

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA–IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DUAN LUCAS DOMINGUES DIAS DOS SANTOS

**SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA:
LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE SARS-COV-2 (COVID-19), O CASO DA
AÇÃO POPULAR N. 07044-72.79.2020.8.07.0018**

**BRASÍLIA
Junho
2021**

DUAN LUCAS DOMINGUES DIAS DOS SANTOS

**SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA:
LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE SARS-COV-2 (COVID-19), O CASO DA
AÇÃO POPULAR N. 07044-72.79.2020.8.07.0018**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para aprovação e colação de
grau no curso de Direito do Instituto Brasileiro
de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

ORIENTADOR: PAULO GONET BRANCO

**BRASÍLIA
Junho
2021**

DUAN LUCAS DOMINGUES DIAS DOS SANTOS

**SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA:
LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE SARS-COV-2 (COVID-19), O CASO DA
AÇÃO POPULAR N. 07044-72.79.2020.8.07.0018**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para aprovação e colação de
grau no curso de Direito do Instituto Brasileiro
de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Brasília-DF, 18 de junho de 2021.

Professor Dr. Paulo Gonet Branco (IDP)
Professor orientador

Professor Me. Guilherme Pupe da Nóbrega (IDP)
Membro da Banca Examinadora

Professor Judivan Vieira (Convidado)
Membro da Banca Examinadora

**SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA:
LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE SARS-COV-2 (COVID-19), O CASO DA
AÇÃO POPULAR N. 07044-72.79.2020.8.07.0018**

Duan Lucas Domingues Dias dos Santos

SUMÁRIO: Introdução; 1. Atos regulamentares do Poder Executivo e a extensão do controle judicial: contornos do decreto distrital n. 40.939/2020; 2. Ativismo judicial: correlação com o fato da judicialização e advertências necessárias; 3. Limites da jurisdição: o princípio da separação de poderes e a Constituição Federal de 1988; Conclusão; Referências.

RESUMO

Em tempos de pandemia causada pela disseminação de COVID-19, foram diversas as situações nas quais atos formulados pelo Poder Executivo foram levados ao crivo do Judiciário, que, não raras vezes, substituiu a conclusão de governadores e prefeitos (agentes políticos eleitos pelo voto popular) sobre a melhor condução das políticas públicas de enfrentamento ao vírus, cenário que contribuiu para o aumento do nível de tensão havido nas relações entre os Poderes da República. Em face disso, este artigo busca deslindar as nuances da relação mantida pelos Poderes constitucionalmente erigidos, tendo como corte epistemológico para a pesquisa um caso concreto: ação popular n. 07044-72.79.2020.07.0018. Utilizando material teórico brasileiro e estrangeiro, almeja-se investigar se a decisão prolatada no bojo da ação popular caracterizou – ou não – postura ativista do órgão julgador e se o fenômeno (ativismo judicial) se presta à concretização de direitos fundamentais ou, diversamente, põe em risco o regime democrático assentado pela Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Executivo; Judiciário; Políticas Públicas; Pandemia; Ativismo judicial; Separação de poderes.

INTRODUÇÃO

Separação de Poderes no contexto de calamidade pública: limites da intervenção judicial em políticas públicas de enfrentamento à pandemia de SARS-CoV-2 (COVID-19), o caso da ação popular n. 07044-72.79.2020.07.0018. Esse é o tema escolhido por este graduando em Direito para o desenvolvimento do trabalho de conclusão do curso.

A presente pesquisa tem como ponto de partida ação popular ajuizada perante o Primeiro Grau de jurisdição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, no bojo da qual os autores almejavam intervenção judicial com o fim de obstar a flexibilização do fechamento de comércios e estabelecimentos congêneres durante a pandemia

de SARS-CoV-2 (COVID-19), medida articulada pelos órgãos do Poder Executivo e, posteriormente, implementada pelo governador do Distrito Federal por meio do Decreto n. 40.939 de 02 de julho de 2020.

Após o recebimento da ação popular, o juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal achou por bem determinar ao chefe do Executivo a suspensão Decreto n. 40.939/2020 e, concomitantemente, a edição de novo ato regulamentar, o qual deveria reestabelecer o fechamento integral do comércio no âmbito do Distrito Federal, com fundamento exclusivo na valoração exercida pelo magistrado.

Durante a pandemia de COVID-19, Brasil afora, diversas decisões judiciais foram proferidas em evidente substituição à atuação dos órgãos e entidades do Poder Executivo, que, atuando acerca das políticas públicas mais adequadas ao tratamento de cada caso fático, tinham seus atos sustados pelo Poder Judiciário, não pela verificação quanto à conformação desses atos regulamentares a preceitos constitucionais e legais, mas, sim, sob o argumento de serem “inoportunos”.

Ainda mais graves os casos em que juízes desconstituíram decretos municipais ou estaduais com amparo em suas meras intuições, como no caso da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara/SP, em que declarada inconstitucionalidade do decreto municipal de calamidade pública com utilização da expressão “Em meu sentir”.¹

Distanciando-se do debate quanto ao cabimento – ou não – da ação popular para efetivação da medida pretendida no caso, a pesquisa busca perquirir se o decreto editado pela maior autoridade política do Distrito Federal – seu governador, eleito pelo voto popular – poderia ter sua eficácia suspensa por órgão jurisdicional ao argumento de que “O conteúdo do decreto, em si considerado, não merece censura, mas o momento da flexibilização e a ausência de estudo técnico sobre a pertinência da reabertura neste período crítico, é que merecem reprovação”.²

Não se mostra desmesurado afirmar que a situação de emergência pública deflagrada pela pandemia de COVID-19 criou enorme tensão entre os Poderes do Estado, fato desencadeador de inúmeros questionamentos acerca da legitimidade conferida ao Poder

¹ Justiça considera decreto inconstitucional e autoriza retorno do comércio. A cidade On, 2021. Disponível em:

<https://www.acidadeon.com/araraquara/cotidiano/coronavirus/NOT,0,0,1595532,justica-considera-decreto-inconstitucional-e-autoriza-retorno-do-comercio.aspx>. Acessado em: 10 de maio de 2021.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2ª Vara de Fazenda Pública), Decisão interlocutória proferida na Ação Popular n. 0704472-79.2020.8.07.0018, disponibilizada no DJe em 10/07/2020.

Judiciário para se substituir aos demais Poderes no exercício das atividades típicas destes, mormente quando tal substituição se efetiva a partir de elementos, puramente, metajurídicos.

Desse cenário, emerge provocante debate acerca de qual seria o local adequado para tomada de decisão sobre o mérito do fechamento ou flexibilização da abertura de comércios, dentre outros temas associados, no período de pandemia. Adiante-se que, num primeiro momento, o âmbito judicial parece não se destacar como resposta ideal.

Decisões como as que acima mencionadas poderiam ser classificadas como ativistas? E, em caso de resposta afirmativa, o ativismo judicial teria o condão de garantir direitos fundamentais da sociedade brasileira? Ou, diversamente, condutas ativistas dos membros do Judiciário ameaçam o regime democrático e os pilares do Estado de Direito (dentre eles a separação dos Poderes)?

Do emaranhado dessas questões, bem como de seus reflexos nas esferas política, jurídica, social e econômica, estabeleceu-se genuína dúvida acerca dos limites impostos ao Poder Judiciário, sobretudo em situações de grande comoção social como a que recaiu sobre o mundo no atípico ano de 2020 – em que independência harmônica e capacidade de coordenação dos Poderes estatais revelam-se como instrumentos indispensáveis à superação do caos.

A pesquisa promoverá, também, estudo acerca do conteúdo contemporâneo do princípio da separação de Poderes, verdadeiro pilar da concepção de Estado democrático de Direito e que, até a presente quadra histórica, mostrou-se imprescindível ao aprimoramento de sociedades não autoritárias, onde todo o Poder emana do povo e em favor deste é exercido.

Outrossim, o estudo acerca das categorias teóricas acima apresentadas permitirá análise crítica e consistente da atuação dos Poderes da República no contexto pandêmico, além do lançamento de luzes sobre as fronteiras impostas à Jurisdição estatal frente aos outros Poderes.

Garantem viabilidade à pesquisa os estudos consolidados em obras como “O espírito das leis”, de Montesquieu; “Juizes legisladores?”, de Mauro Cappelletti; “O guardador de promessas: justiça e democracia”, de Antoine Garapon; e “Jurisdição e ativismo judicial, limites da atuação do Judiciário”, de Clarissa Tassinari; além de outros diversos artigos, dissertações de mestrado e teses de doutorado aprovados e disponibilizados ao público em sítios especializados da rede mundial de computadores, os quais foram criteriosamente selecionados para consecução do presente trabalho. Ao que parece, as soluções de que depende a sociedade brasileira durante o triste período instaurado pela pandemia de COVID-

19 partem, primeiro, da coordenação entre as funções desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme prescreve a Constituição Federal. O ativismo judicial, antes de corroborar com a engenharia constitucional para superação de crises, lança-nos a todos num poço de insegurança jurídica e deteriora nossa (ainda) jovem democracia. Essa, a hipótese a ser testada.

Ademais, o conteúdo desse artigo encontra-se organizado a partir da sua introdução, seguindo para o capítulo que trata dos “Atos regulamentares do poder Executivo e a extensão do controle judicial: contornos do decreto distrital n. 40.939/2020” (capítulo 1), sequenciado pelo capítulo referente ao “ativismo judicial: correlação com o fato da judicialização e advertências necessárias” (capítulo 2), passando, então, para o capítulo atinente aos “limites da jurisdição: o princípio da separação de poderes e a Constituição Federal de 1988” (capítulo 3), alcançando seu termo nas “considerações finais” (tópico 4).

1. ATOS REGULAMENTARES DO PODER EXECUTIVO E A EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL: CONTORNOS DO DECRETO DISTRITAL N. 40.939/2020

Por meio do Decreto Legislativo n. 2.284 de 07 de abril de 2020, a Câmara Legislativa do Distrito Federal reconheceu, oficialmente, ocorrência do estado de calamidade pública, objetivando atender o disposto no art. 65 da lei Complementar federal n. 101/2020 – Lei de Responsabilidade Fiscal, dispensando o Distrito Federal do atingimento dos resultados fiscais previstos na lei orçamentária vigente à época.

Seguidamente, foi promulgada a Lei distrital n. 6.552 de 22 de abril de 2020, por meio da qual foram instituídas diretrizes para as políticas de enfrentamento das crises econômica e social decorrentes da pandemia de COVID-19. Com amparo nesta normativa e exercendo suas atribuições conferidas pela Lei Orgânica do Distrito Federal, o governador do Distrito Federal editou o decreto analisado no presente trabalho: Decreto Distrital n. 40.939/2020.

O ato baixado pelo governador do Distrito Federal, Ibanês Rocha, objetivava, essencialmente, recebimento de recursos públicos provenientes do Governo Federal, bem como flexibilização de metas impostas pela lei de responsabilidade fiscal, redirecionamento investimentos, exoneração quanto ao cumprimento temporário de metas fiscais previstas no orçamento, além de outros benefícios como abertura de créditos suplementares, prorrogação do pagamento de empréstimos e maior liberdade para dispensa de licitações.

Inegáveis, portanto, a relevância do Decreto n. 40.939/2020 e seus impactos na esfera política do Distrito Federal.

No entanto, apesar dos desdobramentos políticos, estudo verticalizado sobre o mencionado decreto afasta a possibilidade de classificá-lo como ato de natureza política, o que permite concluir pelo seu caráter, eminentemente, administrativo.

Isso, porque, no contexto da organização do Estado, necessário estrear função de governo (política) da função administrativa (instrumental). Aquela conecta-se às funções de administração superior do Estado, indicando elevado grau de discricionariedade e independência das decisões e cujo controle por parte do Poder Judiciário é excepcional e bastante restrito; ao passo que esta função correlaciona-se com a atuação habitual do administrador público na execução das diretrizes superiores do Estado e das normas jurídicas que lhes dão suporte, âmbito com maiores possibilidades de controle judicial.

Sobre o tema, pondera Celso Antônio Bandeira de Mello:

A iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de

responsabilidade (*impeachment*) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e, no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem atos concretos. Outrossim, não se afeiçoam à função executiva nem de um ponto de vista material, isto é, baseado na índole de tais atos, nem de um ponto de vista formal. Dela diferem sob o ponto de vista material, porque é fácil perceber-se que a função administrativa, ao contrário dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal pré-existente.³

Observe-se, ainda, que atos políticos tiram validade, imediatamente, do texto constitucional, sem que haja diploma normativo entremeando a Lei Maior e o ato de regulamentação. Figuram como espécie de ato político em nosso ordenamento jurídico o decreto de intervenção (art. 36, § 1º, CRFB), decreto de estado de defesa (art. 136, § 1º, CRFB), decreto de estado de sítio (art. 138, CRFB), além de outros atos atribuídos, constitucionalmente, ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na forma do art. 103-B da Constituição Federal – CRFB.

De se ressaltar, no ponto, o instituto do decreto autônomo, previsto no art. 84, VI, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001.

Esse enunciado normativo aprovisionou o mandatário do Executivo com a especial prerrogativa de dispor sobre determinadas temáticas sem necessidade de lei em sentido estrito que lhe anteceda.

Sobre o decreto autônomo, Igor Luiz Ebihara Barbosa sustenta:

(...) o chefe da Administração pode criar normas gerais e abstratas sobre a referida matéria [organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação e extinção de órgãos públicos] com fundamento direto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, independentemente de lei. A atribuição dessa competência organizativa se deu de forma explícita no texto constitucional e sem a presença de fórmulas como “na forma da lei”, “de acordo com a lei”, “nos termos da lei” e outras. A atividade criativa do administrador, no exercício dessa competência, é cerceada, principalmente, pelos princípios constitucionais e pelos ditames legais em geral, haja vista que o fundamento de existência dessas normas regulamentares não está em uma lei específica, mas sim na Constituição.⁴

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

⁴ BARBOSA, Igor Luiz Ebihara. O regulamento autônomo e seu papel na organização da Administração Pública Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 202, p. 233, abr./jun. 2014.

Conquanto referida norma constitucional faça menção direta à figura do Presidente da República, em decorrência do princípio da simetria, que tem por fim equalizar as três esferas da Federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o poder regulamentar é reconhecido, também, aos chefes dos Executivos estadual, distrital e municipal, motivo pelo qual as Constituições dos Estados-membros e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios podem estatuir o poder-dever de editar regulamentos autônomos, inclusive.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ampara a tese acima exposta, conforme pode se verificar no seguinte aresto:

A Lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da administração estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de decreto do chefe do Poder Executivo [...] Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada. ADI 2.857, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 30-8-2007, P, DJ de 30-11-2007.⁵

Torna-se evidente, portanto, a natureza de ato administrativo do Decreto n. 40.939/2020, pois localizado fora do plexo de atos emanados da função de governo, de índole constitucional, caracterizada pela formulação de políticas públicas e diretrizes governamentais; pelo contrário, constitui-se enquanto ato emanado da função administrativa, de índole instrumental, inserido, assim, no plano dos atos destinados à execução dos planos governamentais estratificados em documento jurídico antecedente.

Ultrapassado o exame dos atos de natureza política, revela-se imperioso exame atento sobre os atos provenientes da função administrativa do Estado, com vistas à correta classificação do Decreto distrital n. 40.939/2020.

Pois bem.

Certo é que do âmbito das variadas relações interpessoais travadas em sociedade (cada vez mais complexas, diga-se a título de ponderação) emergem incontáveis demandas inerentes à natureza humana, algumas de cunho estritamente individual, outras de essência coletiva. Como exemplo, cite-se demandas atinentes à necessidade de produção de alimentos, vestuários, ou desenvolvimento de novos meios de transporte ou comunicação.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI n. 2.857, Relator: Min. Joaquim Barbosa, 30 de agosto de 2007, DJe de 30 de novembro de 2007.

Em sendo assim, determinadas necessidades humanas são satisfeitas pelo mero esforço individual, ou mesmo pelo esforço de grupos privados, tais como associações civis e ONGs, que disponham do mínimo de organização para alcance de objetivos em comum. Noutra esteira, determinadas necessidades coletivas, como o controle do tráfego aéreo, operações de segurança pública ou geração de energia elétrica, extrapolam as possibilidades de organizações privadas, necessitando, para plena satisfação, de atuação coordenada a partir de um ente muito mais robusto e de natureza pública: o Estado.

Visando dotar o Estado dos instrumentos necessários à consecução dos interesses coletivos de caráter eminentemente público, a Carta Política de fundação desse ente, ou Constituição, e o conjunto de leis que a ela se submetem estatuíram diversas prerrogativas de direito público em favor da Administração Pública, os quais serão realizados com vistas à satisfação daqueles interesses.

As prerrogativas da Administração Pública convencionou-se denominar de poderes administrativos, que, segundo define Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[os poderes administrativos] são inerentes à Administração Pública pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado. Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis. Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei.⁶

Dentre esses poderes – ou prerrogativas – conferidos à Administração Pública, interessa mais aos fins deste trabalho o cognominado poder regulamentar, que possibilita ao chefe do Poder Executivo editar atos normativos cujo fim precípua seja conferir eficácia e aplicabilidade às leis em sentido estrito a partir da complementação de seu conteúdo e significado.

Os atos regulamentares de que ora se trata são subordinados à lei que lhes antecede e, ao mesmo tempo, extraem dela sua validade. Nessa linha de raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho aponta que:

Ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Cumpre, então, à Administração criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. Essa é a base do poder regulamentar. Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. (sic) Importante observar que só se considera poder regulamentar típico a atuação

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 121.

administrativa de complementação de leis, ou ato análogos a elas. Daí seu caráter derivado.⁷

Expendendo a origem e o conteúdo do Decreto distrital n. 40.939/2020, trata-se de verdadeira manifestação do poder regulamentar, consubstanciado em ato normativo de natureza administrativa, que extrai validade a partir de diploma legislativo anterior, Lei distrital n. 6.552/2020. Dito em outras palavras, o Decreto objeto deste estudo não se reveste de caráter político, mas, sim, de caráter administrativo (instrumental), passível de maior sindicabilidade perante o Poder Judiciário.

À vista disso, passemos a discorrer sobre a possibilidade de Poder Judiciário afastar a normativa expedida pelo Poder Executivo e decidir o caso a partir de sua própria valoração.

No contexto do Estado Democrático de Direito, os interesses da coletividade não são passíveis de apropriação pela Administração Pública ou por quaisquer agentes do Estado. Cabe-lhes, antes, geri-los, preservá-los e concretizá-los em nome do seu real titular, o povo.⁸ Por consequência, a lei vinculará a Administração Pública, dando os contornos de sua atuação.

Entretanto, há situações em que a lei, mesmo dotada de abstração e generalidade, prescreverá em detalhes o fato da vida que deseja disciplinar, bem como delineará a conduta administrativa cabível na hipótese de sua incidência. Lado outro, existem situações previstas pela lei cuja atuação a ser desempenhada pela Administração Pública não se encontra detalhada no dispositivo legal, cabendo ao administrador exercício de valoração sobre o caso concreto a fim de concluir pela atuação mais adequada ao interesse público.

Acerca daquelas primeiras situações, nas quais a lei dispõe tanto sobre o fato quanto sobre a atuação administrativa que lhe será consequente, não haverá maiores dificuldades em reconhecer os contornos da atuação jurisdicional no que tange ao exame de juridicidade dos atos administrativos. Dificuldade reside, senão, em analisar as balizas do controle judicial sobre atos administrativos exarados no âmbito de discricionariedade legado aos administradores, cuja valoração do caso concreto constitui imposição da própria lei.

A liberdade garantida por lei à Administração não guarda relação com atuação arbitrária ou desprendida dos valores e princípios talhados na ordem jurídica (há princípios

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 59.

⁸ *Ibidem*, p. 38.

constitucionais e infraconstitucionais de observância obrigatória pelos agentes administrativos), ao contrário, quer dizer que o legislador, atento às complexidades da realidade fática, legou ao administrador a identificação da conduta mais adequada ao atendimento dos direitos e interesses da coletividade.

Isso significa que as variáveis apresentadas pelo caso concreto somadas à necessidade pública que se almeja satisfazer fixarão o maior ou menor grau de discricionariedade do agente público na tomada de sua decisão. No ponto, argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, a situação real em que está posta a Administração necessariamente restringe o campo de eleição de comportamentos juridicamente possíveis. Na regra legal o âmbito de liberdade apreça mais amplo, porque se quer limitado em vista das situações reais. Efetivamente, sucederá em alguns casos que, apesar de a lei permitir opção entre dois ou mais comportamentos – exatamente para que fossem sopesadas as circunstâncias fáticas, como requisito insuprimível ao atendimento do interesse tutelado – estas mesmas circunstâncias evidenciem, para além de qualquer dúvida, que só cabe um comportamento apto para atingir o objetivo legal. Neste caso, dito comportamento é obrigatório e não pode ser adotado outro.⁹

O Decreto n. 40.939/2020 buscou dotar de aplicabilidade e eficácia a Lei distrital n. 6.552 de 22 de abril de 2020, que garantiu ao governador do Distrito Federal liberdade decisória para fixação das medidas adequadas ao combate da pandemia de COVID-19. Assim, tomando por base os critérios e objetivos legais, o líder do Poder Executivo distrital elegeu condutas que, sob a ótica da Administração local, assegurariam redução dos riscos de danos à vida, à saúde, ao trabalho e ao pleno emprego (art. 3º da Lei 6.552/2020).

Para a tomada de decisão, a Administração Pública contou com o uso de tecnologia de última geração para captação de dados e informações que, após consolidação, passam pelo crivo de equipe multidisciplinar responsável pela criação de boletins epidemiológicos atualizados sobre a pandemia no território do Distrito Federal.¹⁰

Diversamente, na petição inicial da ação popular ajuizada perante o juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, bem como na decisão liminar proferida pelo magistrado não foram apresentados dados ou estudos médicos, técnicos, capazes de demonstrar eventual inadequação das medidas estabelecidas pelo Poder Executivo. Em vez

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 152, p. 15, abr./jun. 1983.

¹⁰ Agência Brasília. Coronavírus: como é o monitoramento das ações de combate. <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/03/19/coronavirus-como-e-o-monitoramento-das-acoes-de-combate/>. Acessado em 18 de maio de 2021.

disso, recorreu-se à retórica e argumentação jurídica para impor as impressões particulares dos autores da ação e do julgador natural sobre qual seria a melhor forma de solucionar a situação de emergência da saúde pública.

Portanto a decisão judicial, da maneira como construída, sem amparo em elementos capazes de lançar dúvida quanto à adequação das medidas sanitárias estabelecidas por meio do Decreto n. 40.939/2020, não se revela legítima à desconstituição desta norma administrativa, haja vista tratar-se de caso em que o Poder Judiciário substituiu-se ao Poder Executivo sem, contudo, apontar antijuridicidade ou inadequação da conduta deste Poder estatal.

O ato judicial não demonstrou que a conduta administrativa deixou de realizar, com esteio nos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, a satisfação dos direitos fundamentais colidentes no caso fático, mostrando-se inadequado para a correta condução do planejamento governamental de combate à pandemia de COVID-19.

Não se deve perder de vista que o Estado Democrático de Direito carrega em si ideal de limitação do poder em benefício da soberania popular. Ou seja, incabível sujeitar as necessidades coletivas aos arroubos dos órgãos jurisdicionais, sobretudo nas situações em que o administrador público, calcado na liberdade que lhe conferiu a lei, atua a partir de estudos e indicadores multidisciplinares para harmonização e garantia dos direitos fundamentais à vida, à saúde, ao trabalho e ao desenvolvimento econômico.

2. ATIVISMO JUDICIAL: CORRELAÇÃO COM O FATO DA JUDICIALIZAÇÃO E ADVERTÊNCIAS NECESSÁRIAS

Seja nos corredores das faculdades de Direito, nas discussões travadas entre juristas, matérias jornalísticas, ou até mesmo em conversas cotidianas, é fácil nos depararmos com a utilização dos termos “ativismo judicial” e “judicialização da política”, como se tais expressões carregassem em si idêntico significado. Esta, uma impropriedade nociva.

Nas últimas décadas, a sociedade brasileira passou a se deparar, cada vez mais, com o intervencionismo dos órgãos jurisdicionais sobre todas as questões da vida ordinária: trabalho, saúde, educação, habitação, relação consumerista, orçamento público, nomeação de ministros de Estado, interrupção da gestação em casos não previstos em lei, criação de novo tipo penal equiparado ao racismo, dentre outros.

Algumas vezes, decisões judiciais aclamadas pela mídia e pela população; noutras oportunidades, o sentimento gerado no público é de revolta e indignação. Em qualquer dos casos, entretanto, aqueles que se preocupam com a técnica da decisão judicial, característica elementar para o fortalecimento da democracia e das instituições incumbidas de sua defesa, passam a questionar e examinar a postura do Poder Judiciário.

Nesse trilhar, a atuação do Poder Judiciário passa a ser analisada, primordialmente, sob os enfoques de duas premissas diversas entre si, mas ambas destinadas à compreensão da estrutura e funcionamento do nosso sistema jurídico: ativismo judicial e judicialização da política. Portanto, necessário classificar ativismo judicial e judicialização da política.

Aclarar eventuais similitudes e contradições existentes entre tais premissas assume relevo para além da mera questão semântica. Isso, porque judicialização da política consubstancia um fato decorrente de arranjos institucionais, ao passo que ativismo judicial caracteriza-se enquanto postura dos órgãos dotados de jurisdição, cuja conduta, quanto mais alinhada com o ativismo, impacta diretamente no nível de discricionariedade da decisão judicial a ser proferida.

Em relação ao ativismo judicial, sua defesa como pressuposto do sistema jurídico brasileiro encontra sustentáculo na teoria do “neoconstitucionalismo”.

Assim, parte da doutrina constitucionalista brasileira, dentre os quais Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso e Uadi Lammêgo Bulos, defende que, com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, inaugurou-se novo paradigma constitucional (“neoconstitucionalismo”), constituído pela primazia dos princípios (em detrimento das regras), maior proatividade do Poder Judiciário frente às omissões dos legisladores e maior conectividade do Direito com valores.¹¹

Para a teoria “neoconstitucional”, a atual Constituição brasileira teria constituído o Poder Judiciário principal instância concretizadora da vontade da Constituição e dos direitos fundamentais nela entabulados. Nesse novo cenário, o atendimento das demandas sociais reclamaria dos órgãos jurisdicionais atuação cada vez mais incisiva no contexto político, desempenhando, inclusive, “função normogenética, quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional.”¹²

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

¹² AGRA, Walber de Moura. *Jurisdição Constitucional, Diretrizes para o incremento de sua legitimidade*. 2003. p. 350. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco. Recife-PE, 2003.

A partir dessa perspectiva, a Constituição pós-positivista, ou contemporânea, autorizaria magistrados e tribunais a imprimir sua valoração particular sobre cada caso concreto, com vistas à concretização dos direitos fundamentais, apoiando tal conduta na teoria da força normativa da Constituição.

Destarte, estaria o Judiciário autorizado a adotar postura reconhecidamente ativista, manifestada de diferentes modos, dentre os quais: aplicação dos dispositivos constitucionais em hipóteses não previstas constitucionalmente; utilização de critérios mais flexíveis que os previstos na Carta Maior para declarar inconstitucionais atos emanados dos demais Poderes e, ainda, pela estipulação de comandos à Administração Pública no contexto de políticas públicas.¹³

Os estudos de Luís Roberto Barroso são correntemente citados nos debates atinentes ao tema. Especificamente sobre a definição de ativismo judicial e sua relação com a judicialização da política, discorre o professor fluminense:

(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira mais efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.¹⁴

Originou-se no imaginário jurídico brasileiro, a partir daí, verdadeiro fetichismo pela expansão da jurisdição estatal, a qual atrairia para si a tutela do Direito, da moral e da política, em nome da efetivação do projeto de Estado desenhado pelo Constituinte originário.

Ou seja, ao lado do “neoconstitucionalismo”, surge, também, a crença de que o Poder Judiciário foi alçado ao posto de guardião-mor dos interesses coletivos e única instância garantidora dos direitos fundamentais e da democracia. Dito de outra maneira, passou-se a sustentar a ideia de que o destino político da sociedade brasileira é dependente da intervenção judicial.

No plano internacional, com o advento das Constituições do período pós Segunda Guerra, foram registradas profícuas reflexões sobre as novas responsabilidades dos Poderes constituídos, que passaram a assumir novas configurações no plano político dos seus respectivos Estados.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *REVISTA (SYN)THESIS – CADERNOS DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS*, Rio de Janeiro, vol. 5 – n. 2, p. 26, 2012.

¹⁴ *Ibidem*. p. 25.

Ao comentar as intensas modificações provocadas pelas novas Constituições ocidentais (marcadamente dirigentes e sociais) na realidade social, Mauro Cappelletti, por exemplo, afirmou ter havido substancial mudança no papel da magistratura, em razão da vagueza, fluidez e caráter programático dos direitos sociais constitucionalizados, que teriam tornado “inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los.”¹⁵

Todavia, o próprio autor adverte sobre “riscos de perversão e abuso”¹⁶ decorrentes do agigantamento do Judiciário, impondo-se, por consequência, observância a “limites intrínsecos, ou mesmo, essenciais, à criatividade jurídica dos juízes.”¹⁷ Assim, a fim de se evitar pura subjetividade, as escolhas criativas dos magistrados “não devem ser ocultadas por meio de contorções lógicas e verbais, tornando-se-as, assim, mais responsáveis e também mais democráticas.”¹⁸

Pelo conjunto das ideias expostas, pode-se afirmar, então, que o ativismo judicial constitui-se enquanto forma deliberada de agir (um comportamento) guiada, tão somente, pelo voluntarismo dos órgãos jurisdicionais, os quais não se submetem à observância dos limites impostos pelo Direito, fazendo emergir um governo dos magistrados, cujas escolhas morais, desprendidas de quaisquer conceitos de legalidade, corroem o processo democrático de formação de vontade social.

A própria evolução do constitucionalismo nos revela que a Constituição objetiva assegurar limites ao poder, em favor da liberdade do povo, não sendo aceitável conceber a atuação dos juízes (bem como de quaisquer dos agentes públicos) em desabono aos limites impostos pela própria Carta Política Fundamental, haja vista que, tomando o ativismo judicial por instrumento, o Poder Judiciário transforma-se em espécie contemporânea de Poder Moderador. Substitui-se submissão incondicional à Lei Maior pelo subjetivismo dos juízes.

Para melhor compreendermos o problema de que ora se trata, necessário expandir o campo de investigação para examinar o ativismo judicial sob o enfoque da sociologia, tendo em vista a possível correlação entre a formação social do Brasil e o exercício arbitrário do poder.

Tomando por base as obras dos sociólogos brasileiros Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro que, inspirados pela teoria weberiana, teorizaram sobre as características

¹⁵ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 60.

¹⁶ *Ibidem.* p. 49.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.* p. 132.

da sociedade brasileira, pode-se compreender a manifestação ativista como símbolo de dominação tradicional, levada a cabo pelo Judiciário.

Ao submeter à exame as formas de legitimação do poder no âmbito da sociedade, Max Webber cunhou o termo “dominação” para se referir ao fenômeno em que um grupo de pessoas aceita submeter-se aos comandos de uma figura de autoridade.

Nas palavras do sociólogo alemão, dominação caracteriza-se como “a probabilidade de encontrar obediência pra ordens específicas dentro de determinado grupo de pessoas”.¹⁹

Em seus estudos, Max Webber cita três tipos de dominação legítima, quais sejam, dominação racional-legal, dominação tradicional e dominação carismática, importando para este artigo a análise sobre dominação tradicional especificamente.

A dominação tradicional forma-se a partir da crença culturalmente estabelecida sobre os atributos superiores de líder ou entidade, inaugurando relação composta por senhor e súditos, a qual se solidifica em torno das normas morais e dos costumes criados e difundidos no cotidiano do respectivo grupamento. Esse tipo ideal de dominação encontra no sistema patriarcal sua maior evidenciação.

No sistema patriarcal, a fidelidade dos súditos para com o senhor sustenta-se menos em regras impessoais e pré-estabelecidas e mais na postura de mando do detentor do poder. A dinâmica do coletivo pauta-se nas expressões de amor, preferência, simpatia, ódio e desprezo do senhor, inexistindo qualquer nível de segurança e estabilidade para as condutas sociais.²⁰

Essa lógica de organização social encontra-se impressa na obra de Sérgio Buarque de Holanda quando o autor se refere ao patrimonialismo demasiadamente visível nas sociedades brasileira e portuguesa, onde a gestão da coisa pública submete-se aos interesses particulares dos agentes do Estado, tornando-o mera ampliação do círculo familiar.²¹

Raymundo Faoro, por sua vez, a despeito de superar a ideia inicial de que nossas mazelas sociais se devem à confusão entre esferas pública e privada (patrimonialismo), sustenta que a experiência política brasileira, muito influenciada pelos padrões de Portugal, propiciou o surgimento de um Estado autônomo, desassociado dos interesses da nação. Dessa forma, “mandar, e não governar, será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso

¹⁹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. p. 139.

²⁰ LIMA, Danilo Pereira. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2019. p. 165.

²¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 101.

sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder”.²²

Pode-se afirmar, então, que o grande problema de nossa arquitetura estatal não é a ausência de poder do Estado. Nada disso! O maior problema, no Brasil, é o excesso de poder estatal a oprimir a nação.²³

O Estado brasileiro, desde o período colonial, é conduzido por um estamento político completamente identificado com o tipo ideal de dominação tradicional, nos moldes como definido acima, o qual detém o poder e o emprega para a realização de projetos discricionários, sem apego a padrões cívicos de racionalidade e legalidade.

Na obra intitulada “O guardador de promessas”, Antoine Garapon chega a sustentar que, num contexto de extremada atuação dos órgãos judicantes, estes assumiriam a posição de “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”.²⁴ Ao discorrer sobre ativismo, Garapon adverte que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.”²⁵

Exsurge, então, inarredável alinhamento entre ativismo judicial, discricionariedade das decisões proferidas pelos magistrados e a noção de exercício patrimonialista do poder.

Não se nega, aqui, o poder (-dever) atribuído a juízes e tribunais de interpretar o real sentido e alcance das leis (incluindo a Constituição Federal), pelo contrário. Todo texto é passível de interpretação, e enunciado normativo apenas torna-se norma jurídica em seguida da atividade hermenêutica concretizada pelos órgãos investidos de jurisdição.

Também, apesar de ativismo judicial e judicialização da política possuírem tons de contraste entre si, incontestável que os diversos temas sociais encerrados nas Constituições dirigentes são propiciadores do fato da judicialização, na mesma medida em que este conduz à ressignificação da jurisdição estatal, alavancando o número de situações submetidas à atividade criativa dos magistrados, agentes responsáveis pela interpretação do ordenamento jurídico.

²² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 357.

²³ RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Grábiela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 28, p. 46, 2005.

²⁴ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Fernando Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 20.

²⁵ *Ibidem*. p. 54.

Sem embargo, admitir o reforço da criatividade judicial como elemento intrínseco da judicialização “não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade”,²⁶ sob pena de tornarem-se impassíveis de fiscalização e controle as decisões judiciais, fato intolerável num Estado Democrático de Direito que se pretende forte.

A nova ordem constitucional brasileira inaugurada pela Constituição Federal de 1988 é, inegavelmente, um drástico ponto de mudança na realidade político-social da nação e na forma de atuação dos Poderes do Estado, inclusive o Judiciário.

Os intensos fenômenos sociais vivenciados ao longo do século XX (guerras de escala mundial, depressões econômicas, regimes ditatoriais etc) impuseram a elaboração de uma Constituição dotada de superioridade hierárquica, posta no ápice do ordenamento jurídico, com reconhecida força normativa, vinculando cidadãos e Poderes da República ao sentido de seus ditames.

Em consequência disso, o exercício da jurisdição superou a velha roupagem de atividade estatal voltada à resolução de conflitos havidos entre sujeitos de direitos, passando, também, a “equacionar conflitos institucionais, que põem em choque a sociedade como um todo”.²⁷

Nossa Constituição Cidadã promoveu intensa remodelagem do Estado ao adotar base, eminentemente, principiológica, rol extenso de direitos e garantias fundamentais, direitos difusos, além de impor uma série de deveres ao Poder Público.

Em vista dessas alterações, judicialização da política passa a significar fenômeno social independente do bel-prazer ou de simples caprichos dos órgãos judicantes. Cuida-se de fato originado das novas contingências sociais, o qual eleva, exponencialmente, o número de demandas submetidas ao crivo do Judiciário, sem que isso signifique autorização a subjetivismos por parte do julgador.

Afinal, como bem ponderou Lênio Streck:

(...) uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?²⁸

²⁶ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. pp. 23-24.

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 125.

²⁸ STRECK, Lênio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *ConJur*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acessado em: 31/05/2021.

Por isso, qualquer forma de composição dos litígios que se pretenda adequada às novas demandas coletivas não encontra realização, isoladamente, no âmbito do Judiciário, mas na atuação comprometida e coordenada de todos os Poderes constituídos.²⁹

Além dos impactos trazidos pelo novo modelo estatal, relevante a observação de que passamos a viver em uma sociedade sobremaneira complexa em que “a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções de massa”,³⁰ implicando no surgimento de múltiplos conflitos estruturais (ou seja, de caráter coletivo ou difuso, com potencial para massificação dos litígios), os quais favorecem a difusão do fenômeno da judicialização.

Outro ponto de singular relevo para o entendimento da questão é a crescente desconfiança do povo acerca da atuação dos seus representantes eleitos. Desse quadro resulta crise no âmago do regime democrático.

A situação de insatisfação popular diz respeito à incapacidade demonstrada pelo Poder Executivo de satisfazer as necessidades coletivas públicas por meio da implantação daquilo que vem a ser boa administração, fundamentada em elementos de boa governança (acepção mais ampla e multidisciplinar) e nos princípios da eficiência e da moralidade.³¹ O habitual quadro de ineficiência dos serviços e de grande parte das políticas públicas, no Brasil, confere tons de impotência à esfera administrativa (como se sabe, mais afeta ao Executivo).

Também o Poder Legislativo, imerso em casos de corrupção, tem se notabilizado por evitar a tomada de decisões em temas polêmicos, socialmente controvertidos, como o são aborto, criminalização da homofobia, descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, foro por prerrogativa de função, regulamentação do cumprimento de penas restritivas de liberdade após decisão proferida em Segundo Grau de jurisdição, dentre outros.

Sobrevém, daí, distanciamento entre a sociedade e os Poderes Executivo e Legislativo, o que ocasiona alto nível de tensão social e política, resultando na busca desenfreada pela jurisdição, “que acaba por assumir ares de sacralização.”³²

Em decorrência disso, emergem riscos funestos a nossa democracia, erigida a tão altos custos. Isso, porque a essência da democracia, nesta quadra histórica, não se vincula à ideia mórbida de transferência do exercício do poder soberano pelo povo à classe política por

²⁹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 32.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 57.

³¹ FILHO, Salomão Ismail. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista De Direito Administrativo*, Recife, vol. 277, pp. 105-137, 2018.

³² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 52.

ele eleita. Absolutamente, não. Uma democracia participativa, como a normatizada pelo sistema constitucional brasileiro, agrega ao plano político ferramentas de aproximação entre representantes e representados, propondo-se a garantir e proteger os anseios dos diversos grupos componentes da tessitura social, em oposição ao ideário tradicional de democracia como sinônimo de regime das maiorias.

Sendo assim, o enfraquecimento do elo democrático entre povo e representantes eleitos cria subsídios para o agigantamento do Judiciário, que, tornando-se incontestável (e, conseqüentemente, frustrando o modelo constitucional de harmonia e coordenação entre os Poderes constituídos – art. 2º, *caput*, CRFB), converte o Direito num pobre vassalo “das definições judiciais não pautadas por critérios jurídicos (...) inviabilizando o cumprimento da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de um sistema em que a sociedade é parte ativa.”³³

Nesse prisma, a judicialização da política não se revela como algo ruim; ela é, simplesmente, um fato. Ao contrário, ativismo judicial pode ser classificado como ruim e indesejável ao significar transgressão pelos magistrados dos limites que lhe são impostos pelo sistema jurídico e pelos peculiares contornos de cada caso concreto. Nos dizeres de Clarissa Tassinari:

O modo de compreender a atividade jurisdicional passa por uma importante diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Neste sentido, a primeira revela-se como um fenômeno contingencial e inexorável, ao passo que o último consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação.

No caso da ação popular n. 07044-72.79.2020.07.0018, decisão proferida sem observância aos elementos impostos pelo ordenamento jurídico, pois, sequer havia material probatório a instruir a petição inicial. Ora, os atos emanados da Administração Pública fruem de presunção (relativa, mas presunção!) de veracidade e legitimidade, de modo que, eventuais impugnações devem conter elementos mínimos à derrogação dessa prerrogativa.

A intervenção judicial corporificou paixões e desejos do magistrado, afastando-se da técnica requerida para o caso, pois amparada em puro subjetivismo, contrariando o ideal de segurança jurídica, cuja importância evidencia-se incontestável em qualquer sistema jurídico consistente.

³³ *Ibidem*. pp. 52-53.

Contudo, não se há que falar em ativismo judicial no caso trazido à exame. Isso, porque, como se verá mais adiante, erro judicial não significa, automaticamente, ativismo, haja vista cuidar-se de situações independentes entre si.

O erro judicial deve ser apontado e corrigido pelas vias recursais apropriadas à espécie. Lado outro, a conduta ativista pode estar presente mesmo em situações nas quais houve acerto quanto ao procedimento formal adotado pelo magistrado, nada obstante tenham sido infringidos os limites institucionais impostos pelo princípio da separação de poderes e pela natureza do regime democrático em que inserida nossa sociedade política.

3. LIMITES DA JURISDIÇÃO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ponto central da análise dos limites impostos à função jurisdicional no seio de uma sociedade democrática diz respeito ao estudo do postulado da separação de poderes, que, bem antes de ser positivado como princípio por incontáveis Cartas Políticas, consagrou-se enquanto teoria sobre segmentação das funções decorrentes do poder soberano outorgado pelo povo ao Estado.

Apesar de algumas críticas encontradas em trabalhos acadêmicos, é preferível compreender o conceito desse axioma como objeto de evolução histórica, que, a seguir de sua fase embrionária, passou por maturação teórica, adaptação cultural, até consolidar-se como pilar das maiores democracias do mundo contemporâneo.

Desponta como mais acertado, pois, trazer à lume a concepção tradicional da separação de poderes, seu contexto histórico, aportando, mais adiante, na concepção que hoje se tem sobre esse valioso princípio, mecanismo bem presente na afirmação do exercício moderado do poder, em evidente oposição a investidas totalitárias.

Encontram-se menções à necessidade de separação das funções atinentes à administração do Estado já na Grécia antiga.

Os escritos de Aristóteles, que dedicou parte de suas reflexões à organização das atividades do governo, apontavam que “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente.”³⁴

Em análise da obra do filósofo grego, Dalmo de Abreu Dallari consigna que “O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera

³⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 113.

injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder”³⁵, evidenciando o grande contributo deixado por Aristóteles para tema, conquanto tenha sido outro pensador o responsável pela sistematização da teoria da separação de poderes como a conhecemos.

Séculos mais tarde, inserido num contexto de grandes transformações políticas pelas quais passava a Inglaterra do século XVII, John Locke teorizou sobre as diferentes funções desempenhadas pelo Estado, como bem sintetizado por Marília Costa Barbosa na seguinte passagem:

(...) Locke identificava quatro funções, exercidas por dois órgãos de poder. Um desses órgãos era o Parlamento, a quem cabia a função legislativa. O outro órgão era representado pelo Rei, que acumulava três funções: a função de executar as leis, de fazê-las obedecidas, se necessário com o auxílio da força; a função federativa, que tratava das relações exteriores, caracterizando-se como o poder de fazer a guerra e a paz; e a função identificada como o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras, através da qual se permitia uma ampla esfera de discricionariedade ao governante, devendo-se observar, contudo, que o filósofo inglês em foco defendia a corrente de oposição expressa ao absolutismo.

Como se pode perceber, John Locke considerava possível legar a um órgão o exercício de múltiplas funções, bastando que não fossem centralizadas todas estas num único espaço de competência para a garantia das liberdades individuais. Nas reflexões do filósofo inglês nem mesmo havia previsão de um Judiciário institucionalizado, independente das demais funções, cabendo ao Rei cuidar da execução das leis criadas pelo Parlamento.

Conquanto as obras de Locke não nos permitam falar em sistematização do princípio ora versado, reportamo-nos à admoestação expendida no início deste capítulo, haja vista a necessidade de se refletir sobre o contexto em que cada pensador de tempos anteriores se inseria ao expor suas nobres considerações.

Nessa trilha histórica, chegamos ao século XVIII, quando Montesquieu, premido da necessidade de que fosse assegurada liberdade política aos indivíduos frente aos Poderes do Estado, deu organicidade científica à teoria da separação de poderes, que, então, ganhou contornos de instrumento voltado a garantir a formação de um Estado moderado, onde “não houvesse abuso de poder, sendo necessário para isso que um poder viesse a constituir um freio para o outro.”³⁶

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 216-217.

³⁶ BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. *Revista Científica da Faculdade Lourenço Filho*, Fortaleza, vol. 5, p. 6, 2006.

Em seu trabalho nominado “Do Espírito das Leis”, 1748, Montesquieu assevera que:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.³⁷

Vê-se, pois, que a teoria de Montesquieu promoveu avanços em relação ao que houvera sido proposto por John Locke anos antes, na medida em que visualizou a necessidade de se isolar o desempenho de cada função de governo no plano exclusivo de um único Poder, além de conceber a possibilidade de intervenção de um Poder sobre o outro como meio de propiciar, a um só tempo, desenvolvimento e obstaculização à “absorção de um pelo outro, em ordem a torná-los efetivamente separados e harmônicos entre si.”³⁸

Desde sua formulação original, a teoria da separação de poderes evoluiu e ganhou contornos variados, a depender das características assumidas por cada ordem constitucional na qual houve sua positivação.

Isso significa que a separação de poderes superou feição, exclusivamente, teórica e tornou-se princípio constitucionalizado em diferentes ordens jurídicas, cada qual conferindo significados distintos ao princípio no arranjo institucional perfilhado em cada país para realização das funções do Estado no plano concreto. Nesse mesmo sentido, durante julgamento do Mandado de Injunção n. 712, do qual foi relator, o ministro Eros Grau aduziu que “não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais.”³⁹

Ainda assim, a essência do princípio permaneceu inabalável, significando a busca por “racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade.”⁴⁰ Daí

³⁷ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 205.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 161.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). MI n. 712, Relator: Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007, DJe de 23 de novembro de 2007.

⁴⁰ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da Separação dos Poderes e os Novos movimentos sociais – Administração Pública no Estado Moderno: Entre as exigências de liberdade e Organização*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 463.

emerge o enlace perfeito entre a busca por efetivação da separação de poderes e o movimento constitucionalista do século XVIII, haja vista não ter sido outro o anseio do movimento, senão a edificação de instrumentos voltados à limitação da tirania em nome de um do governo do povo, fundado ao abrigo de um Estado Democrático Constitucional.

No Brasil, a Constituição de 1988 positivou o princípio da separação de poderes (art. 2º, CRFB) e o alçou ao nível de cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CRFB), impassível de abolição pela ordem constituída.

Ao mesmo tempo, nossa Lei Fundamental, analítica e principiológica, não se limitou à prescrição de regras atinentes à organização do Estado e à limitação do exercício do Poder pelos seus diversos órgãos e agentes, prevendo, ainda, uma série de compromissos e valores a serem realizados pelos Poderes constituídos.

Esse complexo desenho normativo-institucional caracteriza o corte epistemológico a partir do qual se pretende direcionar a investigação do princípio da separação dos poderes no contexto brasileiro.

O delineamento institucional concebido pelo Constituinte originário incumbiu os Poderes Legislativo e Executivo de inúmeras atribuições, que comportam, cada qual, determinado espaço de valoração a ser preenchido pelo agente político diante do caso concreto, sempre com vistas ao cumprimento dos objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I ao IV, CRFB). Não à toa, os cargos de cúpula desses dois Poderes são ocupados por agentes políticos eleitos pelo sufrágio universal; à vista disso, dá-se contornos de soberania popular à valoração empreendida por tais agentes.

Ocorre que o cumprimento dos objetivos suprarreferidos depende da efetivação dos numerosos direitos fundamentais planeados no texto constitucional, além daqueles estratificados em documentos internacionais subscritos pela Federação brasileira, os quais, em larga medida, denotam “integração ao texto constitucional de pautas axiológicas”,⁴¹ fazendo com que o plano jurídico seja permeado por valores morais presentes em nosso contexto social.

Diante dessa conjuntura, a Constituição atribuiu ao Judiciário “a guarda e o patrocínio de princípios dedutíveis das normas jusfundamentais”⁴², não se prestando o recurso

⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo judicial – Primeiras aproximações. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Ativismo Judicial e Efetividade de Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: IDP/EDB, 2016. p. 157.

⁴² *Ibidem*.

à máxima da separação de poderes para rechaçar o controle exercido por esse Poder nos casos de inação ou ação desarrazoada dos Poderes Executivo e Legislativo.

Com isso, possível perceber que os contornos assumidos pelo princípio da separação de poderes na ordem constitucional brasileira, guiam à concepção de um complexo sistema de freios e contrafreios arquitetado de forma a garantir a higidez do Estado de Direito, cabendo aos Poderes constituídos exercer controle uns sobre os outros, nos limites da juridicidade de sua interferência, conforme pontuou Alessandro Pekelis: “uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário (...) antes a coexistência equilibrada de tal atividade e de seu controle representa a essência mesma do regime constitucional.”⁴³

Todo esse quadro de transformação político-social culminou na remodelagem do Estado, demandando novas formas de interação entre as funções governamentais desempenhadas por Executivo, Legislativo e Judiciário. Tornou-se premente remodelar, também, as balizas daquilo que vem a ser a separação de poderes em nosso sistema.

Mantendo sua condição de instrumento inibidor de cooptação do poder soberano por um só braço estatal, não se furtou a teoria da separação de poderes a ter seu significado expandido, adaptando-se à nova realidade em que se viu inserido e deixando para trás a rigidez com que originalmente idealizado no pensamento liberal clássico do século XVIII. É dizer: alterado o plano de incidência, alterou-se, também, o delineamento do que vem a ser o princípio da separação de poderes.

Com supedâneo no princípio vertente, a Constituição de 1988 consagrou modelo de autonomia institucional dos Poderes da República e organizou as competências destes em capítulos específicos, de forma que, ao exercer suas atividades, os integrantes de um Poder não necessitam da anuência, ou chancela, (em regra) daqueles integrantes de outro Poder, bem como “na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.”⁴⁴

Se, de um lado, fala-se em autonomia de um Poder frente àquele que lhe ombreia, há que se reconhecer, de outro lado, submissão destas instâncias à regra da harmonia, a qual

⁴³ PEKELIS, Alessandro. The Case for a Jurisprudence of Welfare, recolhido do volume *Law and Social Action. Selectes Essays of Alexander H. Pekelis*, Cornell University Press, p. 13, 1950, apud CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 53.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 110.

denota, nas palavras de José Afonso da Silva, “consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.”⁴⁵

Nesse sentido, a Constituição Federal elenca situações em que determinado Poder deverá exercer funções atípicas, as quais, naturalmente, estariam fora de seu domínio. Assim ocorre, por exemplo, quando o Presidente da República decide pelo veto a projeto de lei encaminhado pelo Congresso, ou quando edita medidas provisórias com força de lei; da mesma forma, quando o Congresso rejeita veto presidencial e, pela figura do presidente do Senado, promulga o respectivo projeto de lei ou, também, quando o Senado processa e julga Ministro de Estado ou do Supremo Tribunal Federal; ainda, nas situações em que o Poder Judiciário declara inconstitucional ato normativo exarado por membro de outro Poder por inobservância aos requisitos entabulados na Lei Maior.

Como visto, a nova configuração do princípio da separação de poderes dá tons de coordenação, equilíbrio e controle recíproco às relações travadas entre Executivo, Legislativo e Judiciário, já não se havendo que empregar o princípio como fator de limitação à concretização do programa constitucional afeto aos direitos fundamentais e aos objetivos da República.

Assim, possível compreender que a autonomia garantida a cada esfera de poder não se presta a frustrar promessas constitucionais, pois, a exemplo do que estatui o art. 5º, §1º, CRFB, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, incumbindo aos juízes o dever de controle não apenas das condutas comissivas, mas, também, das omissões dos demais Poderes, tudo com vistas à efetivação dos direitos fundamentais. De se ressaltar que instrumentos como o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e as ações de caráter objetivo reforçam a possibilidade de postura mais interventiva do Judiciário.

Noutra esteira, importa perceber que a autonomia orgânica decorrente do princípio da separação de poderes garante às instâncias, essencialmente, políticas (Executivo e Legislativo) âmbito decisório impassível de colmatação pelos órgãos judicantes.

Isso, porque, num sistema democrático-representativo, como o que fora assumido pela ordem constitucional brasileira, há decisões que apenas os representantes da soberania popular, agentes políticos eleitos, estão autorizados a tomar. Em decorrência disso, inclusive, tais representantes são responsabilizados institucionalmente por suas escolhas (respondem a ações por ato de improbidade administrativa, submetem-se ao processo de *impeachment*,

⁴⁵ *Ibidem*. pp. 110-111.

dentre outros) e politicamente (banimento da vida pública pelos próprios eleitores ao comparecerem às urnas). À vista disso, vale mencionar que agentes investidos de jurisdição, em razão do exercício desta, não se submetem a quaisquer dos referidos controles.

É que o gestor público, aquele responsável pelo movimento da administração pública, também interpreta a Constituição (e ordenamento jurídico) antes de realizá-la, por imperativo de higidez do sistema, não havendo sustentação teórica a embasar exclusividade do controle de constitucionalidade (em sentido amplo) a cargo do Judiciário.

Em crítica a essa visão indevidamente restritiva acerca do controle de constitucionalidade, bem ponderam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

(...) as restrições à possibilidade de o Executivo realizar controle de constitucionalidade são injustificadas. Não decorrem de uma necessidade constitucional, mas do apego ideológico à tese da inferioridade institucional do Executivo em reação aos demais poderes (...) Todos possuem o dever de realizar controle de constitucionalidade no âmbito de suas competências, não havendo autoridades mais o menos idôneas para tanto.⁴⁶

No esforço por alcançar as finalidades impostas pela Constituição as instâncias políticas se defrontam com a pluralidade de sentidos e possibilidades próprias dos direitos fundamentais colidentes no contexto fático que se lhes apresenta para resolução, situação que se intensifica em períodos de desafios singulares como o da pandemia de COVID-19.

Como acima exposto, os erros cometidos pelos agentes políticos os submeterão à responsabilização perante instituições de controle e, principalmente, perante o povo. Diversamente, eventual decisão judicial que se mostre desastrosa aos resultados da política pública objeto da respectiva intervenção não conduzirão à responsabilização do seu agente prolator.

No que tange ao espaço de discricionariedade dado aos agentes políticos, é necessário que estes o preencham com condutas bem amparadas no arcabouço normativo posto a sua disposição, de forma a configurar atuação em prestígio à maior efetividade possível do direito fundamental ou programa constitucional que se pretende concretizar. No ponto, sempre válida a observação de que os traços próprios do caso concreto aumentarão ou diminuirão o espectro interpretativo daqueles agentes.

Ao analisar as dimensões do campo discricionário confiado aos representantes eleitos pelo voto popular, assenta Paulo Gonet Branco:

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 390.

(...) dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de poderes e das exigências da democracia representativa num Estado democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos poderes políticos representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir espaço próprio de outros poderes.⁴⁷

Dessa forma, contrastando a decisão judicial analisada no presente artigo com as linhas do estudo efetuado acerca da separação de poderes, tem-se que a atuação do magistrado não desbordou dos limites impostos pela autonomia orgânica decorrente desse princípio. Pelo contrário.

O sistema jurídico brasileiro, iluminado pelos enunciados da Constituição Federal, põe à disposição da sociedade mecanismos aptos a convocar intervenção judicial sobre ações ou omissões insidiosas dos demais Poderes.

Se errou – ou não – em sua conclusão o magistrado, trata-se, aí, de problema diverso, a ser combatido pela interposição do recurso cabível perante as Cortes revisoras (como já delineado em linhas anteriores). Certo é que, conforme perquirido, o princípio da separação de poderes não se prestaria a afastar do controle judicial o Decreto distrital n. 40.939/2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Possível notar que o Decreto distrital n. 40.939/2020, apesar da inegável relevância para condução dos esforços de enfrentamento à pandemia de COVID-19, está situado no mesmo plano de outros atos administrativo expedidos pelo governo do Distrito Federal, os quais se submetem a maior possibilidade de controle pelo Judiciário quando comparados aos atos governamentais de índole constitucional.

Desse modo, ao contrário do que se tinha enquanto hipótese, as medidas de enfrentamento à pandemia corporificadas por meio do Decreto analisado poderiam ser suprimidas pelo Poder Judiciário, desde que houvesse, além da necessária provocação da jurisdição estatal, suficiente instrução da ação ajuizada, tudo em obediência aos ditames estabelecidos pelo sistema jurídico-processual pátrio.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo judicial – Primeiras aproximações. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Ativismo Judicial e Efetividade de Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: IDP/EDB, 2016. p. 163.

A atuação do magistrado, no caso da ação popular estudada, ao que parece, merece reparos pelas instâncias recursais, haja vista ter suspenso ato administrativo dotado de presunção (relativa) de legitimidade e escorado em estudos médicos relevantes sem embasamento em elementos mínimos que levassem à elisão da norma proveniente do Poder Executivo.

Entretanto, essa atuação não configurou ativismo judicial, negando a hipótese inicialmente aventada – uma vez mais.

Isso, porque o ato impugnado por meio da ação popular não caracterizou limite à eventual intervenção judicial que, diante do caso concreto e dos elementos de prova coligidos pelos sujeitos do processo, buscasse resguardar direito fundamental malferido pela atuação administrativa.

Pelo contrário, observou-se que a Constituição Federal de 1988, ao reconfigurar aspectos cívicos e políticos da nação, agasalhou múltiplos temas do cotidiano social, além de significativo rol de direitos fundamentais, o que gerou o fenômeno da judicialização da política, ressignificando o papel dos órgãos investidos de jurisdição.

Do fato da judicialização ergue-se um Judiciário com competência mais abrangente, dotado de mecanismos voltados para a contenção dos excessos dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como para a efetivação de direitos nos casos de omissão destes Poderes. É dizer, a própria Constituição Federal, documento que condensou as decisões fundamentais do povo brasileiro, autorizou juízes e tribunais a atuarem com maior criatividade em seu ofício.

No entanto, como se viu ao longo deste estudo, criatividade dos juízes não quer dizer autorização à arbitrariedade do julgador. Há verdadeiro abismo entre o âmbito hermenêutico possibilitado aos magistrados e o atropelo do sistema jurídico constitucionalmente balizado. Se criatividade for entendida como sinônimo de atuação fora dos limites constitucionais, estaremos diante de um Poder incontrolável, capaz de transformar a Constituição da República e o Direito em instrumentos postos à consecução de um plano jurisdicional, e não o contrário. A sociedade livre tal qual a conhecemos estaria com seus dias contados.

Por sua vez o exame do princípio da separação de poderes trouxe grandes esclarecimentos acerca de sua formação em nosso contexto jurídico-político.

Ao longo da história, separação de poderes passou de teoria de limitação do poder absolutista do monarca a princípio institucionalizado com traços singulares em cada ordem jurídica em que positivado. No Brasil não foi diferente.

A Constituição de 1988, além de positivizar o princípio, alçou-o ao nível de cláusula pétrea, impassível de abolição pela ordem constituída e, por meio dele, consagrou modelo de autonomia institucional dos Poderes da República, cujas competências e organização de suas respectivas atividades realizam-se sem necessidade da anuência, ou chancela, (em regra) daqueles integrantes de outro Poder.

Constatou-se, no entanto, que tal autonomia é flexibilizada diante da imposição constitucional de harmonia e equilíbrio entre as funções exercidas pelos Poderes constituídos, os quais acabam enlaçados num complexo sistema de freios e contrafreios, que, por sua vez, garante contenção do arbítrio estatal.

Nesse contexto, foi possível entender que o princípio da separação de poderes institui autonomia entre os Poderes sem frustrar promessas constitucionais. Antes, constitui princípio que garante às instâncias, essencialmente, políticas (Executivo e Legislativo) âmbito decisório impassível de colmatação pelos órgãos judicantes.

Assim, conclui-se que nossa sociedade fora edificada sobre os pilares do regime democrático-representativo, o qual denota espaços de decisão legados apenas aos agentes políticos do Estado, eleitos pelo voto popular e submetidos à responsabilização por suas escolhas, não cabendo aos órgãos judiciais se imiscuírem nesse contexto, sob pena de distorção do regime de governo adotado pela Lei Maior.

A partir dessas reflexões, verificou-se a possibilidade de juízes e tribunais controlarem medidas decretadas pelo Poder Executivo para o enfrentamento da pandemia, pois essa intervenção visa resguardar direitos fundamentais estatuídos em nosso sistema constitucional, sem qualquer nota de interferência indevida.

Para consubstanciar ativismo judicial, a conduta do magistrado teria que desbordar dos limites impostos pelo regime democrático estatuído pela Constituição Federal, não bastando o mero erro judicial para identificação do fenômeno do ativismo, que se ancora nos desejos e ausência de contenção dos magistrados.

Ademais, nominar de ativismo judicial qualquer equívoco verificado em determinada decisão judicial, torna banal a expressão, normalizando o que jamais poderá ser normalizado sem que se ponha em risco a vitalidade de uma democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

BARBOSA, Igor Luiz Ebihara. O regulamento autônomo e seu papel na organização da Administração Pública Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 202, abr./jun. 2014;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 152, abr./jun. 1983;

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

AGRA, Walber de Moura. Jurisdição Constitucional, Diretrizes para o incremento de sua legitimidade. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco. Recife-PE, 2003;

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *REVISTA (SYN)THESIS – CADERNOS DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS*, Rio de Janeiro, vol. 5 – n. 2, 2012;

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993;

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009;

LIMA, Danilo Pereira. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2019;

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015;

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001;

RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Grabirela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 28, 2005;

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Fernando Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998;

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

STRECK, Lênio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *ConJur*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acessado em: 31/05/2021;

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013;

FILHO, Salomão Ismail. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista De Direito Administrativo*, Recife, vol. 277, 2018.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. *Revista Científica da Faculdade Lourenço Filho*, Fortaleza, vol. 5, 2006.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010;

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995;

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da Separação dos Poderes e os Novos movimentos sociais – Administração Pública no Estado Moderno: Entre as exigências de liberdade e Organização*. Coimbra: Almedina, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo judicial – Primeiras aproximações. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Ativismo Judicial e Efetividade de Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: IDP/EDB, 2016.

PEKELIS, Alessandro. The Case for a Jurisprudence of Welfare, recolhido do volume *Law and Social Action. Selectes Essays of Alexander H. Pekelis*, Cornell University Press, 1950, apud CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.