

Ativismo judicial em tempos de Covid-19

Antônio Veloso Peleja Junior

O SARS-CoV2 parou o globo terrestre e 2020 entrará para a História. Alastrando-se em velocidade nunca vista pela globalização que criou o "cidadão do mundo" e por características inatas que o tornam de fácil contágio, varre países, das grandes potências aos periféricos, e exige esforços sem precedentes para frear a contaminação, para que se possa balancear o número de vítimas que necessitam de respiradores artificiais nas UTIs e o número de leitos e equipamentos disponíveis.

O déficit dessa equação, em experiências recentes — Itália e Espanha —, demonstra que a exaustão do sistema de saúde leva à escolha verdadeiramente trágica de quem vai sobreviver. A OMS (Organização Mundial de Saúde) recomenda o isolamento social como medida eficaz para conter a pandemia e incentiva os países que o adotem como política pública de saúde.

Essa forma de contenção do vírus ocasiona a paralisação de empresas, indústrias, escritórios, escolas e universidades, com reflexo na economia, e forma-se uma corrente favorável à liberação do isolamento, ainda que parcial, o que entra em choque com o posicionamento da OMS, ancorado em pesquisas e evidências científicas.

O Brasil é o cenário dos dois posicionamentos conflitantes e, ante a provocação do Judiciário, encontra terreno o ativismo judicial, tema polêmico que correlaciona democracia e legitimidade.

A judicialização da política significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, o que acaba ocasionado uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas (Legislativo e Executivo) [1]. Suas causas, entre outras, são a inação do legislador em temas polêmicos — no que se convencionou chamar de entrincheiramento constitucional de direitos —, a falta de efetivação dos direitos fundamentais e a adoção de uma estratégia por parte dos outros poderes.

No exercício da judicialização da política, pode o julgador praticar o ativismo judicial, que é uma "ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional", o que faz seja a atuação descaracterizada da função típica do Judiciário [2], ao menos *prima facie*.

Historicamente, a afirmação do Judiciário com o judicial review e o reforço de sua legitimidade institucional possibilitam decisões ativistas em temas caros à sociedade. A praxis das cortes/tribunais ativistas se espalhou pelo mundo.

No pós-Segunda Guerra, a Corte Constitucional alemã teve influência decisiva, por seu viés ativista, na construção e efetividade dos direitos humanos, desgastados no período hitlerista, e o fez por intermédio da criação e do desenvolvimento de sofisticadas técnicas inatas ao controle de constitucionalidade. Por outro lado, a Corte Italiana assumiu um papel passivista, de início, e posteriormente agiu de forma bastante ativista — o que pode se identificar com as chamadas sentenças aditivas/manipulativas, ainda que, em um momento posterior, tenha atenuado essa praxis.

A Suprema Corte Norte-Americana teve papel fundamental na criação e sustentação do ativismo, devido à atuação dos juízes com base na interpretação da Constituição. Atravessou períodos de autocontenção, de ativismo conservador ou negativo, como se deu no caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), no qual a corte referendou o regime de escravidão ao considerar o negro como objeto, o que viria contribuir para a eclosão da guerra da secessão. Mas também houve cortes com papel nitidamente ativista, pró-direitos humanos, como a Corte de Warren, que decidiu pela dessegregação e a reordenação dos distritos eleitorais, bem como a Corte Burger, que, no *Case Roe v. Wade*, firmou o direito das mulheres ao aborto, invalidando leis estaduais proibitivas [3]. Entre as várias cortes ativistas, é importante destacar a da África do Sul pelos ganhos que proporcionou em termos de planificação do princípio da igualdade e minorar as consequências do regime de apartheid. No âmbito latino-americano, as Cortes da Colômbia — com importantes julgados ao admitir a emenda constitucional para a garantia da reeleição por uma vez e para rechaçar uma nova tentativa de uma segunda reeleição — e da Costa Rica — que também proferiu decisões que invalidavam a proibição à reeleição, julgou inconstitucional a declaração oficial do Presidente (Abel Pacheco), que afirmou apoio do país à "guerra contra o terror" porque violava a Constituição e tratados internacionais (direito fundamental à paz) —, ao lado do Brasil, são as mais ativistas [4].

Apesar disso, os temas são ácidos e de intensos debates por envolver alegação de ditadura judicial das cortes, discurso de supremacia judicial, ofensa à separação de poderes, como retratam vários autores que defendem a restrição judicial ou o passivismo, ao passo que outros têm um posicionamento favorável ao ativismo, sob o argumento da necessidade da

efetivação dos direitos fundamentais e da interpretação das normas constitucionais para o alcance de sua finalidade.

Por vezes, o ativismo é utilizado como uma estratégia, o uso político da corte, o que se deu por ocasião do caso Dred Scott. O presidente dos Estados Unidos, James Buchanan, adotou postura passiva ao não decidir sobre a questão da escravatura, porque estava pressionado pelos dois grandes grupos — norte antiescravagista e sul escravagista — e absteve-se de decidir sob o argumento de que a questão estava sob apreciação na Suprema Corte e que acataria o seu resultado [5]. Na mesma linha, apesar de diferentes contextos históricos, ocorre essa "delegação" para o Judiciário em temas áridos, como o direito de greve do servidor público, aborto de anencéfalos, v.g.

É controvérsia sem fim de correntes contrapostas, cuja verticalização foge ao escopo do presente.

Com olhos voltados ao Brasil nos tempos de Covid-19, houve a judicialização de temas inatos à política pública ou à atividade legislativa, o que propiciou terreno para o ativismo judicial.

Expostas as premissas para a compreensão do tema, serão objeto de abordagem decisões paradigmáticas. Em primeiro lugar, as ADPFs — Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental 668 e 669, relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, STF (decisão em 31/3/2020) — ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pela Rede Sustentabilidade contra veiculação de propaganda pelo Governo Federal que incentivava a população ao retorno às atividades, sob o mote: "O Brasil não pode parar". Essa postura vem de encontro às recomendações da OMS e do ex-ministro da Saúde, que envidam o isolamento social como forma eficaz de garantir a saúde, evitar o contágio e falta de UTIs com respiradores devido à alta demanda.

Essa atuação do governo, pelo seu mandatário máximo, é erigida ao nível de política pública, motivo pelo qual a sindicabilidade induz ao julgador a postura ativista, ao ingressar em seara do Executivo e a carga argumentativa da decisão induzirá à sua aceitabilidade.

O ministro Luis Roberto Barroso destaca o reconhecimento técnico-científico, por parte das principais autoridades mundiais e nacionais, sobre a gravidade da pandemia e a imprescindibilidade de medidas de redução da circulação social, sob pena de se colocar em risco a saúde e a vida da população, notadamente em um país de dimensão continental, grandes aglomerações e falta de condições sanitárias adequadas — o que favorece o

contágio e a propagação do vírus. Por isso, pontua que a campanha publicitária promovida pelo Governo Federal é apta a gerar grave risco à vida e à saúde dos cidadãos e, como base de sustentação dessa decisão, invoca a proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (artigo 5º, caput, XIV e XXXIII, artigo 6º e artigo 196, CF), bem como a incidência dos princípios da prevenção e da precaução (art. 225, CF), os quais orientam que "na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde".

A decisão, oriunda da provocação ínsita ao sistema democrático, demonstra que os nortes do princípio da publicidade — que se traduzem em caráter educativo, informativo e de orientação social (artigo 37, § 1º, CF/88) — não foram cumpridos e, devido à judicialização da política pública referente à saúde, adentrou diretamente ao mérito da discussão, proibindo, liminarmente, a veiculação da propaganda — o que se destaca uma decisão nitidamente ativista.

Apesar disso, não há dúvidas de que esse é o "ativismo saudável". Ocorre que, por vezes, a lógica eleitoral coloca direitos em risco e há o incentivo a compromissos incompatíveis com a racionalidade dos direitos fundamentais. A carga argumentativa ínsita à decisão demonstrou a prevalência do foro de princípio sobre o foro da política, com representação deliberativa e argumentativa aptas à boa e adequada construção decisional, que reflete uma corte inserida e sensível ao sistema democrático [\[6\]](#).

A segunda decisão ativista objeto de abordagem é da Justiça Federal do Distrito Federal, que deferiu liminar para bloquear os valores referentes ao fundo partidário e ao fundo eleitoral para que fossem utilizados no combate aos efeitos da pandemia do coronavírus. A decisão tem uma carga argumentativa discricionária, no sentido de que a manutenção de fundos partidários e eleitorais incólumes, à disposição de partidos políticos, ainda que no interesse da cidadania, afigura-se contrária à moralidade pública, aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, ainda, ao propósito de construção de uma sociedade solidária. Com base nesses vetores, suspendeu a eficácia do artigo 16-C, § 2º, Lei das Eleições, ou seja, o depósito de recursos no Banco do Brasil, pelo Tesouro Nacional, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral, até o primeiro dia útil do mês de junho do ano do pleito, possibilitando que o Governo Federal utilize o valor para o emprego ao combate à Covid-19.

A decisão é, às escâncaras, ativista, mas não de um ativismo saudável. Não se adentra ao mérito da escolha, mas, sim, ao agente estatal competente para efetivar essa escolha. O

desvio da destinação dos fundos eleitoral e partidário para o combate à Covid-19 é medida estritamente política, porque a norma delinea claramente a destinação dos referidos fundos e a escolha no seu emprego não cabe ao Judiciário, ainda que seja sob o argumento de combate à pandemia. O Judiciário substituiu-se ao legislador.

Ronald Dworkin em um dos tópicos de sua teoria do Direito, com nítido viés de delimitar a atividade judicial — e, por consequência, o próprio ativismo judicial —, distingue o principle (princípio) da policy (política). O primeiro é limitado ao caso concreto e referente a padrão de exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade, a ser decidido pelo juiz; já a segunda é um padrão objetivo a ser alcançado, uma melhoria econômica, política ou social [7]. As decisões judiciais, ante os casos difíceis — aqueles cujas respostas não estão previstas nas regras — devem ser tomadas a partir de argumentos de princípio, e não de argumentos de política [8].

Por isso, a decisão ativista exacerbou os limites da linha divisória entre os poderes. Ao utilizar argumentos como ofensa à moralidade pública e à dignidade da pessoa humana, o juiz utilizou uma retórica equivocada e avocou para si decisão de competência do legislador, porque o Legislativo é o foro adequado para a tomada de discussões e deliberações do naipe da vertente — argumentos de política —, consoante, aliás, decidiu o desembargador Reis Friede, na decisão que cassou a liminar (31/3/2020).

Esses dois exemplos de ativismo mostram quão cambiante podem ser sua qualificação, os efeitos de seu manejo e suas consequências. O fato é que não pode ser aprioristicamente rechaçado, porque em nível mundial vem conduzindo as sociedades a dias melhores, ainda que haja decisões dissonantes e que, na grande maioria dos casos, são prontamente repelidas no âmbito do próprio Poder Judiciário.

[1] “BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 23, setembro/outubro/novembro 2010 – Salvador – Bahia – Brasil, IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Público, site: direitodoestado.com.br, ps. 03-04.

[2] CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. ALCEU – v. 5 – n. 9 – p. 105 a 113 – jul./dez. 2004, p. 106.

[3] BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Interesse público, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, jan. 2010, p. 27.

[4] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no STF. Rio de Janeiro, 2014, Ed. Forense, p. 134-137.

[5] WHITTINGTON, Keith E. Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007, -. 69. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no STF. Rio de Janeiro, 2014, Ed. Forense, p. 56.

[6] MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação, São Paulo, 2011, Editora Saraiva, p. 80.

[7] Os princípios descrevem direitos relativos a um estado de coisas individualizado, já as políticas metas cujo escopo é estabelecer um estado político de coisas não-individualizado.

[8] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, tradução Luís Carlos Borges, 2^a edição, São Paulo, 2005, Ed. Martins Fontes, p. 6-12, e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz, ALVIM, Eduardo Arruda, LEITE, George Salomão (Coordenadores). Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil. Coerência e Integridade, São Paulo, 2016, Ed. Saraiva, p. 58-59).