricionariedade e oferecem ao Poder Judiciário área para atuação, mesmo quando se fala em normas imprecisas. *“Isto porque todo conceito, por imperativo lógico, é uma noção finita, que tem contornos reconhecíveis”* (pg. 438).

Como visto, os princípios e valores norteiam uma atuação discricionária do administrador, sujeitando-o a esse “fantasma” que paira no controle judicial. Fantasma no sentido que não há algo fixo na hora de justificar a anulação dos seus atos discricionários, uma vez que a margem é ampla.

Corroborando isso, trago a fala do ministro Alexandre de Moraes, em julgamento da ADPF 672, um dos casos estudados aqui, sobre a atuação do judiciário no controle dos atos administrativos discricionários:

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

Assim, percebe-se cada vez mais justificativas ao controle judicial. Por fim, relacionando-se aos casos estudados e a pandemia de COVID-19, devemos observar o aspecto técnico e médico das situações, uma vez que se tratar de caráter puramente científico. A Administração Pública é que tem a expertise para decidir quais caminhos tomar para resolver os problemas decorrentes da pandemia. Sabe-se que o Poder Executivo tem corpo técnico e profissional apto a delinear ações no combate ao vírus, ao contrário dos magistrados.

Contudo, os atos discricionários do Executivo federal, no que diz respeito à saúde pública nesse momento de crise foram duvidosos, uma vez que inúmeras ações da Administração Pública não estiveram sincronizadas com as recomendações dos especialistas na área de infectologia.

Dessa maneira, como proceder? Se o administrador está na posição privilegiada de decidir por ter o conhecimento das necessidades da população e o *know how* dos procedimentos, e mesmo assim escolhe o caminho desaconselhável? Poderíamos defender o controle judicial nesses casos mais específicos, uma vez que não se trata da discricionariedade de A ou B, mas sim de escolhas prejudiciais à população brasileira? Ficamos entre a defesa de uma democracia, em que se respeita a separação de poderes e a representatividade democrática, e a defesa de certos direitos e garantias fundamentais.

Essa é a pergunta que esse trabalho pretende tentar responder.

## **4 ESTUDO DE CASO**

Neste capítulo analisaremos as ações de preceitos fundamentais objetos deste trabalho.

### **4.1ADPF 669**

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 foi proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade em face de ato administrativo praticado pelo Governo Federal consistente na celebração de contrato no valor aproximado de R\$ 4,8 milhões com a empresa de publicidade *iComunicação* para a elaboração de campanha intitulada “O Brasil Não Pode Parar”.

Conforme consta na petição inicial desse processo, protocolada em 30 de março de 2020, a propaganda espalha desinformação em relação ao vírus, indo em sentido oposto àquele sugerido pelas autoridades de saúde nacionais e internacionais. Além disso, a campanha publicitária também viola princípios da administração pública.

A propaganda, contratada pelo governo federal, defende a tese do isolamento vertical - isolamento de apenas indivíduos acima de 60 anos, portadores de diabetes, hipertensão e doenças cardíacas ou pulmonares (BIERNATH, 2020) -, e foi orçada em aproximadamente R\$ 4,8 milhões (R\$ 4.897.855,00). A compra foi classificada como emergencial e, por isso, não necessitou de licitação, conforme a lei da COVID-19 (Lei 13.979/20).

Na inicial, a REDE afirma existir uma lesão concreta e direta ao patrimônio público, vez que o Governo Federal gastará cerca de R\$ 5 milhões de reais para divulgar propaganda institucional. Propaganda essa dissociada das recomendações médicas e sanitárias, colocando em risco a população brasileira ante a disseminação de medidas que já se mostraram ineficientes e extremamente prejudiciais ao Povo em outros países.

Quanto às questões técnicas, em relação ao cabimento da ADPF, alega-se que não existe outro instrumento, no âmbito constitucional, que possibilite a impugnação do contrato administrativo. Trata-se de ato administrativo, sem caráter normativo, nem mesmo secundário, e que não cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ademais, é possível apresentar essa ação sempre que inexistirem outros instrumentos aptos a sanar a questão suscitada.

Outro ponto trazido foi a violação direta aos princípios da legalidade (não foram observadas as diretrizes legais para a prática do ato), da impessoalidade (o chefe do Poder Executivo impõe suas convicções pessoais à população), moralidade (violação ao que mais se espera do primado de boa-fé e probidade da gestão), publicidade (as informações disseminadas são diferentes daquelas sugeridas pelos de consensos técnicos e científicos, além de inexistir licitação do serviço prestado) e eficiência (os recursos públicos, já tão escassos e extremamente necessários nessa época de crise nacionalmente espalhada, exigem destinação mais adequada e proveitosa do que a publicidade sem qualquer respaldo científico).

Também se citou a violação aos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, pois o ato administrativo discutido pode implicar a morte de inúmeras pessoas que acatassem as sugestões do poder público.

Por fim, foi requerido, em sede de medida liminar suspender o contrato firmado com a empresa *iComunicação* integrada no âmbito da Campanha “O Brasil não Pode Parar”, sem que ocorra o pagamento, até o julgamento do mérito da presente ação, bem como impedir que

sejam veiculadas quaisquer publicidades institucionais pagas, direta ou indiretamente, com dinheiro público no escopo da Campanha “O Brasil não Pode Parar”, pelo manifesto risco de grave lesão à saúde de toda a população.

A petição inicial foi distribuída ao ministro Luís Roberto Barroso, que proferiu decisão monocrática em 21 de março de 2020. O jurista começou lembrando que a Constituição Federal, em seu art. 5º, assegura aos cidadãos direito à vida, à saúde, à segurança e à informação, e que a administração pública deve fornecer às pessoas aquilo previsto.

Dessa forma, a propaganda aqui discutida deveria defender esses preceitos, atender aos padrões de legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que são princípios administrativos, além de necessitar dispor de caráter “informativo, educativo ou de orientação social” (art. 37, §1º, CF).

Isso posto, sabe-se que a situação da pandemia de COVID-19 é gravíssima, levando as nações a praticarem medidas extremas para assegurar o isolamento social da população. Sem medidas de distanciamento social, o combate ao vírus é feito de forma precária, colocando a sociedade em risco iminente. Aliado a isso, vivemos em um país que exige outros cuidados, tendo em vista da existência de grandes aglomerações urbanas, muitas comunidades pobres e enorme quantitativo de pessoas vivendo em situação de precariedade sanitária.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal defende que, em matérias de tutela da saúde pública, observam-se os princípios da precaução e da prevenção. Deste modo, mesmo se a pandemia de COVID-19 não representasse grande perigo à população, deveríamos ser cautelosos em respeitar os direitos fundamentais.

Por conseguinte, a propaganda publicitária vai de encontro a isso. Afirma que “O Brasil não pode parar”, incentivando as pessoas a não se comprometerem com o isolamento social. Ademais, ela não informa, educa ou orienta socialmente a população (art. 37, §1º, CF).

O uso de recursos públicos para tais fins, claramente desassociados do interesse público consistente em salvar vidas, proteger a saúde e preservar a ordem e o funcionamento do sistema de saúde, traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, caput e §1º, CF).

Em vista de deferir o pedido de liminar, o ministro afirmou que o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação está presente, uma vez que a circulação do vídeo da propaganda não é algo que possa se controlar, tendo em conta a utilização das mídias sociais.

O dano não poderá ser remediado, levando as pessoas a desrespeitarem o isolamento social, tão necessário na situação vivida.

Assim, foi decidido que

Diante do exposto, recebo a ação da Rede Sustentabilidade. Defiro a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim. Providencie-se o apensamento da ADPF 668 por baixo da ADPF 669 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 82.).

A ADPF 668, apensada à 669, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM), com o mesmo objetivo da rede sustentável. O Ministério Público Federal, intimado para manifestar-se, posicionou-se pelo não conhecimento das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

A Advocacia-Geral da União, preliminarmente, arguiu pela falta de documentos capazes de embasar a pretensão requerida, uma vez que deixou de instruir seu pedido com documentos que comprovem a própria existência dos atos do poder público sob invectiva. Também afirmou que o pedido não observou o requisito da subsidiariedade, em relação à ADPF, pois o controle judicial do ato impugnado pode ser adequadamente exercido através de via difusa.

Argumentou-se que o *fumus boni iuris e o periculum in mora* não estavam presentes, pois a campanha publicitária não existia, nem houve o gasto de R\$4,8 milhões, devendo o processo ser extinto por falta de interesse processual. Conforme alegado pela Secretaria Especial de Comunicação Social, somente foi realizado o esboço de um vídeo para eventual propaganda futura, que ainda passaria pela avaliação governamental e pelas adequações necessárias. Além disso, desde o dia 1º de abril, o governo federal tem passado a usar o slogan “Ninguém fica pra trás”, prestando ajuda ao enfrentamento da pandemia.

Em 7 de maio de 2020, tendo em vista que a campanha publicitária “O Brasil não pode parar” não teve êxito, as ações de descumprimento de preceito fundamental 668 e 669 foram extintas por perda de objeto, nos termos do art. 21, §1º, RISTF.

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em face de ações e omissões do governo federal, especialmente da Presidência da República e do Ministério da Economia, no âmbito da condução de políticas públicas emergenciais nas áreas da saúde e da economia em face da crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Conforme descrito na petição inicial, a pandemia trouxe um desafio para as políticas de saúde pública de todos os países do mundo, exigindo dos governos uma postura firme e eficiente diante dos problemas que surgiram. Para que a população se mantenha segura, as ações para o enfrentamento da crise sanitária deveriam seguir as orientações de autoridades de saúde, que sugerem o isolamento social como a melhor forma de prevenir a disseminação do vírus. É, também, urgente a atenção em relação à economia, área extremamente afetada com a pandemia.

Em nosso país se verifica que, mesmo com recursos, o governo nem sempre tem feito uso deles para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária. Ele tem sido irresponsável em suas ações, que vão contra os protocolos de saúde. Temos, particularmente, um presidente da república que tem se tornado um agente agravador da crise e que coloca em risco a vida da população brasileira.

Argumentou-se que, diante da situação excepcional, é necessário o controle mais rigoroso da atuação do presidente da república, que precisa ser mais cuidadoso na hora de exercer a sua margem de discricionariedade, uma vez que suas ações influenciam milhões de brasileiros, como, por exemplo, as manifestações anticonfinamento que tem ocorrido. Ressaltou-se que as atitudes tomadas pelo governo federal, no âmbito das medidas de enfrentamento da crise da COVID-19, são ofensivas aos preceitos fundamentais e, por isso, demandam a intervenção do Poder Judiciário.

Os atos praticados pelo presidente têm relativizado os efeitos da pandemia e endossado um afrouxamento das medidas sanitárias de prevenção e de contenção. Já é parte do cotidiano o chefe de Estado manter uma atitude negligente e negacionista em relação ao vírus. Por inúmeras vezes, criticou o que chamou de “alarmismo” e de “histeria” da imprensa e das autoridades públicas. Subestimou a doença ao chamá-la de “resfriadinho” e “gripezinha”.

Viagens, aglomerações, falas controversas tem sido cotidianas, sem contar os conflitos com os governadores, tendo em vista que defendiam, em alguma medida, o isolamento social. Essa postura ameaça a eficácia das políticas de enfrentamento à pandemia, seja na relação com os demais entes da federação, seja dentro do próprio governo federal.

Em relação a questão econômica, a OAB afirmou que a atuação do governo, além de tardia, tem se mostrado insuficiente para socorrer os diversos setores da economia, principalmente os grupos mais vulnerabilizados - trabalhadores informais e população de baixa renda. O próprio pagamento do auxílio emergencial foi feito de forma demorada e limitada.

Assim, a propositura de ADPF é a via correta e adequada. Conforme a jurisprudência do STF, é legítima a intervenção judicial diante de omissões e ações inconstitucionais do poder público, quando se trata de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais.

Ao Poder Judiciário cabe determinar a observância da Constituição Federal pela Administração Pública. Nesse caso, argumenta-se que ocorreu a violação de diversos preceitos fundamentais nas ações e omissões do presidente da república, como o direito à saúde e à vida, e ao princípio federativo.

Quanto ao requisito da subsidiariedade, a OAB alegou que não há outra modalidade de controle abstrato para impugnar os atos narrados. Em sede de medida cautelar, requereu seja determinado que o Presidente da República se abstenha de decretar o fim do isolamento social, bem como o Poder Executivo seja instado a implementar, de maneira imediata, os benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais. No pedido de mérito, requereu a confirmação da liminar, a fim de assegurar o isolamento social.

O processo foi distribuído para o ministro Alexandre de Moraes que, frente a urgência requerida, determinou a solicitação de informações sobre o objeto da presente arguição, a serem prestadas pelo presidente da república no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. A Advocacia-Geral da União se manifestou em 4 de abril de 2020, alegando, preliminarmente, que os autores não identificaram os atos concretos do Poder Público passíveis de controle direto de constitucionalidade e, portanto, a ADPF não seria o instrumento processual cabível para tal situação.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de “ato do Poder Público”. Ademais, também alegou a falta do requisito da subsidiariedade. Em relação ao mérito, citou algumas ações tomadas pelo presidente, a fim de combater a COVID-19, demonstrando que o Poder Executivo leva a sério a pandemia, trazendo exemplos como 13 (treze) medidas provisórias, 17 (dezessete) decretos, além 2 (duas) leis.

Os atos praticados pelo governo visavam garantir as orientações das autoridades de saúde, buscando evitar a disseminação do vírus. Por fim, afirmou não se verificar a presença dos pressupostos para a concessão do pedido de medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o

*periculum in mora*, em razão da ausência de qualquer inconstitucionalidade dos atos praticados pelo governo federal.

Dessa forma, pelos motivos expostos, pugnou pelo não conhecimento da ADPF.

Em 6 de abril de 2020, a Fundação PROAR, a FENAFAR e a ABRASCO entraram com pedido de *amicus curiae*. Também nessa data, a OAB se manifestou, reiterando os pedidos da inicial. O ministro relator proferiu decisão monocrática, em 8 de abril de 2020. Em relação ao cabimento de ADPF, é possível a sua utilização, pois como salientado pelo ministro Celso de Mello, a “injustificável inércia estatal” ou “um abusivo comportamento governamental” justificam a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário”, e como se trata de suposta lesão a preceitos fundamentais, justifica-se.

O relator afirma que, tendo em vista a crise que vivenciamos, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito federativo, é indispensável para o combate da COVID-19, ressaltando-se o respeito o equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes.

Entretanto, a condução do enfrentamento ao vírus está longe da ideal. É notória a divergência de posicionamentos entre autoridades de diferentes e iguais níveis federativos, e entre componentes do mesmo nível de governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado o receio da sociedade.

Conforme a manifestação da AGU, no exercício de suas atribuições, o presidente da república implementou uma série de medidas administrativas na tentativa de prevenir e combater a pandemia. Sabe-se que está assegurado ao chefe do executivo escolher, dentre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, as medidas que melhor convenham para o interesse público no âmbito da saúde, da assistência e da economia.

Dessa forma, o ministro Alexandre de Moraes, não conheceu, em juízo de cognição inicial, o pedido da requerente de medida cautelar para que o Judiciário substitua o juízo discricionário do Executivo e determine ao presidente da república a realização de medidas administrativas específicas.

Segundo ele, não cabe ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo governo no exercício de suas competências constitucionais, mas sim exercer um juízo de verificação da atuação. Em respeito ao federalismo, o relator deferiu a liminar “para que seja determinado o respeito às determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração”.

Dessa forma, o Poder Executivo não pode afastar as decisões tomadas, a fim de combater a pandemia, pelos governos estaduais, distritais e municipais:

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, **CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR** na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, **RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS**, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; **INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO**, sem prejuízo da **COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO** para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 89.).

A Advocacia-Geral da União, em 13 de abril de 2020, interpôs embargos de declaração, afirmando que a decisão evidencia um dispositivo contraditório e obscuro, pois, ao mesmo tempo em que preserva a competência da União para editar normas gerais, afirma que a competência dos estados, distrito federal e municípios não deve respeito a ato federal superveniente em sentido contrário.

A Ordem de Advogados do Brasil apresentou contrarrazões em 22 de abril de 2020. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entrou com um pedido de tutela de urgência em 2 de junho de 2020, tendo em vista a recomendação do uso de cloroquina e hidroxicloroquina, sem respeitar as formalidades legais e a estrutura técnica do Ministério da Saúde, e sem respaldo nos estudos científicos mais recentes avaliados pela comunidade científica nacional e internacional.

A CNTS requereu, principalmente, que o Poder Executivo federal suspendesse as *“orientações do ministério da saúde para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da covid-19”* e de qualquer protocolo ou documento em que se recomende o uso de cloroquina e/ou hidroxicloroquina para pacientes acometidos pela COVID-19 em qualquer estágio da doença.

Tendo em vista que a CNTS não era parte do processo, o ministro relator, em despacho de 23 de junho de 2020, indeferiu o pedido de tutela, devido a ilegitimidade da requerente. Em

17 de setembro de 2020, indeferiu o pedido de ingresso como *amicus curiae*, pela a Fundação PROAR, FENAFAR e ABRASCO.

O processo foi levado a plenário, e, em 13 de outubro de 2020, acordaram os ministros em confirmar a medida cautelar do ministro Alexandre de Moraes, julgando parcialmente o pedido formulado na ADPF, para assegurar a efetiva observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal, na aplicação da Lei 13.979/2020 e dispositivos conexos.

Reconheceu-se a competência concorrente dos estados, distrito federal e municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção e manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

#### 4.3ADPF 676

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 676 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face da postura omissiva do governo federal frente à pandemia da COVID-19. A principal provocação foi o reduzido número de testagens realizadas na população, que acarreta em dados incorretos sobre a quantidade de pessoas infectadas pelo vírus, bem como a divulgação de informações e o incentivo ao uso de medicamentos sem embasamento científico.

Na petição inicial, de 18 de abril de 2020, arguiu-se, em primeiro lugar, o cabimento da ADPF. Segundo os autores, a postura omissiva e comissiva do governo, ao não disponibilizar dados seguros a respeito da pandemia, bem como ao divulgar dados infundados sobre determinados medicamentos, configuraria violação de preceitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, e do princípio da publicidade.

Em relação ao ato do poder público, tem-se que a promoção da saúde é responsabilidade do Estado. Também, cumpre-se o requisito de subsidiariedade, pois não há outro meio para protestar pelos preceitos fundamentais. Quanto ao mérito da ação, os autores alegam que o Brasil está em situação de calamidade pública, tendo em vista a pandemia da COVID-19.

Para combater a propagação do vírus, era necessário tomar inúmeras medidas, como o isolamento social, fechamento de comércios, entre outros. Outra estratégia importante era realizar a maior quantidade de testes possíveis, a fim de saber a situação real do número de infectados. Ocorre que no nosso país nenhuma dessas ações ocorreu de forma efetiva, especialmente as testagens, resultando na subnotificação de casos da doença.

Mesmo após recomendação da Organização Mundial da Saúde, pela testagem em massa para diagnosticar os casos de contaminação e isolar os pacientes, o Ministério da Saúde passou a recomendar que em locais com transmissão comunitária apenas os casos graves fossem testados. Conforme a petição inicial da ADPF aqui debatida, essa decisão colocou o Brasil, na época, na posição de país que menos realizava testagem, dentre os 15 países mais atingidos pela doença.

Segundo os requerentes, como consequência das subnotificações, o número de casos confirmados no Brasil não seria de 23.430, em 13 de abril de 2020, mas sim algo entre 281.160 e 351.450. Assim, o Brasil seria um dos países com mais casos, atrás apenas dos Estados Unidos.

As escolhas de gestão da pandemia adotadas pelo governo federal foram bastante controversas, e “[...] a reduzida capacidade de testar os casos suspeitos tem efeito danoso, vez que, ao subdimensionar as estatísticas oficiais, disfarçando o real impacto da doença no país, afeta diretamente o combate à doença [...]”. Além de adotar medidas ineficazes de combate ao vírus, o presidente da república pautou, desde o princípio, a retomada da “normalidade”.

Destaca-se a grave falha na publicização dos dados relacionados à pandemia pelo governo federal, decorrente de um número irreal de casos de contaminação confirmados. As informações divulgadas sempre estavam desatualizadas, seja pela demora na disponibilização dos testes, seja porque a testagem não ocorreu em massa. Os autores sustentavam a necessidade da apresentação mais transparente da metodologia aplicada na contagem de infectados pelo coronavírus.

Outro ponto sensível e inconstitucional está na divulgação, sem comprovação científica, de medicamentos para tratamento da doença. Essa ação foi irresponsável, pois com ela o Poder Executivo federal incentivou a automedicação e contrariou as recomendações médicas e científicas.

Nota-se que os atos do poder público estão colocando a vida da população brasileira em risco, considerando a gravidade da doença, e violando preceitos fundamentais, como o

direito à vida e à saúde. Para o Partido dos Trabalhadores, era imprescindível que o STF defendesse os direitos da sociedade, conforme Constituição Federal.

Dessa forma, requereu-se, em sede de medida liminar, frente ao perigo de demora, que o governo federal informasse as medidas adotadas até o momento para disponibilizar testes para a COVID-19 para Estados e Municípios, bem como a quantidade de testes para a COVID-19 realizados até o momento em todo o território nacional e o perfil das pessoas submetidas aos testes. Ademais, que se determine ao governo que adote providências para que seja imediatamente elevada a testagem no país, abandonando-se a prática de promoção de exames apenas nos pacientes graves, mas partindo para uma testagem em massa, com critérios claros, objetivos e públicos. Por fim, que se abstenha de realizar a divulgação de informações que possam comprometer o engajamento da população nas medidas necessárias de isolamento social e na manutenção do funcionamento apenas de serviços essenciais para conter o contágio da COVID-19 e que revogue a expedição do Boletim Epidemiológico n. 7, de 06.04.2020, do Ministério da Saúde, de modo a não induzir que Estados e Municípios adotem medidas de flexibilização do distanciamento social.

O processo foi distribuído ao ministro Alexandre de Moraes que, em 20 de abril de 2020, diante da relevância da matéria constitucional, determinou que fossem solicitadas informações sobre o objeto da arguição, ao presidente da república, no prazo de cinco dias.

Em 27 de abril de 2020, o autor trouxe aos autos mais informações para embasar o pedido de medida liminar. A Advocacia-Geral da União se manifestou, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, em razão da ausência de subsidiariedade, e em respeito à separação de poderes. No mérito, arguiu que não houve omissões por parte do governo federal.

Segundo a AGU, a responsabilidade pelas medidas de enfrentamento da COVID-19 é compartilhada entre todas as esferas federativas e, assim, o Poder Executivo federal, dentro das suas competências, já havia adotado uma série de ações, como, por exemplo, a edição de 21 medidas provisórias, 16 decretos e duas leis.

Alegou-se que críticas à União em relação a uma eventual ausência de testes eram incabíveis, uma vez que o Ministério da Saúde disponibilizou 46,2 milhões de testes. Também foi informado que o Poder Executivo federal adotou estratégias de isolamento social. Requereu-se, por fim, a não concessão da medida cautelar, uma vez que estavam ausentes os seus necessários pressupostos, além de pleitear o não conhecimento da ação. O procurador-geral da República também se manifestou pelo não conhecimento da ação.

A Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Associação Brasileira de Saúde Mental (ABASME), Associação das Redes de Desenvolvimento da Maré (REDES DA MARÉ), Central de Movimentos Populares do Estado de São Paulo (CMP/SP), Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), Instituto Edésio Passos (IEPASSOS), Instituto de Pesquisas e Estudos Afro-Brasileiros (IPEAFRO), Instituto Raízes em Movimento, Instituto Vladimir Herzog (IVH), Justiça Global, Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), Presença da América Latina (PAL), Rede Espaços sem Fronteiras (ESF) e União Nacional de Catadores e Catadoras de Materiais Recicláveis do Brasil (UNICATADOR), Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas Pela Hanseníase (MORHAN), Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da CUT (CNTSS/CUT) e a Defensoria Pública da União requisitaram o ingresso no processo como *amicus curiae*.

Em decisão democrática, de 20 de outubro de 2020, o ministro Alexandre de Moraes negou seguimento ao processo, tendo em vista que não havia cabimento de ADPF nesse caso. Segundo o ministro, essa ação deve atender ao critério da subsidiariedade, não podendo existir outro meio eficaz apto a superar o defeito jurídico em questão.

Na presente ação, havia outros meios *in concreto* para sanarem as violações alegadas. As questões levantadas pela parte autora, como, por exemplo, a publicação de dados, poderiam ser levadas a juízo por meio do controle concentrado.

[...] não vislumbro viabilidade em uma intervenção dessa natureza, pela qual o Plenário da CORTE viesse, por exemplo, a definir a metodologia mais adequada para a construção dos indicadores de acompanhamento da pandemia, em substituição à atividade técnica e profissional dos órgãos administrativos com capacidade institucional para tanto [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 676. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 256.).

Dessa forma, extinguiu-se o processo, sem resolução de mérito, tendo em vista que havia outros meios processuais “revestidos de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado”. (BRASIL, 2020).

#### 4.4ADPF 690

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690 foi ajuizada no dia 8 de junho de 2020, pela Rede Sustentabilidade (REDE), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), contra a “sequência de atos do Poder Executivo federal

que restringiram a publicidade dos dados relacionados à covid-19, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal”.

A petição inicial trouxe que o Ministério da Saúde realizou mudanças na metodologia adotada para a divulgação dos dados referentes à pandemia, de modo a retardar a sua divulgação, e, conseqüentemente, inviabilizou o acompanhamento do avanço da doença e a correta implementação de políticas públicas sanitária de controle e prevenção.

Alegaram que nos dias 4 e 5 de junho do corrente ano o Ministério da Saúde apenas divulgou o boletim da situação epidemiológica às 21h58min e às 21h30min, respectivamente. Cabe destacar que, no dia 4, os dados já estavam prontos às 19 horas, mas, coincidentemente, no mesmo dia, o país bateu recorde do número de óbitos diários. Sustentaram que o atraso da divulgação foi resultado da intenção do presidente da república de evitar que os dados fossem divulgados no horário dos telejornais noturnos, período em que as emissoras de televisão têm maior audiência.

Além do atraso na divulgação dos números relacionados à pandemia, apontaram que no dia 5 de junho o Ministério da Saúde alterou o formato do Balanço Diário da COVID-19 e omitiu dados - por exemplo, o total de casos confirmados, recuperados e óbitos; o acumulado nos últimos três dias; quantas mortes estavam sob investigação; quantos pacientes estavam em acompanhamento. O site também ficou fora do ar durante mais de 24 horas e voltou a funcionar sem os dados acumulados.

Os autores afirmam que a omissão de dados sobre a evolução da doença também ocorreu no aplicativo Coronavírus – SUS, que, a partir do dia 5 de junho, deixou de informar os dados da situação epidemiológica, sob a justificativa de que isso era necessário para obter uma melhoria no desempenho da ferramenta.

Sustentaram que a informação é dever da Administração Pública e direito do cidadão, sendo que a censura dos dados relacionados à COVID-19 e a “reavaliação” dos dados estaduais impede que os cidadãos avaliem a tomada de decisão por parte dos governos. Assim, defenderam que a atitude adotada pelo presidente da república não teria a finalidade de promover maior transparência dos dados, mas, sim, de esconder a verdade da população, para minimizar a gravidade do problema enfrentado. Essa postura seria incompatível com a ordem constitucional, uma vez que viola o princípio da transparência pública.

O processo foi distribuído ao ministro Alexandre de Moraes, que proferiu decisão monocrática em 8 de junho de 2020. Na decisão, ele destacou que a publicidade e a

transparência, consagradas constitucionalmente, devem ser seguidas de forma obrigatória pelo Estado, quando se tratar do fornecimento de informações necessárias à sociedade. Argumentou que a Administração Pública tem o dever de ser transparente e que a pandemia não caracteriza situação de excepcionalidade a esse mandamento:

Diante do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR AO MINISTRO DA SAÚDE QUE MANTENHA, EM SUA INTEGRALIDADE, A DIVULGAÇÃO DIÁRIA DOS DADOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS À PANDEMIA (COVID-19), INCLUSIVE NO SÍTIO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E COM OS NÚMEROS ACUMULADOS DE OCORRÊNCIAS, EXATAMENTE CONFORME REALIZADO ATÉ O ÚLTIMO DIA 04 DE JUNHO.

Em virtude da urgência, intime-se, inclusive por meio de Whatsapp do Advogado-Geral da União, a União para o cumprimento da decisão e para prestar as informações que entender necessárias, em 48 (quarenta e oito) horas. Após o transcurso desse prazo, os autos deverão ser imediatamente conclusos para análise dos demais pedidos liminares e envio imediato ao Plenário da CORTE. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 145.).

A Advocacia-Geral da União se manifestou, preliminarmente, pelo não conhecimento da arguição, e, no mérito, pela revogação da medida cautelar ou, eventualmente, pelo seu não referendo. Sustentou que não houve, por parte do Ministério da Saúde, a intenção de omitir os dados relativos à pandemia e que embora tenha havido reformulação no modelo de divulgação das informações, o novo critério - cômputo de número de óbitos realizado segundo a data da ocorrência e não de acordo com o registro formal pelas autoridades sanitárias - buscava permitir que os profissionais da saúde, os gestores e a população tivessem um conhecimento mais preciso do percurso epidemiológico da COVID-19, a partir de informações mais confiáveis.

Defendeu-se que o processo de melhoria na forma de divulgação das informações foi promovido, entre outras maneiras, pela integração de plataformas, e que esse foi o motivo pelo qual houve uma instabilidade no acesso ao Painel Coronavírus COVID-19. Alegou, inclusive, que a instabilidade havia sido sanada, e que os parâmetros de divulgação realizados até dia 4 de junho seriam retomados.

Afirmou-se, ainda, que a nova plataforma de divulgação de dados que passaria a ser utilizada pelo Ministério da Saúde não teria prazos limites de atualização, mas poderia receber atualizações em tempo real, na medida em que os dados fossem disponibilizados pelas Secretarias de Saúde locais.

Em 22 de agosto de 2020, os autores aditaram a petição inicial, informando que o Distrito Federal teria decidido alterar os dados sobre o registro de óbitos por COVID-19,

passando a adotar uma metodologia diversa da adotada pelo Ministério da Saúde e pelas demais unidades da Federação, de modo a prejudicar a transparência e a segurança da população.

Dessa forma, se requereu que fosse estendido os efeitos exarados pela decisão monocrática proferida ao Governo do Distrito Federal, para que se abstenha de utilizar nova metodologia de contabilidade dos casos e óbitos decorrentes da pandemia da Covid-19.

O ministro Alexandre de Moraes decidiu:

ACOLHO O PEDIDO DE ADITAMENTO À PETIÇÃO INICIAL promovido pelos requerentes, e DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR QUE O GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL SE ABSTENHA DE UTILIZAR NOVA METODOLOGIA DE CONTABILIDADE DOS CASOS E ÓBITOS DECORRENTES DA PANDEMIA DA COVID-19, RETOMANDO, IMEDIATAMENTE, A DIVULGAÇÃO DOS DADOS NA FORMA COMO VEICULADA ATÉ O DIA 18 DE AGOSTO DE 2020. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 222.)

Em 4 de novembro de 2020, o magistrado deferiu o pedido de entrada do Sindicato dos Médicos no Estado do Paraná (SIMEPAR), do Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) e pelo Open Knowledge Brasil (OKBR) como *amicus curiae*.

Por fim, o STF, em 23 de novembro de 2020, por unanimidade, referendou a medida cautelar concedida, determinando:

(a) o Ministério da Saúde mantenha, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do Ministério da Saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho de 2020; e (b) o Governo do Distrito Federal se abstenha de utilizar nova metodologia de contabilidade dos casos e óbitos decorrentes da pandemia da COVID-19, retomando, imediatamente, a divulgação dos dados na forma como veiculada até o dia 18 de agosto de 2020, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos requerentes, o Dr. Levi Borges de Oliveira Veríssimo. Plenário, Sessão Virtual de 13.11.2020 a 20.11.2020. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 284.)

#### 4.5ADPF 709

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta no dia 1º de julho de 2020, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), PSB, PSOL,

PCdoB, REDE, PT e PDT, em face das falhas e omissões do Poder Executivo, no combate à epidemia do novo coronavírus entre os povos indígenas brasileiros.

Em relação aos aspectos técnicos, alegaram que a ADPF era a ação correta nesse caso, pois havia graves violações de preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os direitos à vida e à saúde, bem como os direitos dos povos indígenas, provocadas por ato do poder público. Inexistiria, portanto, outro instrumento apto a sanar essas violações.

Os autores alegaram que a pandemia da COVID-19 apresentaria riscos maiores para os povos indígenas do que para o restante da população. Para eles, existe a chance de acontecer o extermínio de etnias inteiras, sobretudo de grupos isolados ou de recente contato. Com base nos dados da APIB, verificou-se que o índice de letalidade da COVID-19 entre povos indígenas era de 9,6%, enquanto que, entre a população brasileira, em geral, era de 5,6%.

Vários fatores contribuem para o agravamento dos riscos de contaminação pelo coronavírus entre os povos indígenas como, por exemplo, a presença de invasores em suas terras - garimpeiros e madeireiros, que encontram respaldo nos discursos presidente da república -; a maior vulnerabilidade socioepidemiológica dos indígenas; as dificuldades logísticas para o tratamento da doença em localidades remotas; as graves deficiências já existentes do sistema de saúde indígena; as falhas e omissões de órgãos estatais nas políticas públicas específicas para enfrentamento da COVID-19, notadamente da Secretaria de Saúde Indígena (SESAI), vinculada ao Ministério da Saúde, e da Fundação Nacional do Índio (Funai).

Argumentou-se que o isolamento social seria o principal instrumento para o enfrentamento da COVID-19, e, levando isso em conta, não haveria isolamento sem a proteção dos territórios onde os povos indígenas vivem. A garantia da integridade desses espaços está não entrada de pessoas estranhas nas aldeias e na proteção ao meio ambiente, de modo que os indígenas possam ter acesso a alimentos e medicamentos tradicionais.

A única forma de afastar agentes estranhos do território indígena seria através da formação de barreiras sanitárias. O governo não garantiu a proteção dos indígenas. Segundo os autores, as declarações do presidente da república em defesa do garimpo, por exemplo, produzem consequências gravíssimas, podendo levar à morte de milhares de indígenas.

Além disso, as nomeações realizadas pelo chefe do Executivo federal, para cargos ligados às políticas públicas indigenistas, como, por exemplo, a nomeação do pastor Ricardo Lopes dias, para a Coordenação-Geral de Índios Isolados e de Recente Contato, da Funai, reforçam a lógica de violações de direitos contra os povos indígenas.

Sabe-se que as terras indígenas são protegidas por normas constitucionais, que destinam aos indígenas a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nesses territórios. Se em condições “normais”, a invasão de terra indígena demarcada é crime, essa conduta se torna ainda mais grave no contexto da pandemia, necessitando de interferência urgente do poder público.

O garimpo, a extração de madeira e outras atividades ilegais são acompanhadas pelo crescimento da população não indígena nessas áreas, que migram para essas regiões como mão de obra. A presença de não indígenas aumenta significativamente as chances de disseminação do coronavírus.

Outro ponto importante relacionado à crise sanitária é o efetivo funcionamento da Sala de Situação, onde ocorrem as tomadas de decisões dos gestores e a ação das equipes locais, diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Para os requerentes, era fundamental que a Sala de Situação desempenhasse suas funções, tão essenciais neste momento.

Para o pedido de medida cautelar, alegaram estar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (a situação e os dados relatados na inicial) e *periculum in mora* (risco real de que as gravíssimas falhas do governo federal no enfrentamento à pandemia do coronavírus entre os povos indígenas, além de causar um elevado número de mortes e doentes, ocasionasse o extermínio de determinadas etnias). Essa ADPF buscava evitar danos irreparáveis para os povos indígenas, e para as gerações presente e futura, do Brasil e da humanidade.

Dessa forma, requereu-se a liminar no sentido de ser determinado à União Federal para que tome todas as medidas necessárias, a fim de que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas isolados e de recente contato e seja providenciado o efetivo e imediato funcionamento da “Sala de Situação” para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato, bem como para que o governo tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas, entre outros pedidos.

Diante da petição inicial, o processo foi distribuído para o ministro Luís Roberto Barroso que, em 1º de julho de 2020, determinou a intimação do presidente da república, do procurador-geral da República e do advogado-geral da União, para se manifestarem sobre o

pedido de cautelar. A Procuradoria-Geral da República não apresentou manifestações, pois, segundo ela, era necessária a colheita dos elementos que subsidiariam seus posicionamentos.

A Advocacia-Geral da União arguiu, principalmente, que o poder público tomou inúmeras providências, como normas e planos de contingência nacional e distrital, a fim de combater a COVID-19 entre os povos indígenas, além da criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC). Isso demonstraria que o governo não se omitiu frente aos desafios da pandemia, e que atuou de forma coordenada, em frentes, empregando expressivas somas de recursos para diminuir os efeitos dessa grave crise sanitária.

Ressaltou-se que as questões relativas às invasões de terras e conflitos desse tipo deveriam ser tratadas com extrema sensibilidade. O advogado-geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ADPF e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada. Em 6 de julho de 2020, ocorreu o pedido de habilitação de *amicus curiae* pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Conectas Direitos Humanos e Instituto Socioambiental (ISA).

Em 8 de julho de 2020, Barroso proferiu a decisão monocrática, reconhecendo a legitimidade ativa da APIB para propor a ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional. Também entendeu que a ação cumpria os demais requisitos de admissibilidade, pois a alegação de violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida e à saúde, bem como aos direitos dos povos indígenas, enquadra-se como ameaça a preceito fundamental. Ademais, a exigência de subsidiariedade havia sido atendida, pois inexistia outra ação que comporte essa discussão.

O relator assinalou três pontos que sua decisão levou em consideração:

- (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 704. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 169.).

Os princípios da precaução e da prevenção deveriam ser considerados, na medida em que os autores alegavam haver possibilidade de ocorrer o genocídio dos povos indígenas, em razão da COVID-19, e que o executivo federal seria o responsável por isso. O ministro listou algumas falas do presidente Bolsonaro que apontavam nessa direção, como a que ocorreu em 21 de janeiro de 2016 no Congresso: “Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros”. Esse é o contexto em que a ADPF foi proposta.

Ao mesmo tempo, deve-se reconhecer algumas ações praticadas em defesa dos povos indígenas, pelo governo, como a atuação das Forças Armadas, defendendo o território, entregando cestas básicas.

Os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco do contágio pelo coronavírus, como o de extinção, tendo em vista sua vulnerabilidade socioepidemiológica. Por essa razão, a medida protetiva mais eficaz a ser tomada seria assegurar o isolamento, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impedissem, inclusive, se necessário, com a utilização da força, o acesso de estranhos às suas terras.

O poder público não planejou a utilização das barreiras sanitárias como medida de prevenção. Dessa maneira, tendo em vista os princípios mencionados e as informações prestadas pela AGU, e, ainda, reconhecendo-se a presença de perigo na demora, dado que há risco iminente de contágio, o ministro deferiu o pedido de criação de barreiras sanitárias que vedassem a entrada e a saída dos territórios de povos indígenas em isolamento e de recente contato.

Sobre a Sala de Situação, ele entendeu que se tratava de decisão política a ser tomada pelo Presidente da República, e que o Poder Judiciário não poderia interferir, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. Contudo, como se trata de norma federal, ficou reconhecida a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação.

A sala deverá assegurar a participação de membros da PGR, da DPU e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório.

III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo. III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL 1. Incluso, no Plano de Enfrentamento e

Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. 4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 704. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 174).

O processo continua em tramitação, discutindo questões como a Sala de Situação. Os autores e a AGU apresentaram os nomes requeridos na decisão do Plano de Barreiras Sanitárias, assuntos que não são de interesse desse estudo de caso.

#### 4.6ADPF 714

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 714 foi proposta pelo PDT, em 3 de julho de 2020, em face do veto ao inciso III, do art. 3º-A, da Lei nº 14.019/2020, alterado pelo art. 3º do Projeto de Lei nº 1.562/2020, pelo presidente da república.

Na petição inicial, de 18 de abril de 2020, arguiu-se o cabimento da ADPF. Segundo os autores, o veto ao uso obrigatório de máscaras em estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que houvesse reunião de pessoas, lesiona os preceitos fundamentais, como o direito à saúde. Também, cumpriu-se o requisito de subsidiariedade, pois não havia outro meio para protestar pelos preceitos fundamentais violados.

Em relação ao mérito, a petição inicial apresentou um panorama da situação brasileira no combate da pandemia da COVID-19, destacando-se as ações de descaso do chefe do executivo federal. Nesse contexto, se discutiu o Projeto de Lei nº 1.562/2020 (convertido na Lei nº 14.019/2020), que altera a Lei nº 13.979, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados, durante a

vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19.

O Presidente da República vetou 17 dispositivos do texto que foi aprovado no Congresso, incluindo o artigo que previa a obrigatoriedade do uso de máscara em estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que houvesse reunião de pessoas. A justificativa utilizada a violação de domicílio (art. 5º, XI CF), por abarcar conceito abrangente de locais não abertos ao público.

O caput do art. 3º-A, da Lei nº 14.019/2020, dispõe ser

obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos.

Nos incisos seguintes consta os locais nos quais é obrigatório o uso de máscara de proteção individual, e dão delineamentos à determinação geral disposta no caput do art. 3º-A. Alega-se que o ato do poder público vai de encontro às determinações da OMS e à legislação dos demais entes federativos, que atuam de forma consoante no estabelecimento das regras sanitárias. O veto presidencial viola o direito à saúde, desrespeitando as normas constitucionais.

Dessa forma, considerando a extrema urgência e o perigo de lesão, se requereu a concessão de medida liminar para que se estenda a obrigatoriedade de uso de máscara de proteção individual para circulação em todos os espaços privados acessíveis ao público, especialmente estabelecimentos comerciais, industriais e de ensino, templos religiosos e demais locais fechados. No mérito, pugnou que seja reconhecida a lesão aos preceitos fundamentais apontados e a confirmação da medida liminar.

Em 6 de julho de 2020, aditou-se a inicial, pois o presidente publicou novos vetos à Lei nº 14.019/2020, dessa vez em relação ao art. 3-B e ao art. 3º-F, reiterando o uso obrigatório de máscaras em unidades prisionais.

O processo foi distribuído ao ministro Gilmar Mendes. Por despacho, em 28 de julho de 2020, o ministro Dias Toffoli pediu informações ao advogado-geral da União e ao procurador-geral da República. O processo foi juntado às ADPFs 715 e 718, que tratam da mesma matéria.

Em decisão monocrática, de 3 de agosto de 2020, o ministro Gilmar Mendes, preliminarmente, alegou que a ADPF era cabível nesse caso, pois o veto poderia ocasionar lesão

a preceitos fundamentais, que só podem ser sanados através dessa ação. Dessa maneira, o requisito da subsidiariedade também foi cumprido.

Em relação ao mérito, o relator afirmou que o presidente da república tinha o prazo de 15 dias úteis para exercer o direito de veto, encerrado em 2 de julho de 2020, tendo em vista que o recebimento dos autógrafos se deu em 12 de junho de 2020. Dessa maneira, a publicação de dois novos vetos (art. 3-B e ao art. 3º-F), em 6 de julho de 2020, a dispositivos que já integravam a lei, viola o preceito fundamental da separação dos poderes, caracterizando “exercício renovado” do poder de veto, em desconformidade com o art. 66 da Constituição Federal.

Tendo em vista que a lei já foi sancionada, promulgada e publicada, ocorreu uma preclusão, que conferiu ao veto caráter terminativo. “A inusitada situação dos autos – o exercício do poder de veto em uma lei já promulgada e publicada – gera forte insegurança jurídica; dificulta até mesmo a identificação de qual é o direito vigente”. (BRASIL, 2020, p. 13).

Ressaltou-se a importância para a população dos artigos vetados, considerando a situação de calamidade pública resultante da pandemia de coronavírus. Mais necessário é o uso de máscara no ambiente de cárcere, levando em conta a vulnerabilidade dessas pessoas privadas de liberdade. Portanto, o perigo de demora em deferir o pedido da liminar era evidente.

Em relação aos vetos originais, como estavam dentro dos requisitos legais, não feriram preceitos fundamentais, tornando a ação incorreta, nesse caso.

Dessa forma, o ministro relator se posicionou:

defiro parcialmente a medida cautelar pleiteada 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 714. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020, n. 205).

A Procuradoria-Geral da República afirmou que, preliminarmente, a ADPF não era a ação correta, por ser inadequada. No mérito, arguiu que o veto era prerrogativa constitucional do presidente, bem como que não houve qualquer violação do direito à saúde. Requereu o não conhecimento da ação.

Em 20 de agosto de 2020, o Senado Federal informou que o veto ao inciso III do art. 3º-A, da Lei nº 13.979/2020, foi rejeitado pelo Congresso Nacional, acarretando a perda parcial de objeto da ação.

Em sessão virtual, de 21 de agosto de 2020 a 28 de agosto de 2020:

O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar anteriormente proferida, de modo a deferir em parte a medida pleiteada e, assim, 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, nos termos do voto do Relator. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 714. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020, n. 228).

Novamente, a PGR se manifestou pelo não conhecimento da ação, por perda de objeto, quanto ao veto ao inciso III do art. 3º-A da Lei nº 13.979/2020, e pelo conhecimento da ação e procedência do pedido quanto ao veto ao § 5º do art. 3º-B e ao art. 3º-F da Lei nº 13.979/2020, a fim de restabelecer a plena vigência das normas.

Por fim, em decisão de 17 de fevereiro de 2021, o plenário decidiu por não conhecer a ação, em relação ao veto ao art. 3º-A, inciso III, por perda superveniente de objeto. Na parte conhecida, julgou procedente em relação aos novos vetos trazidos na “republicação”, veiculada no Diário Oficial da União, em 6 de julho de 2020, a fim de que fosse restabelecida a plena vigência normativa do § 5º, do art. 3º-B e do art. 3º-F, da Lei nº 13.979/2020, na redação conferida pela Lei nº 14.019/ 2020.

#### 4.7ACO 3425

A Ação Cível Originária, com pedido liminar, foi proposta pelo estado do Rio Grande do Sul em face da Portaria Interministerial 419, de 26 de agosto de 2020, editada pelo Poder Executivo federal. A portaria em questão prorrogou a vedação ao ingresso de voos internacionais em território brasileiro, em especial, no Aeroporto Salgado Filho, em Porto Alegre/RS.

A petição inicial, protocolada em 14 de setembro de 2020, afirma que o ato, editado pelos ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública, da Infraestrutura e da Saúde, determinaram que quatro estados federados, dentre eles o requerido, estariam expressamente proibidos de operar como porta de entrada de estrangeiros por via aeroportuária.

Alegou-se que o Rio Grande do Sul não apresentava perigo em relação ao vírus a fim de justificar tal medida, adotada sem qualquer base médica, sanitária e epidemiológica.

Ademais, ao excluir o autor do ato liberatório, tratou-se de agir de forma desigual com o estado e seus habitantes, gerando enormes prejuízos à população e à economia gaúcha.

Postulou, assim, em sede de medida cautelar, que os efeitos da Portaria Interministerial 419/2020 fossem suspensos imediatamente, e, no mérito, a confirmação da liminar, bem como o afastamento definitivo da proibição de voos internacionais que tenham como ponto de chegada, no Brasil, os aeroportos situados no Rio Grande do Sul.

O feito foi distribuído ao ministro Ricardo Lewandowski, que proferiu decisão monocrática, em 17 de setembro de 2020, indeferindo a medida cautelar. Para o ministro, os requisitos para concessão da medida não estavam presentes. A competência para legislar sobre atividade aeroportuária é privativa da União. Ademais, a Lei nº 13.979/2020 autoriza a implementação de restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do país, para fins de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da COVID-19.

Assim, o STF assentou que as medidas restritivas adotadas pelos entes federados em razão da Covid-19 deverão observar as competências estabelecidas pela Carta da República, atendidos os critérios técnicos e científicos em matéria sanitária e de saúde pública, além de ser preciso resguardar, naturalmente, a locomoção dos produtos e serviços essenciais, para que não haja o desabastecimento daquilo que seja imprescindível ao interesse coletivo. (BRASIL, 2020, p. 4).

Dessa forma, como a União estava atuando dentro das suas competências, não foi vislumbrada nenhuma ilegalidade no ato administrativo tomado pelo Poder Executivo e, por isso, indeferida a cautelar. Em seguida, citou-se a AGU para apresentar contestação. O procurador-geral da República também se manifestou.

Entretanto, o autor acabou requerendo a extinção do feito, por perda superveniente de objeto, uma vez que foram suspensas as restrições impostas aos aeroportos situados no Estado do Rio Grande do Sul. Foi decretada a extinção do feito sem julgamento do mérito, por perda superveniente de objeto, com fundamento no art. 485, IV, do CPC.

#### 4.80 ESTUDO DE CASO E O CONTEÚDO DESTE TRABALHO

Mesmo partindo do pressuposto que as decisões aqui analisadas são fruto da judicialização da política, é importante analisarmos elas a partir das condições de surgimento desse fenômeno elaboradas por Tate (1995). As condições de surgimento da judicialização da política são Democracia, Separação de poderes, Política de direitos, Uso dos tribunais por

grupos de interesse, Uso dos tribunais pela oposição ao governo e Inefetividade das instituições majoritárias.

Em relação à democracia, separação de poderes e políticas de direitos, o primeiro capítulo tratou de analisá-los e verificar a sua presença em nosso país. Quanto ao uso dos tribunais por grupo de interesses e/ou oposição ao governo devemos analisar os processos estudados. Vejamos:

a.ADPF 669 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pela Rede Sustentabilidade;

b.ADPF 672 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB);

c.ADPF 676 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT);

d.ADPF 690 foi proposta pelos partidos Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL);

e.ADPF 709 foi proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Rede Sustentabilidade (REDE), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT);

f.ADPF 714 foi proposta pelo Partido Democrata Trabalhista (PDT).

g.ACO 3425 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

Tem-se que os partidos Rede, PT, PCdoB, PSOL, PSB e PDT se enquadram no grupo oposição ao governo (CONGRESSO EM FOCO, 2020), por estarem contrários às políticas defendidas pelo presidente Bolsonaro e, quase sempre, elaborarem críticas ao modelo de governo feito pelo chefe do executivo.

Já CNTM, OAB e APIB, além de outras associações, sindicatos, organizações, etc., que entraram nos processos pelo instituto do *amicus curiae*, encaixam-se nos grupos de interesse. O único caso em que não se enquadra no estudo de Tate é a ACO, que tem no seu polo ativo um estado da Federação (Rio Grande do Sul).

Portanto, conclui-se que esses dois requisitos foram satisfeitos.

Fazendo uma observação e analisando mais a fundo a questão de partidos políticos, se percebe que, verificando a estrutura política atual do país, estes levam as questões ao tribunal por não terem maioria no local em que comumente agem: o Congresso. Tornam o STF em uma

arena política, tentando reverter os atos administrativos praticados pelo governo federal. Usam o Poder Judiciário para fazer política, propiciando o surgimento do fenômeno estudado.

Por fim, analisando a última condição para o surgimento da judicialização da política, apura-se que ela também está presente. Pegando apenas a situação em relação à pandemia da COVID-19, constata-se que as instituições majoritárias são inefetivas. Segundo o biólogo e divulgador científico Átila Iamarino, “O Brasil adotou uma estratégia "genocida" ao apostar na chamada imunidade de rebanho para combater a Covid-19” (BARRUCHO, 2020).

Chegamos ao mês de setembro de 2021 com mais de 579 mil mortes, sendo registrado em 2 de março de 2020 mais de uma morte por minuto. Muitos especialistas afirmam que, mesmo depois de um ano da confirmação do primeiro caso de coronavírus no país, em março de 2021, ocorreu o pior momento da pandemia (FONSECA, 2021), com recorde de mortes e falta de leitos de UTI. O governo federal eximiu-se da responsabilidade de lidar com a crise de saúde pública, culpando o STF por não poder atuar, referindo-se à decisão que estabeleceu as competências concorrentes dos estados e municípios (CONSULTOR JURÍDICO, 2021).

Logo, constata-se que todas as condições de surgimento da judicialização da política estão presentes nesse cenário. É importante ressaltar que enfrentamos uma crise de representação pela classe política, outro fator que favorece a judicialização. A população não confia mais em seus representantes políticos. Principalmente no Poder Executivo, que não leva a sério o perigo do vírus para saúde pública, o que ficou evidente nas inúmeras declarações do presidente da república (BBC BRASIL, 2021). A sociedade acabou confiando ao Poder Judiciário para que esse desse uma resposta coerente.

A judicialização da saúde pública já era impactante antes da pandemia, e foi potencializada pela nova situação. Entretanto, é importante ressaltar que mesmo as decisões do STF tendo sido no sentido “positivo”, continuamos vivendo em sociedade onde quem tem a competência para esses atos políticos são os representantes eleitos.

Essa soberania popular escolheu, inclusive, o atual presidente da república, tendo conhecimento de suas ideias e ações. Assim,

[...] a baixa credibilidade dos governantes ou mesmo o custo eleitoral da tomada de algumas decisões drásticas ou trágicas não se prestam como fundamento válido para usurpá-las de quem foi eleito democraticamente. Compete a eles definir, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, as melhores soluções para o enfrentamento da pandemia. Isto é, as medidas que realizem ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo, com observância das já mencionadas exigências legais de “evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde [...]” (art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, LGL\2020\1068). (CAMBI; LIMA; NOVAK, 2020, p. 337).

Levando a discussão para outro lado, nos casos estudados, podemos verificar a judicialização dos atos administrativos? Como visto nos estudos, as ações propostas giram em torno de atos administrativos, uma vez que se tratam de manifestações ou declarações de vontade do Poder Executivo federal, que, agindo nessa qualidade, teve por fim aplicar a lei, ou criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas.

Os casos debatem se os atos ou omissões, no âmbito de saúde pública, a fim de combater a pandemia da COVID-19, foram corretos. A divulgação de dados das pessoas infectadas pelo coronavírus, as campanhas publicitárias, a utilização obrigatória de máscara, a proteção aos direitos indígenas, a realização de testes laboratoriais, o incentivo ao uso de medicamentos sem efeitos comprovados cientificamente, e o fechamento de aeroportos foram vários dos assuntos ligados à gestão da pandemia que foram colocados como um teste ao STF.

Ressalta-se que os atos administrativos se encontravam na área da discricionariedade, pois não há lei ou norma que obrigue a Administração Pública federal a lidar com a pandemia de forma X ou Y.

Dessa maneira, como podemos relacionar a judicialização da política com a judicialização dos atos administrativos? Em primeiro lugar, os atos foram levados a julgamento pelos grupos e agentes políticos de oposição que não concordavam com as decisões tomadas no âmbito do executivo federal. Como não tinham espaço nos locais corretos para esse debate (o Congresso Nacional), levaram essas demandas ao STF, a fim de que o tribunal realizasse o controle dos atos administrativos discricionários.

Em segundo lugar, temos que as decisões fruto da judicialização da política foram extremamente influenciadas pela constitucionalização do direito administrativo, que, como visto no Capítulo 2, foi um dos aspectos que abriu margem para o controle judicial dos atos. Alguns dos processos estudados foram exclusivamente decididos com base em princípios constitucionais, como o da publicidade (ADPF 690), precaução e prevenção (ADPF 709), resultando em um cenário propício para um controle arbitrário.

Percebe-se que ambos os fenômenos, judicialização da política e dos atos administrativos, só puderam surgir com a Constituição Federal de 1988. Através do controle de constitucionalidade misto, e de dispositivos administrativos adicionados no texto, o constituinte limitou a atuação da Administração Pública, seja pela necessidade de observância das normas, seja, pelo fato dos grupos políticos colocarem os seus atos à prova no judiciário, que se aproveitou dessa nova configuração para ampliar os seus poderes.

Nos casos estudados temos um embate político que questiona a forma como a Administração Pública é conduzida por seus responsáveis, ocorrendo uma intersecção da judicialização da política e dos atos administrativos discricionários.

Expandindo a discussão e analisando o mérito das decisões, a partir de uma visão da Constituição de 1988, verifica-se que os atos administrativos discricionários judicializados estudados abriram caminhos para violações de direitos fundamentais, principalmente do direito à saúde, colocado em risco pelo modelo de gestão da pandemia adotado pelo executivo federal.

Quando os atos administrativos abrem brechas que podem levar ao aumento da transmissão do coronavírus, como, por exemplo, veicular em propaganda oficial informações “de que o país não pode parar”, são necessárias respostas hábeis. Posturas desse tipo demandam expresse posicionamento contrário, a fim de diminuir o contágio entre a população, e transparente, para que as pessoas fiquem em casa, se possível, a fim de se resguardar. Essas são as recomendações médicas e da Organização Mundial da Saúde.

Entretanto, essa resposta deveria vir do judiciário? Frente a problemática de saúde enfrentada, é cabível uma defesa da transferência do poder de decisão do Executivo para o STF, tendo em vista que a Corte proferiu decisões condizentes com a ciência?

Como visto nos capítulos anteriores, a judicialização da política resulta em um fortalecimento do judiciário, uma vez que esse tem a prerrogativa de revisar os atos dos outros poderes, ou até mesmo criar normativas.

Esse controle judicial poderá, a longo prazo, resultar em diversas controvérsias, como fomentar o descrédito no Poder Legislativo, esvaziar as instâncias representativas, desrespeitar a separação dos poderes, e abrir margem a “autocracia da toga”, como dito por Schmitt.

A curto prazo, é possível defender o STF e seus ministros intervencionistas, diante de suas decisões adequadas. Entretanto, a longo prazo, isso pode se tornar um caminho perigoso. É necessária uma ponderação trabalhosa, pois, de um lado, há decisões que protegem a sociedade de um vírus perigoso, e, de outro, o fortalecimento do Poder Judiciário, o que pode colocar nossa democracia em risco.

Se isso ocorre, então ainda tais decisões contribuam para sanar injustiças no curso prazo, elas podem gerar o efeito indesejado de esvaziar progressivamente a autoridade das instituições políticas sobre as quais os cidadãos podem aspirar efetivos controle e participação, em benefício da autoridade de instituições judiciais sobre as quais, ao contrário, os cidadãos possuem reduzida (se alguma) influência. Numa situação na qual as instancias legislativas representativas são substituídas por instancias judiciais não representativas, nada impede que estas últimas passem a decidir em seu próprio benefício e/ou de outros interesses privados melhor organizados e mais influentes. (OLIVEIRA, 2015, p. 28).

Fazendo a análise entre os dois pontos, não é possível uma defesa da judicialização da política, ou mesmo da judicialização dos atos administrativos. Não há como algumas decisões, em certos momentos, que parte da população concorda, avance sobre o regime democrático. Não é à toa que o art. 1º da Constituição Federal solidifica o Estado Democrático de Direito.

Sempre deve se ter em vista que a configuração dos ministros do STF é mutável, enquanto a legitimidade da Corte é mais duradoura. Atualmente, temos um Tribunal mais liberal, mas, no futuro, isso pode mudar, bem como suas decisões, que pode, inclusive, vir a retroceder em diversos entendimentos. Essas regressões poderão ser legitimadas, em última instância, pela imensa força que o STF vem ganhando com a repercussão das decisões que muitos defendem hoje.

Contudo, esse não é um problema de resolução simples, ainda mais com o nosso sistema jurídico proporcionando o surgimento da judicialização. Ao mesmo tempo em que a Carta Magna institui a separação de poderes como basilar, ela amplia alguns instrumentos que colocam esse princípio em risco.

Como visto no Capítulo 1, a Constituição Federal de 1988 previu o controle de constitucionalidade híbrido, mesclando o europeu (controle de constitucionalidade concentrado) e o norte-americano (controle de constitucionalidade difuso). Assim, o Poder Judiciário pode revisar decisões, julgar leis inconstitucionais ou deixar de aplicá-las, entre outras coisas, através de qualquer juiz ou tribunal, bem como permite que determinadas matérias sejam levadas imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, como aconteceu nos casos estudados. Isso dá ao Poder Judiciário maior controle e maior possibilidade de interferência nos outros poderes.

Ademais, ocorreu, também, a constitucionalização abrangente, dado que a nossa Carta Magna previu inúmeros assuntos em seu texto, sejam eles um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público. Uma vez previsto, isso se transforma em pretensão jurídica, passível de ser exigida em juízo. Grande parte das ADPFs estudadas lidam com o direito à saúde ou à publicidade, sendo obrigatório ao Estado provê-los, por decisão da Assembleia Constituinte.

O art. 103 da CF também prevê que os grupos de interesse e os partidos políticos utilizem a Corte Constitucional conforme seus interesses. Nos casos estudados, o STF foi acionado, primeiro, porque o procedimento de medida cautelar da Corte é mais veloz que os procedimentos do legislativo - muitos dos processos têm suas cautelares decididas em um espaço de tempo de uma semana.

Segundo, pois esses mesmos agentes políticos não têm espaço suficiente no Congresso para tentar passar projetos que condizem com as medidas corretas para o combate à pandemia. A maioria do legislativo, em 2020, estava alinhada às ideias do Presidente da República. Na Câmara Federal, por exemplo, 12 dos 24 partidos políticos são fiéis a Bolsonaro, enquanto apenas 6 se opõe explicitamente a ele.

Juntou-se a necessidade de respostas rápidas e eficazes ao conflito sanitário, com um sistema “viciado” em levar as questões políticas às cortes, o que resultou nessas ADPFs. Não se trata de uma situação que envolve apenas o Poder Judiciário. Todo sistema político e jurídico tem parte na judicialização da política.

Importante ressaltar algumas decisões que foram objeto dos estudos de caso, como a ADPF 676, 714 e ACO 3425, que não extrapolaram a competência do STF e que decidiu de acordo com a previsão constitucional. Mesmo assim, foram tidas como judicialização da política, como visto, pois houve uma abertura para a transferência do poder de decisão.

Outras decisões, como as ADPFs 690, 709, 669, 672, totalmente baseadas em princípios constitucionais, já apresentam o contrário. Os princípios constitucionais, devido a sua carga axiológica, dão ampla abertura ao magistrado para justificar as suas escolhas. Nesses processos, não foi diferente. A defesa do princípio da publicidade, da vida e da saúde foram utilizados como formas de embasar as decisões, sem que houvesse muitos argumentos concretos. O poder de escolha foi transferido do executivo para o judiciário.

Constata-se que a decisão em sede dos processos não teve muita interferência na judicialização da política, pois o fenômeno já estava presente na propositura das ações, demonstrando, mais uma vez, que o problema surge a partir da própria Constituição Federal. Dessa maneira, apenas com mudanças na nossa Carta Magna é que se poderá instituir uma democracia com poderes verdadeiramente separados.

## 5 CONCLUSÃO

Passou-se mais de um ano da confirmação do primeiro caso de COVID-19, no Brasil, e continuamos a apresentar dificuldades para enfrentar a crise sanitária, agora no que se refere à vacinação, que se encontra em uma velocidade menor do que as possibilidades do Sistema Único de Saúde. Os governos federais, estaduais e municipais começaram a controlar a doença, mas o número de vítimas desse vírus ainda é bastante expressivo.

É necessário estudar o tema: ele é extremamente atual e é importante entendermos como os poderes tem lidado com o combate ao vírus, bem como atuaram para evitar as mortes em nosso país. É relevante conhecermos o contexto político em que essa pandemia está inserida, uma vez que as eleições de 2022 estão cada vez mais próximas e que, provavelmente, o assunto pandemia será amplamente debatido.

Em meio a essa relação entre os poderes legislativo, judiciário e executivo, está a judicialização da política. A transferência da tomada de decisão de um dos poderes para os juízes, e a consequente expansão desses poderes, não passou despercebida durante essa época de crise sanitária. Como visto no Capítulo 4, as decisões aqui estudadas foram fruto desse fenômeno, e questionaram os atos discricionários do Poder Executivo federal.

Dessa maneira, os processos trataram de verificar se aquilo indicado como solução pelo governo, dentro da sua liberdade de opção conferida ao administrador pela lei, entre inúmeras possibilidades, foi a correta, observando-se os critérios previstos pela norma. Critérios esses que são extremamente influenciados pela constitucionalização do direito administrativo, que resulta em uma excessiva judicialização dos atos discricionários.

O resultado do estudo de casos indica que os ministros do STF deliberaram conforme a Constituição Federal, respeitando os princípios e as regras constitucionais. Entretanto, como visto, as normas previstas na Carta Magna são umas das principais causadoras da judicialização. Mesmo decidindo conforme o elencado pela CF, a Corte continua a fomentar o debate da judicialização da política, pois o cerne da questão se encontra no nosso sistema político e jurídico.

Não se trata, propriamente, da decisão que institui a judicialização da política, pois ela já está presente na hora da propositura de ação em questão. É evidente que decisões consideradas como ativistas fortalecem a judicialização da política, todavia o problema não é encontrado apenas no Poder Judiciário, mas sim no sistema como um todo.

As decisões do estudo de casos, influenciadas pela judicialização da política, foram no sentido de preservar a vida frente à pandemia da COVID-19. Para a ciência e a saúde pública, assim como para parte da população, foram decisões certas. Mesmo sendo corretas, essas decisões deveriam ter vindo dos poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao judiciário defender a Constituição e respeitar a separação de poderes.

Frente às competências dos poderes, é possível defender a judicialização da política nessas situações, tendo em vista que, os problemas decorrentes da pandemia exigiram respostas rápidas e eficientes do Poder Executivo, e o mesmo não agiu de forma a proteger a população do vírus?

Percebe-se que vivemos diante de uma “faca de dois gumes”: tem-se um lado positivo (resposta mais rápida do judiciário, em consonância com os direitos fundamentais), e também o negativo (margem para o empoderamento do Poder Judiciário e todo o seu possível autoritarismo e arrogância).

Este trabalho pretendeu demonstrar que, mesmo tendo tido um impacto positivo, as decisões proferidas em um contexto de judicialização da política não devem ser defendidas, pois mesmo que a curto prazo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sejam consideradas adequadas, elas contribuem para o fortalecimento do Poder Judiciário. No futuro, isso poderá impor inúmeras adversidades ao regime democrático, como, por exemplo, o esvaziamento das instâncias de representação política, tendendo-se a criar uma “autocracia da toga”.

A defesa da democracia não deve padecer em frente a algumas decisões favoráveis à população. As instâncias democráticas foram eleitas porque parte da sociedade concordou com a agenda política proposta, seja ela no executivo ou no legislativo. Cabe ao judiciário respeitar a soberania popular.

A separação dos poderes não foi totalmente posta em prática em nossa Carta Magna, sendo limitada por vários instrumentos. A judicialização da política, bem como a judicialização dos atos administrativos, só será mitigada com uma reforma política e jurídica do nosso sistema e da nossa Constituição. Trata-se de um problema de difícil resolução, que demanda anos de análises e debates. O trabalho teve a intenção de apenas algumas provocações.

## **6 REFERÊNCIAS**

ALVES, Fernando de Brito; BRAGA FILHO, Vladimir; Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 121-134, ago. 2015.

AMORIM, Felipe; BORGES, Stella. **Ato contra STF e pró intervenção tem Bolsonaro com criança e uso de cavalo**. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/31/protestos-brasilia-31-de-maio.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ANJOS, Isabele Sales dos. **OS LIMITES DA REPRESENTAÇÃO E DO POLÍTICO**: um diálogo entre os debates da judicialização da política no Brasil e o pensamento de Carl Schmitt. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 46-60, maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, maio 2010.

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

BARRUCHO, Luis. Coronavírus: Brasil apostou em estratégia 'genocida' para combater Covid-19, diz Atila Iamarino. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/02/coronavirus-brasil-apostou-em-estrategia-genocida-para-combater-covid-19-diz-atila-iamarino.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BBC BRASIL. Relembra frases de Bolsonaro sobre a covid-19. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53327880>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BERALDO, Paulo. **Descrédito nos partidos atinge 8 em 10 brasileiros**. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/descredito-nos-partidos-atinge-8-em-10-brasileiros/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous brunch**: the Supreme Court of politics. New Haven: Yale University, 1962.

BIERNATH, André. **O que é isolamento vertical**: (e por que essa não é uma boa ideia)? (e por que essa não é uma boa ideia)? 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-e-isolamento-vertical/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Constituição. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3425. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 82.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 704. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 169.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 82.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 676. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 256.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. n. 145.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 714. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2020.

CADEMARTORI, L. H. U.; OLIVEIRA, V. C. **Constitucionalização Do Direito Administrativo e a Sindicabilidade Do Ato Discricionário**. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, jul. 2016.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. ISOLAMENTO SOCIAL E REABERTURA DE ATIVIDADES NÃO ESSENCIAIS: CONTROLE JUDICIAL DE ATOS DISCRICIONÁRIOS EM TEMPOS DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). *Revista dos Tribunais*, [s. l], v. 10, n. 18, p. 323-341, ago. 2020.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. EM BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 1, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 135-144, jan. 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros**. Brasília: Cnj, 2018.

CONSULTOU JURÍDICO. Bolsonaro tenta imputar ao STF omissão do governo federal para agir na epidemia. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/bolsonaro-tenta-imputar-stf-omissao-governo-epidemia>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Painel de Ações COVID-19**. 2021. Disponível em: [https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html). Acesso em: 11 mar. 2021.

FEREJOHN, John. JUDICIALIZING POLITICS, POLITICIZING LAW. *Law And Contemporary Problems*, New York, v. 65, n. 3, p. 41-68, Não é um mês valido! 2002.

FOCO, Congresso em. **Oito partidos de oposição lançam manifestos contra Bolsonaro**. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/oito-partidos-de-oposicao-lancam-manifesto-contrabolsonaro/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FONSECA, Mariana. Brasil no pior momento da pandemia: 7 fatos que mostram que o país está na fase mais aguda da Covid-19. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/economia/brasil-no-pior-momento-da-pandemia-7-fatos-que-mostrar-que-o-pais-esta-na-fase-mais-aguda-da-covid-19/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova*, [s. l], v. 32, n. 94, p. 182-241, abr. 1994.

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

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. SENTIDOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 114-133, 2002.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. MODULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SANITÁRIAS DO PODER EXECUTIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DO QUADRO PANDÊMICO CAUSADO PELO CORONAVÍRUS (COVID-19):: enfrentamento de paradoxos. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 76-100, jun. 2020.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. 2020. 233 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

NISTLER, Regiane. A judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 183-216, jan. 2015.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição**: algumas lições de Carl Schmitt em der Hüter der Verfassung. Dois Pontos: Revista do Departamento de Filosofia, Curitiba, v. 17, n. 2, p. 63-84, dez. 2020.

OLIVEIRA, José Carlos. **Nova composição da Câmara ainda tem descompasso em relação ao perfil da população brasileira**. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/550900-nova-composicao-da-camara-ainda-tem-descompasso-em-relacao-ao-perfil-da-populacao-brasileira/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PINHO, Rui Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de Direito Público e Privado**. São Paulo: Atlas, 1984.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.  
UOL. **1.726 mortes por covid em 24 h**: Brasil atinge novo recorde na pandemia. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/02/covid-19-coronavirus-mortes-casos-02-de-marco.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

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

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezesseis anos de judicialização da política**. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 2, n. 19, p. 39-85, nov. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs). **A Razão e o Voto**: diálogos institucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Judicial Review e Democracia: caminhos para um controle dialógico de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 113, n. 1, p. 405-430, dez. 2016.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Vilela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino.; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.