

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 06 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - Jul/Dez 2021

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2021.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriapiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19

JUDICIALIZATION OF JUDICIAL POLICY OR ACTIVISM IN FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC

Gisele Leite¹

Data da Submissão: 15/01/2021

Data da Aprovação: 05/02/2021

RESUMO: Ao contrário que afirmam alguns doutrinadores, o ativismo judicial² é presente no mundo jurídico contemporâneo, olvidando-se que a jurisdição se notabiliza por ser poder inerte, sendo instado a pronunciar-se sobre demandas que em geral envolve o descumprimento dos deveres do Estado para seus cidadãos. O texto destaca também a atuação do Judiciário em face da pandemia de Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialismo. Ativismo judicial. Jurisdição. Políticas Públicas. Teoria Geral do Direito.

ABSTRACT: Contrary to what some indoctrinators claim, judicial activism is present in the contemporary legal world, forgetting that the jurisdiction is notable for being an inert power, being urged to pronounce itself on demands that generally involve the failure of the State to fulfill its duties. citizens.

KEYWORDS: Judicialism. Judicial activism. Jurisdiction. Public policy. General Theory of Law.

Vige uma encardida poluição semântica sobre o termo “ativismo”, por vezes, se referindo a distintos fenômenos e, outras vezes, para legitimar decisões judiciais somente em razão de seu resultado.

Não se trata de inadequada invasão apenas na esfera legislativa, mas também, do

¹ Professora universitária, Mestre em Direito, Mestre em Filosofia, Doutora em Direito Civil. Leciona na FGV, EMERJ e Univer Cidade. Conselheira chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas (INPJ)

² Tanto o ativismo judicial como a judicialização necessitam de provocação do Judiciário. No ativismo há o entendimento criativo de um Tribunal, uma interpretação nova do direito, muitas vezes precedente a uma lei, interpretação legal de forma muito ampla não contemplada pela própria lei. Na judicialização, as decisões com teor político, das políticas públicas, entre outros, na qual o Poder Judiciário interfere nas decisões de outros poderes, baseado na legislação (princípios e regras). No ativismo, o Judiciário atua além da legislação sem respaldo legal e, na judicialização, o Judiciário atua além de suas competências baseado em lei.

executivo, notadamente na Administração Pública³. Há quem encare o ativismo como insidiosa incursão sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas aos outros Poderes.

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo o litígio de caráter subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva⁴ (conflitos normativos).

Robert Alexy⁵ ensina oportunamente que os princípios têm como característica fundamental o fato de que estes são normas que ordenam que algo seja feito em sua máxima possibilidade dentro das possíveis situações jurídicas e fáticas existentes, sendo mandamentos de

³ Administração Pública é o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado que procuram satisfazer as necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, etc. A administração direta é aquela exercida pelo conjunto dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Di Pietro admite que a expressão Administração Pública pode ser compreendida em sentido subjetivo, formal ou orgânico e, em sentido objetivo material ou funcional. Em sentido formal ou orgânico designa os entes que exercem a atividade administrativa, compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal; a função administrativa. Já em sentido material ou funcional designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes, nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. Segundo a doutrinadora citada (2012:50), a Administração Pública também pode ser compreendida em sentido amplo ou em sentido restrito: “a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo, Atlas, 2012.

⁴ Os conflitos de normas ocorridos durante o processo de interpretação denominam-se antinomias. Tais *busilis* podem ser solucionados através de aplicação de três critérios, a saber: hierárquico, cronológico e da especialidade. O primeiro critério solucionador de antinomias e o mais relevante é o hierárquico, pois não há o que se falar em norma jurídica inferior contrária à superior. Isto ocorre porque “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior”, por exemplo a Constituição Federal de 1988 tem caráter supralegal, na qual, as demais leis (ordinárias, complementares, etc.) devem estar em consonância aos princípios estabelecidos por ela, caso contrário será considerada inconstitucional perdendo sua efetividade.

O critério cronológico tem por fundamentado o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que regula que norma posterior revoga a anterior: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

O terceiro e último critério é o da especialidade o qual prescreve que a norma especial prevalece sobre a geral. Este critério também se encontra no artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. O princípio da especialidade tem por finalidade evitar o *bis in idem*, sendo certo que a comparação entre as normas será estabelecida in abstracto. Um exemplo que podemos citar é o conflito de parâmetros de níveis sonoros determinados em decibéis. O Decreto-Lei n. 4.657/1942, em sua redação original, tinha como ementa: “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro” (LICC). Porém, com a entrada em vigor da Lei n. 12.376/2010, o título do referido decreto-lei foi alterado para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (LINDB). Essa mudança ocorreu em virtude de a LINDB não ser parte integrante do Código Civil, e sim uma lei autônoma. As normas previstas na LINDB não regulam apenas as partes integrantes do Código Civil, mas todas as normas previstas no ordenamento jurídico. Ela não rege a vida das pessoas, como é o caso do Código Civil, mas sim as próprias normas jurídicas, alcançando tanto o direito privado, quanto o direito público.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011. p. 90.

otimização, ou seja, a satisfação proveniente dos princípios não depende apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas.

Há evidente sinalização negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento demais Poderes.

A premência vivenciada por toda sociedade nos últimos meses em face da pandemia de Covid-19, evidenciou ainda mais a inefetividade do Poder Legislativo em razão da morosidade do processo legislativo e o papel figurativo do Poder Executivo. A falta de protagonismo e de efetividade dos poderes políticos causa a expansão expressiva da atividade jurisdicional que vem atuar numa conduta ativista e garantidora de direitos e de garantias sobre as políticas públicas brasileiras.

Infelizmente, a crise extrapola o âmbito sanitário e, reverbera nas áreas da economia, educação, liberdades e garantias individuais, entre outras, requerendo uma alteração comportamental de todos os envolvidos.

Portanto, se faz necessário mudanças relativos aos hábitos de higiene, festividades e turismo e, também, ao comportamento de autoridades públicas que devem atuar com transparência e publicidade em face dos administrados. Principalmente no sentido de “dar o exemplo” na conduta e no respeito às medidas sanitárias indispensáveis para evitar a transmissão do Covid-19.

Lembremos que é impossível caracterizar uma decisão judicial que utiliza efeito aditivo que implementa política pública, ou ainda, que anula atos administrativos como mero ativismo judicial.

Christopher Wolfe⁶ afirma que o ativismo judicial é uma questão de tensão entre *judicial review* e *self restraint*. Assim, na medida em que se incrementava o campo da incidência da *judicial self restraint*, recrudescia o ativismo judicial.

Constantemente constata-se que o ativismo judicial está nos debates contemporâneos.

⁶ É presidente do *American Philosophy Institute*, que é um grupo interdisciplinar de acadêmicos de várias universidades, apoiado por líderes empresariais e profissionais locais, que promove uma filosofia pública de direito natural enraizada nos princípios da Fundação Americana - uma que busca a liberdade e prosperidade, alicerçada na integridade moral da cultura e das nossas instituições sociais e políticas. O trabalho recente do doutrinador inclui: *O Direito Natural Hoje: O Estado Atual da Filosofia perene* (Lexington Books, 2018; *Reflexões Originalistas sobre a Liberdade de Expressão Constitucional*, *SMU Law Review*, volume 71, nº3 (verão de 2019); *Natural Law and Politics* em *The Cambridge Companion to Natural Law Ethics*, Ed. Tom Angier (Cambridge University Press, 2019); *O Conceito de Justiça Judicial* (St. Augustine Press); *McCulloch versus Md. e Marschall's Constitutional Interpretation* (AEI).

Porém, não aquele ativismo clássico existente do tempo do *Chief of Justice* Earl Warren⁷ que presidiu a Suprema Corte dos EUA. Pois, naquele tempo, Warren defendera a atuação da Suprema Corte em defesa e na implantação das diretrizes constitucionais traçadas em emendas e que não eram devidamente observadas pelos Estados-membros.

Afinal, o ativismo clássico não objetivava crescer na ordem jurídica, mas acrescentar na política pública (*welfare policies*) as obrigações visando a dar incremento ao programa constitucionalmente confiado ao Poder do Estado.

O caso mais famoso é *Brown versus Board of Education*, no qual a Corte Warren deliberou que alunos negros e brancos tinham igual direito de acesso à educação, sem qualquer distinção em razão da cor da pele. Warren não enfrentou, em verdade, o argumento que negros e brancos eram iguais, porque havia certa hostilidade quanto à eliminação da escravidão em alguns Estados-membros. A análise situava sobre a perspectiva do direito à isonomia de condições no ensino público.

Outra fase da Suprema Corte dos EUA remonta ao período que fora presidida por Oliver Wendell Holmes Jr., que é considerado precursor da escola do pragmatismo⁸, observando-se em seus relatórios e votos a forte preocupação com previsibilidade que o cidadão espera e busca no sistema legal e de justiça.

Num caso concreto famoso correspondente ao julgamento de *Lochner versus New York 198 US*⁹, Holmes votou dissidente, considerando em seu voto a consequência econômica que a

⁷ Earl Warren (1891-1974) foi político e jurista norte-americano que serviu como governador da Califórnia entre 1943 a 1953 e Chefe de Justiça dos EUA de 5.10.1953 a 23.6.1969. É considerado em geral como sendo um dos juízes e líderes políticos da Suprema Corte mais influentes da história dos EUA.

⁸ O pragmatismo jurídico consiste na revivescência de movimento preponderante na esfera jurídica norte-americana, no início do século XX. o realismo jurídico que é igualmente conhecido como Jurisprudência sociológica. O pragmatismo pode ser considerado como um movimento filosófico, principalmente difundido nos Estados Unidos da América, surgido entre o final do século XIX e início do século XX. A segunda a ideia fundante do pragmatismo, o consequencialismo, impõe o exame axiológico da ação, avaliando quais serão as suas possíveis consequências, de modo que esta antevisão possibilite obter os resultados mais satisfatórios, úteis ou benéficos para a coletividade. A lição de Holmes, de que o direito é, sobretudo, experiência e não lógica pura, ou a tese de Ortega Y Gasset, de que a lógica do direito é a lógica do razoável, de certa forma guardam a essência do método sociológico que é também conhecida como a Escola Sociológica do Direito de Benjamin Cardozo e Roscoe Pound. O pensamento compartilhado aí era no sentido de que o elemento político-social deve interferir na interpretação da lei, com vistas à satisfação do interesse público e dos superiores interesses da coletividade.

⁹ *Lochner versus New York*, 198 US 45 (1905), foi uma decisão histórica da Suprema Corte dos EUA, que considerou que os limites do tempo de trabalho violavam a Décima Quarta Emenda. A decisão foi efetivamente anulada. Uma lei do estado de Nova York limitava as horas de trabalho dos funcionários da padaria a 10 horas por dia e 60 horas por semana. Uma maioria de cinco juízes considerou que a lei violava a cláusula do devido processo, afirmando que a lei constituía uma "interferência irrazoável, desnecessária e arbitrária no direito e na liberdade do indivíduo de contratar". Quatro juízes dissidentes rejeitaram essa visão, e a dissidência de Oliver Wendell Holmes Jr., em particular, tornou-se uma das opiniões mais famosas da história do direito dos Estados Unidos. *Lochner* é uma das decisões mais controversas da história da Suprema Corte e deu o nome ao que é conhecido como Era *Lochner*. Durante esse tempo, o Supremo Tribunal Federal emitiu várias decisões invalidando estatutos federais e estaduais que buscavam regular as condições de trabalho durante a Era Progressiva e a Grande Depressão. O período terminou

decisão da Suprema Corte produziria no sistema empresarial, dirimindo a impossibilidade de se alterar o ordenamento jurídico por meio da decisão jurisdicional. Talvez, este seja o primeiro exemplo de autocontenção judicial ou *judicial self-restraint*.

A decisão da Suprema Corte em *Lochner versus Nova York* foi criticada por juristas. O professor de Direito Bernard Siegan o descreveu como "um dos casos mais condenados da história dos Estados Unidos". E, segundo o *Center for American Progress*, tanque ideológico de esquerda, os professores de Direito costumam usar *Lochner*, juntamente com *Plessy versus Ferguson* e *Korematsu versus United States*, como exemplos de "como os juízes não devem se comportar".

Lochner é, às vezes, usado como uma abreviatura para a teoria constitucional de extrema direita. No entanto, tem sofrido duras críticas de juristas conservadores e libertários também desde que *Lochner* adotou o devido processo legal substantivo, uma doutrina que estava possivelmente em conflito com o entendimento original da Constituição.

Por exemplo, o conservador acadêmico jurídico Robert Bork¹⁰ chamou a decisão de "abominação" e "quintessência da usurpação judicial do poder". Da mesma forma, o ex-procurador-geral Edwin Meese¹¹ disse que a Suprema Corte "ignorou as limitações da Constituição e usurpou descaradamente a autoridade legislativa".

Bernard Siegan¹², um autodenominado libertário, descreveu-o como "um símbolo de abandono judicial e abuso". No entanto, a decisão também atraiu defensores de libertários: o *Cato*

com *West Coast Hotel Co. versus Parrish* (1937), no qual a Suprema Corte manteve a constitucionalidade da legislação de salário mínimo promulgada pelo Estado de Washington.

¹⁰ Robert Heron Bork (1927-2012) foi juiz norte-americano, funcionário do governo e acadêmico jurídico que serviu como Procurador-Geral dos EUA de 1973 a 1977. Professor da Escola de Direito de Yale por ocupação, e mais tarde serviu como juiz no influente Tribunal de Apelações dos EUA para o Circuito de DC de 1982 a 1988. Em 1987, o presidente Ronald Reagan indicou Bork para a Suprema Corte dos EUA, mas o Senado dos EUA rejeitou sua nomeação.

¹¹ Edwin Meese III é um advogado norte-americano, professor de Direito, autor e membro do Partido Republicano que ocupou cargos oficiais na administração governamental de Ronald Reagan, na Equipe de Transição Presidencial Reagan e a Casa Branca Reagan (1981-1985), eventualmente subindo para ocupar o cargo de 75º Procurador-Geral dos EUA (1985-1988), cargo do qual renunciou após o escândalo Wedtech.+

¹² Bernard H. Siegan (1924-2006) foi professor de direito de longa data na Escola de Direito da Universidade de San Diego, teórico jurídico libertário e ex-nomeado juiz federal para o Tribunal de Apelações dos EUA para Novo Circuito. O *New York Times* chamou a nomeação de Siegan como uma das nomeações judiciais mais amargamente disputada na Era Reagan.

Institute e os estudiosos Richard Epstein¹³ e Randy Barnett¹⁴, que argumentam que ela protegeu corretamente a liberdade econômica.

Em nosso país, há um conjunto de decisões ativistas que incutiram a crença de que cabe ao Poder Judiciário colmatar o ordenamento jurídico quando seja omissivo ou falho quanto à regulamentação do exercício de direitos. O grande embaraço é que representa um caminho sem retorno, pois aos poucos, o Judiciário assume o poder político concentrado no Legislativo e, passa, não a buscar a concretização das determinações constitucionais, mas sim, a inovar no ordenamento jurídico.

A principal questão que é imposta refere-se à reciprocidade das decisões judiciais, e sua repercussão, eis que são tomadas com base no voto de juízes singulares, colegiados de três ou cinco membros, ou ainda, no caso da plenária do Supremo Tribunal Federal, composta por onze ministros¹⁵.

¹³ Richard Allen Epstein é estudioso do direito americano conhecido por seus escritos sobre temas como delitos, contratos, direitos de propriedade, direito e economia, liberalismo clássico e libertarianismo. Epstein é atualmente Laurence A. Tisch Professor de Direito e diretor do *Classical Liberal Institute da New York University*, Peter e Kirsten Bedford Senior Fellow na *Hoover Institution* e James Parker Hall *Distinguished Service*, Professor emérito de Direito e conferencista sênior na Universidade de Chicago. Os escritos de Epstein influenciaram amplamente o pensamento jurídico americano. Em 2000, um estudo publicado no *The Journal of Legal Studies* identificou Epstein como o 12º acadêmico jurídico mais citado do século XX. Em 2008, ele foi escolhido em uma pesquisa feita pela Legal Affairs como um dos pensadores jurídicos mais influentes dos tempos modernos. Um estudo de publicações jurídicas entre 2009 e 2013 revelou que Epstein foi o terceiro estudioso jurídico americano mais citado durante esse período, atrás apenas de Cass Sunstein e Erwin Chemerinsky. Ele é membro da Academia Americana de Artes e Ciências desde 1985.

¹⁴ Randy Evan Barnett é jurista e advogado norte-americano. Atua como professor na Patrick Hotung de Direito Constitucional na Universidade de Georgetown, onde ensina Direito Constitucional e Contratos, sendo o Diretor do Centro de Constituição de Georgetown. As publicações de Barnett incluem onze livros, mais de cem artigos e resenhas, bem como numerosos *op-eds*. Seu livro mais recente é “Uma introdução ao direito constitucional”: 100 casos da Suprema Corte que todos devem saber] (2019) (com Josh Blackman). Seus outros livros sobre a Constituição são Restaurando a Constituição perdida: A Presunção da Liberdade (2ª ed. 2013), A Estrutura da Liberdade: Justiça e o Estado de Direito (2ª ed. 2014), Nossa Constituição Republicana: Garantindo a Liberdade e a Soberania de We the People (2016) e Constitutional Law: Cases in Context (3ª ed. 2018) (com Josh Blackman). Seus livros sobre contratos são *The Oxford Introductions to US Law: Contracts* (2010), *Contracts: Cases and Doctrine* (6ª ed. 2016) (com Nate Oman).

¹⁵ A Suprema Corte aceitou o argumento de que a cláusula do devido processo protegia o direito de contratar sete anos antes em *Allgeyer versus Louisiana* (1897). No entanto, a Corte havia reconhecido que o direito não era absoluto, mas sujeito ao poder de polícia dos Estados. Por exemplo, em *Holden versus Hardy* (1898), a Suprema Corte manteve uma lei de Utah estabelecendo um dia de trabalho de oito horas para os mineiros. Em *Holden*, o juiz Henry Billings Brown escreveu que, embora "o poder policial não possa ser apresentado como desculpa para legislação opressora e injusta, pode ser legalmente utilizado com o propósito de preservar a saúde, segurança ou moral públicas". A questão enfrentada pela Suprema Corte em *Lochner* era se a Lei *Bakeshop* representava um exercício razoável do poder de polícia do Estado.

O caso de *Lochner* foi defendido por Henry Weismann, que foi um dos principais defensores da Lei *Bakeshop* quando era secretário do Sindicato dos Padeiros de *Journeymen*. Em seu relatório, Weismann condenou a ideia de que "a liberdade valorizada do indivíduo, deve ser varrida sob o disfarce do poder de polícia do Estado". Ele negou o argumento de Nova York de que a Lei *Bakeshop* era uma medida de saúde necessária, alegando que "a padaria comum dos dias atuais é bem ventilada, confortável tanto no verão quanto no inverno, e sempre com um cheiro doce". O relatório de Weismann continha um apêndice com estatísticas mostrando que as taxas de mortalidade dos padeiros eram comparáveis às dos profissionais de colarinho branco.

Ressalte-se que a representatividade é nula, pois os ministros da Suprema Corte não foram eleitos, e suas decisões não possibilitam a discussão consensual das repercussões de votos e do caminho que é adotado, os seus reflexos econômicos e, ainda, o ensejo democrático. (In: QUINAIA, Cristiano A. *Judicial self-restraint: relacionamento do judiciário com políticas públicas*. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/judicial-self-restraint/> Acesso em 11.1.2021).

Exemplificando, há o julgamento do Recurso Extraordinário 363889, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu-se que, após vinte anos do trânsito em julgado de decisão que negou o reconhecimento da paternidade, era possível reabrir o caso, para a realização do moderno no exame de DNA.

Nesse caso, foram vencidos o Ministro Marco Aurélio e o Ministro César Peluso. Ambos fizeram autocontenção, ao sustentarem que o efeito prático da decisão seria nenhum, porque não poderia o Judiciário coagir o suposto pai ao exame de DNA. Também afirmou que não poderia o Judiciário mitigar a coisa julgada que é garantia soberana de segurança.

Enfim, para estabelecer a justiça no caso, o STF afastou a coisa julgada, ou seja, renunciou a garantia soberana da coisa julgada e seu efeito pacificador em prol da segurança jurídica.

Convém lembrar que o artigo 139, IV CPC/2015 outorgou aos juízes o poder de determinar medidas executivas atípicas para implementação de suas decisões. Trata-se de cláusula aberta¹⁶ que instiga à imaginação de decisões capazes de causar prejuízo irreversível aos jurisdicionados, como é o caso da suspensão de carteira de habilitação, de alvará de funcionamento e até bloqueio de CNPJ.

Em 2018, o Congresso Nacional aprovou reforma da LINDB (Lei de Introdução às

¹⁶ Leciona Fredie Didier Jr. que há distinção entre cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado é sutil, porém, é existente. Pois ambos pertencem ao gênero conceito vago. No conceito jurídico indeterminado, o legislador não confere ao juiz a competência para criar o efeito jurídico do fato cuja hipótese de incidência é composta por termos indeterminados; já na cláusula geral, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, ainda é conferida ao magistrado a tarefa de criar o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência daquela hipótese normativa.

Rodrigo Mazzei ainda complementa que: "Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo na norma; é compelido também fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é reduzido, pois, com mera e simples enunciação abstrata, o juiz após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal. (In: Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes; RACHEL, Andrea Russar. Como diferenciar a cláusula geral do conceito jurídico indeterminado? Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1886442/como-diferenciar-a-clausula-geral-do-conceito-juridico-indeterminado-andrea-russar-rachel> Acesso em 11.1.2021).

Normas de Direito Brasileiro) para dispor sobre barreiras à atividade jurisdicional, bem como, impondo que ao decidir os magistrados igualmente fundamentem a consequência de sua decisão, ou seja, quem e o quê são atingidos por esta (vide o artigo 20 na redação dada pela Lei 13.655/2018).

Não se trata de cercear ou coibir a atividade jurisdicional, mas afixar o pragmatismo como ferramenta de autocontenção e de autoanálise do próprio Judiciário, seguindo a doutrina inaugurada por Oliver Wendell Holmes Jr.

Na dicção de Mark Tusner¹⁷ o próprio controle de constitucionalidade gera um problema para o constitucionalismo porque para impor limites ao poder governamental, o controle é feito em detrimento do autogoverno do povo sobre seus atos.

Identifica-se três grandes fases do desenvolvimento da *judicial review*. A primeira decorre do advento da Constituição até o surgimento efetivo da *judicial review*, por meio do *Marbury versus Madison*¹⁸.

A segunda fase tem caráter nitidamente mais restritivo sendo marcada por declínio da *judicial review* e por uma constante utilização do original controle de constitucionalidade.

A terceira fase consolida-se principalmente a partir da segunda metade do século XX com maior atuação da Suprema Corte na proteção dos direitos assegurando, inclusive, aqueles

¹⁷ Mark Turner é cientista cognitivo, linguista e autor. É professor do Instituto e professor de ciência cognitiva na *Case Western Reserve University*. Ele ganhou um *Anneliese Maier Research Prize* da *Alexander von Humboldt Foundation* (2015) e um *Grand Prix* da Academia Francesa (1996) por seu trabalho nessas áreas. Turner e Gilles Auconnier fundaram a teoria da combinação conceitual, apresentada em livros e enciclopédias. Em *Linguística Cognitiva*, Combinação conceitual, também chamada de integração conceitual ou aplicação de visão, é uma teoria da cognição desenvolvida por Gilles Fauconnier e Mark Turner. De acordo com essa teoria, elementos e relações vitais de diversos cenários são "mesclados" em um processo subconsciente, que se supõe onipresente no pensamento e na linguagem cotidianos. Muito parecido com a memética, é uma tentativa de criar uma descrição unitária da transmissão cultural de ideias.

¹⁸ Aduz Marshall, brilhantemente, em sua decisão, que a Constituição norte-americana teria atribuído à Suprema Corte a competência originária para analisar todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros públicos e os cônsules, bem como as ações em que for parte um Estado. Nas demais causas, teria a Corte competência revisional, em grau de recurso. Nesse sentido, verificava-se um conflito de normas entre a Constituição Americana e a Seção 13 do *Judiciary Act*. O questionamento que se fazia, por óbvio, era o que deveria prevalecer: a carta magna ou uma lei federal? John Marshall, em sua decisão, se encarrega de pacificar a questão. Argumenta Marshall, em apertada síntese, que, na hierarquia das leis, impera a Constituição dos EUA, estando os tribunais, bem como os demais departamentos, vinculados a ela. Deste modo, toda lei que contrarie a Constituição deveria ser declarada nula. Assim, decide Marshall, incidentalmente (*incidentally*), pela inconstitucionalidade da Seção 13 do *Judiciary Act*, no ponto em que contraria os preceitos da Constituição Americana. Declarou-se a inconstitucionalidade de uma lei, sem a análise do mérito propriamente dito. Percebam que Marshall, ao proferir tal decisão não adentrando no mérito, não profere, em tese, entendimento favorável a nenhum dos dois polos, de modo a não gerar, para ele, conflitos políticos com os dois partidos. Criou-se, assim, um novo modelo de controle de constitucionalidade: o controle difuso, que pode ser entendido, portanto, como aquele que é realizado incidentalmente, num caso concreto, prejudicando o exame de mérito. In: BOAVENTURA, Thiago Henrique. Conheça o caso *Marbury vs. Madison*. Disponível em: <https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/451428453/conheca-o-caso-marbury-vs-madison> Acesso 11.1.2021.

que não teriam previsão constitucional expressa. Tal fase também é marcada por decisões que apregoavam a isonomia com o fito de eliminar discriminações raciais e sexistas.

Cabe examinar a evolução do ativismo em face do common law, investigando a relação do ativismo com a *judicial review*, e institutos afins, tais como o *legislative override / notwithstanding clause* do Canadá.

A Seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades faz parte da Constituição do Canadá. É comumente conhecida como a cláusula independente ou *la clausula nonobstant* (em francês) ou com poder de anulação que permite que o Parlamento ou legislaturas provinciais anule temporariamente certas partes da carta constitucional.

O Parlamento do Canadá, a legislatura provincial ou legislatura territorial pode declarar que uma de suas leis ou parte desta, se aplica temporariamente (não obstante) seções de contra-ordenação da Carta, anulando assim qualquer revisão judicial ao anular as proteções da Carta por um período ilimitado período de tempo.

No entanto, os direitos a serem anulados devem ser um direito fundamental garantido na Seção 2 (tais como a liberdade de expressão, religião e igualdade). Outros direitos, como a Seção 6 prevê como os direitos de mobilidade, direitos democráticos e direitos de linguagem são invioláveis.

Tal declaração caduca após cinco anos ou menos especificado na cláusula, embora o legislador possa reeditar a cláusula qualquer número de vezes. A justificativa por trás de uma data de expiração de cinco anos é que também é o período máximo de tempo que o Parlamento ou a legislatura podem se reunir antes de uma eleição ser convocada.

Portanto, se o povo deseja que a lei seja revogada, ele tem o "direito" de eleger representantes que irão realizar a vontade do eleitorado. (As disposições da Carta que tratam das eleições e da representação democrática (§§3–5) não estão entre as que podem ser anuladas pela cláusula não obstante (§§2,7–15).)¹⁹

A cláusula de não obstante reflete o caráter híbrido das instituições políticas canadenses. Na verdade, ele protege a tradição britânica de supremacia parlamentar sob o sistema americano de direitos constitucionais escritos e tribunais fortes introduzidos em 1982.

¹⁹ Duas províncias do Canadá usaram o poder de anulação. Saskatchewan o usou para forçar funcionários provinciais a trabalhar e permitir que o governo pagasse para não-católicos frequentarem uma escola católica, e Quebec o usou para permitir que o governo restringisse a linguagem dos sinais. Nenhum dos usos foi renovado e, portanto, cada um deles expirou após cinco anos. Saskatchewan e Quebec introduziram uma nova legislação que invoca a substituição e ainda pode entrar em vigor em outubro de 2019. Quatro jurisdições - Yukon, Alberta, Ontário e New Brunswick - introduziram projetos de lei que invocaram a anulação, mas nunca entraram em vigor por vários motivos. Outras províncias e territórios, e o governo federal, não o usaram.

O ex- primeiro-ministro Jean Chrétien²⁰ também o descreveu como uma ferramenta que poderia proteger contra uma decisão da Suprema Corte legalizar o discurso de ódio e a pornografia infantil como liberdade de expressão.

Legislative override ou *Notwithstanding clause* constitui as designações doutrinárias para descrever o dispositivo na Seção 33, da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Desta forma, por meio da *legislative override*, o Parlamento possui a possibilidade de imunizar a lei em relação a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo renovável de cinco anos. Já a *Notwithstanding clause* tem sido raramente utilizada, em sua força pleno pelo Parlamento Canadense.

Contudo, sua presença criou um diferenciado sistema de *judicial review* (*weak judicial review* – fraca revisão judicial), em que o Parlamento dialoga com maior frequência com o Judiciário para se definir o alcance e a inconstitucionalidade de determinadas leis.

O jurista norte-americano é favorável a uma modalidade moderada de *judicial activism*, mediante a qual a *judicial review* seria utilizada para proteger direitos individuais, resguardar minorias, impulsionar reformas sociais, e liminar discriminações ilegais, bem como fulminar as leis inconstitucionais.

Há, portanto, o ativismo na dimensão macroestrutural e na micro (decisória). Nessa última dimensão, o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF+ lei) como critério decisório por um voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, religioso, moral e, etc.

Por outro viés, na dimensão macro ou estrutural, o ativismo traz a caracterização do fenômeno da juristocracia ou a própria supremacia judicial.

Portanto, a dimensão macro do ativismo (doravante, ativismo judicial material), refere-se à provimentos judiciais de natureza final envolvendo a concretização de direitos materiais invocados em juízo, um fenômeno contemporâneo que pode ser verificado em pronunciamentos de qualquer Tribunal do Poder Judiciário, especialmente os de cúpula, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Além disso, segundo a doutrina, o ativismo judicial material é fruto de uma postura puramente ideológica do julgador.

Já a dimensão micro do ativismo judicial, ou seja, ativismo judicial no ritualismo processual, refere-se aos pronunciamentos judiciais (despachos de mero expediente e decisões

²⁰ Jean Chrétien é estadista canadense. Foi o vigésimo primeiro-ministro do Canadá de 4.11.1993 a 12.12.2003, sob a bandeira do partido liberal do Canadá. Foi elemento membro do Parlamento nas eleições federais de 1963, ocupou vários cargos ministeriais, notadamente nos governos de Lestes B. Pearson e Pierre Elliott Trudeau, bem como de vice-primeiro ministro do Canadá por alguns meses em 1984 sob John Turner. Retirou-se desde 2004, Chrétien é conhecido por sua promoção da unidade canadense e a luta contra a soberania de Quebec.

interlocutórias) que resolve matérias envolvendo a marcha processual. Tal fenômeno da experiência brasileira pode ser verificado, especialmente, nos pronunciamentos dos juízes de primeira instância, tanto titulares quanto substitutos.

Desta forma, sua principal diferença com o ativismo material está em suas causas, pois o ativismo no ritualismo processual, embora se relacione com o neoprocessualismo²¹, é resultado da presença de resquícios funcionais do CPC de 1973 (Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973, revogada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou "em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial", conforme art. 1.045) e de duas das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (EC 45/2004), uma de fato e outra de direito, quais sejam: 1º) a positivação do direito fundamental à celeridade processual; 2º) e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²².

Conforme, esclarece Paulo Sérgio Souza Andrade (2014) *in litteris*:

"... a EC 45/2004 promoveu um redesenho institucional do Poder Judiciário brasileiro, ao instituir uma política de incentivos negativos, consubstanciada em punições cominadas à magistratura em razão da baixa produtividade. O CNJ, além do controle externo, também fomenta o controle social, visto que recebe e apura reclamações e denúncias contra magistrados da sociedade civil. Com efeito, a relação jurídica havida entre o Estado e juiz não pode mais ser concebida como uma relação de apresentação, como tradicionalmente se concebe, mas sim como uma relação de mandato. Vale dizer, o magistrado não pode ser mais tido apenas como a personificação do Estado, mas, acima de tudo, como um representante do Estado, em nome de quem age. Destarte, de acordo com a visão tradicional, o juiz seria um órgão investido de parcela do poder jurisdicional do Estado, a fim de promover a pacificação social. Hoje, todavia, resta mais claro que o juiz é um agente público como os demais, com a particularidade de funcionar em nome do Estado, praticando atos e administrando interesses da justiça, o que justificaria os poderes e as prerrogativas adquiridos em função do cargo que titulariza e do encargo recebido." In: ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. *Ativismo Judicial no ritualismo processual*. Direito Público. v.10, n.57, p. 09-26. Acesso em 10.1.2021.

²¹ O Neoprocessualismo é caracterizado pela aproximação de institutos processuais aos ditames previstos na Constituição Federal vigente, sendo um relevante fenômeno manifestado no direito processual pátrio através da Lei 13.105/2015 fruto da busca no estreitamento da efetivação de direitos e garantias fundamentais dentro do processo. In: LEITE, Gisele. Neoprocessualismo e o Contraditório. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/o-neoprocessualismo-e-o-contraditorio#:~:text=O%20Neoprocessualismo%20%C3%A9%20caracterizado%20pela,direitos%20e%20garantias%20fundamentais%20dentro> Acesso em 10.1.2021.

²² Destaque-se que a constitucionalização dos direitos e garantias processuais não pode ser tratada como mero fenômeno, pois retira a centralidade do ordenamento processual e ressalta o caráter publicístico do processo.

Assim, ocorre o gigantismo do Judiciário em face dos demais poderes instituídos. Obviamente sempre o STF realiza o controle de constitucionalidade e, ipso facto, julga inconstitucional a lei por meio de ADIn, listando a interferir diretamente na esfera do legislativo.

Todavia, essa interferência pertence a nossa engenharia constitucional. E, o referido controle além de ter sido previsto pelo Poder Constituinte Originário, sendo regulamentado pela lei nos termos da Constituição vigente.

Conclui-se, portanto, que a interferência do Judiciário especialmente o STF em face do Legislativo e do Executivo, sem autorização constitucional, configuram a invasão de competência e a violação à separação de poderes, concretizando in casu, a faceta ou dimensão macro do ativismo.

São paradigmáticas as decisões do STF que determinaram, ainda em sede liminar, sobre o Presidente da Câmara e do Senado.

O STF vem modificando seu entendimento hermenêutico na direção de decisões mais criativas, valorativas e inovadoras de direitos e de posições jurídicas fundamentais, o que demonstra ser uma inserção transformativa no papel do Direito e no papel da Corte dentro da nova ordem política e democrática que emergiu com a Constituição brasileira de 1988.

Essa progressista postura hermenêutica somada ainda aos seus novos poderes de decisão, principalmente, à ampla eficácia vinculante de suas decisões, tem sido decisiva para o crescimento do ativismo judicial, na tarefa de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Carlis Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal 2012.376.f Tese de Doutorado Curso de Pós-graduação em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2012).

Em 2019, o STF protagonizou importantes decisões seja na esfera penal, social e econômica. O primeiro dos julgamentos que começou em fevereiro e terminou em junho, quando o STF equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo. A decisão gerou mal-estar com o presidente atual e também com o Legislativo, que acusou a Corte de usurpar sua competência ao criar um tipo penal. E, os membros do referido tribunal, entretanto, defenderam que houve omissão do Congresso e que a decisão fora resultante de mera interpretação da Constituição.

Merece destaque ainda, que o STF passou a entender como delito de apropriação indébita tributária quando a empresa deixa de quitar débitos de ICMS, mesmo se da dívida for declarada, e não houver acusação de fraude. E, os críticos à decisão acusaram de ser a criação de tipo penal e que abriu precedentes: prisão por dívida que é proibida pela Constituição vigente.

Novamente na esfera penal, o STF teve atritos com o Ministério Público. Na primeira derrota que impôs à Operação Lava-Jato, o plenário decidiu que a Justiça Eleitoral é quem deve julgar crimes comuns conexos com os eleitorais. Mais tarde, decidiu que, em ações em que existam corréus delatores e delatados, os delatados devem falar por último. O mais julgamento, no entanto, terminou em novembro de 2019, quando o STF decidiu que a execução da pena só deve ser feita após o trânsito em julgado, derrubando a prisão depois da segunda instância e, colocando em liberdade o ex-presidente Lula.

Noutra feita, o STF decidiu que a venda do controle acionário de subsidiárias de estatais não exige lei específica e nem de licitação tradicional. Na ocasião, a Corte ainda ressaltou que a venda do controle acionário de estatais precisa seguir a dois critérios, a saber: aval do Congresso Nacional e processo licitatório.

Tal decisão da Suprema Corte foi considerada um verdadeiro marco para o bilionário plano do governo de privatizações, que deve obter maior ênfase após a reforma da Previdência Social e, atende ao que atual governo esperava, uma vez que permite assim modelo mais flexível para as subsidiárias que são o principal foco da equipe econômica. O entendimento também deve ser adotado por Estados e Municípios.

Os ministros discutiram as ADIs 5624, 5846, 5924 e 6029, que questionam dispositivos da Lei 13.303/2016, a chamada Lei das Estatais. A lei trata do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

O STF invalidou pela primeira vez uma mudança trazida pela reforma trabalhista de Michel Temer, a Lei 13.467/2017. Por dez votos a um, o plenário decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo que permite que grávidas trabalhem em atividades insalubres.

Os ministros entenderam que o artigo 394-A da Lei 13.467/2017 viola a proteção constitucional à criança e à maternidade e a igualdade de gênero. Com isso, na prática, voltou a valer o afastamento imediato em qualquer grau de insalubridade. A decisão foi tomada na ADI 5.938, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. O ministro Marco Aurélio foi o único a votar em sentido contrário.

Nos votos, alguns ministros deram sinais do que pensam sobre a reforma trabalhista, que é questionada em dezenas de ações no STF ainda pendentes de julgamento. Este foi o segundo tema da reforma julgado pelo Plenário – no ano passado, no entanto, a Corte decidiu favoravelmente a ela: é constitucional o fim da contribuição sindical obrigatória.

O atual Presidente da República sofreu sua primeira derrota no STF, que suspendeu

liminarmente parte de Medida Provisória que extinguiu dezenas de conselhos populares. O plenário decidiu que o presidente não pode dissolver, por meio de decreto, conselhos e colegiados da administração pública federal que foram criados por lei.

Com a decisão, o Presidente da República só poderá extinguir os conselhos criados por decretos, portarias, atos de outros colegiados ou qualquer outra norma infralegal. A extinção dos conselhos constava da MP 870.

Em maio, o plenário do STF decidiu que juízes não podem obrigar o poder público a fornecer medicamentos experimentais ou sem registro na Anvisa, mas fixou critérios de excepcionalidades que poderão ser analisadas pelo Judiciário. O caso começou a ser julgado em 2016. O Supremo Tribunal Federal entendeu ainda que ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União, já que se trata de um órgão federal.

Ficou estabelecido que é possível excepcionalmente a concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411 de 2016) quando preenchidos três requisitos, a saber: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; 3) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Em outubro, o STF finalizou um julgamento antigo que preocupava Estados, municípios, União e credores de precatórios, e que afetou mais de 170(cento e setenta) mil processos no país.

Na ocasião, o plenário decidiu por maioria que o IPCA-E deve ser utilizado como índice de correção monetária nos débitos judiciais da Fazenda Pública, mesmo no período da dívida anterior à expedição do precatório, entre 2009 e 2015. Foram 6 votos a 4, pelo índice de correção mais favorável ao credor para correção de débitos contra a Fazenda Pública que ainda estão *sub judice*.

A maioria dos ministros rejeitou a modulação de efeitos que estados e União pediam para que a Taxa Referencial (TR) fosse aplicada no período de 2009 a 2015 — e somente depois disso, o IPCA-E. Os embargos começaram a ser julgados em dezembro de 2018 e foram interrompidos duas vezes por pedidos de vista.

Em março, já havia sido formada maioria de seis votos contra a modulação, mantendo o IPCA-E entre 2009 e 2015 nos processos que tramitavam, antes mesmo da emissão do precatório, mas o ministro Gilmar Mendes pediu vista.

A corrente vencedora foi inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes que era o

relator, Ministro Luiz Fux votou pela aplicação da TR no período. Para o Ministro Moraes, aplicar a TR seria contra a segurança jurídica e o interesse social, e geraria uma sensação de “ganhou mais não levou” para os credores. Em sua visão, a TR não repõe a perda de valor da moeda.

Um tema que, ao contrário de muitos que passam pelo tribunal, foi decidido de forma unânime, foi a constitucionalidade do sacrifício de animais em cultos religiosos. Os ministros julgaram improcedente um recurso que questionava lei estadual do Rio Grande do Sul que permite a sacralização de animais em rituais religiosos, destacando as religiões de matriz africana.

A sessão de 28 de março foi marcada por discursos em defesa da liberdade religiosa e acompanhada de perto por representantes de religiões de matriz-africana que, com vestes típicas, ocupavam a maior parte das cadeiras no plenário. No fim do julgamento, os presentes aplaudiram de pé a decisão.

O julgamento teve início ainda em 2018, mas foi interrompido por pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso. Por fim, a seguinte tese foi promulgada: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício de animais em religiões de matriz africana”.

O ano de 2020 foi um ano atípico e fora assim mesmo para o Supremo Tribunal Federal. Antes, existiam as sessões presenciais que passaram a se realizarem por meio videoconferência, o plenário virtual aumentou a quantidade de julgamentos e, a Corte Suprema passou a ter central atuação na pandemia da Covid-19, onde ações e omissões relacionadas com a pandemia foram avaliadas.

O Tribunal Supremo deu aval para Estados e Municípios agirem, proibiu campanhas pedindo o fim do distanciamento social, determinou ações para proteger indígenas, restringiu operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro, garantiu a divulgação diária dos dados epidemiológicos, revogou normas que limitavam o acesso à informação e, ainda, validou acordos de redução salarial mesmo sem a participação sindicato.

Mereceram destaque dois inquéritos. Um destes investiga o atual Presidente da República por suposta tentativa de ter interferido politicamente na Polícia Federal. O segundo inquérito investiga as ameaças e notícias falsas (Fake News) contra a Corte e seus ministros. A referida investigação acabou atingindo aliados do governo e foi validada plenamente pelo Plenário do STF, por maioria expressiva.

Logo no início de 2020, o governo se encontrava no segundo ano de seu mandato e, também correspondeu aos primeiros momentos da crise da pandemia do coronavírus no Brasil, o atual Presidente da República passou a ser investigado, é o inquérito 4.831 que foi aberto depois

que uma das pessoas que tanto o ajudou a eleger, o ex-juiz Sérgio Moro, deu declarações explícitas à imprensa de que o Presidente da República teria tentado interferir na Polícia Federal em prol de objetivos pessoais.

No final de abril de 2020 estremececeram as relações existentes entre a Presidência da República e o STF. Com o fim de anunciar e justificar sua saída do governo federal, Moro chamou coletiva de imprensa em 24 de abril e, nessa ocasião, afirmou que o presidente tentara ter alguém de seu contato pessoal na Polícia Federal, para poder ligar e colher os relatórios de inteligência e que demonstrou preocupação com os inquéritos que tramitam no STF.

Pouco tempo depois da referida coletiva, o Procurador-Geral da República, Dr. Augusto Aras solicitou a abertura de inquérito, em 27 de abril, o então decano da Corte, Ministro Celso de Mello determinou a abertura da investigação da suposta ocorrência dos crimes de falsidade ideológica, coação no curso do processo, advocacia administrativa, prevaricação, obstrução de Justiça, corrupção passiva privilegiada e, por parte de Moro, denúncia caluniosa e crime contra a honra.

Em menos de trinta dias mais tarde, o Ministro Celso de Mello liberou o vídeo da reunião ocorrida entre o Presidente da República e seus ministros em 22 abril, ocasião onde foram falados mais de quarenta palavrões entre outras injúrias de mau gosto. O encontro fora citado por Moro em depoimento à Polícia Federal como sendo o momento crucial que explicitou as interferências do presidente na instituição em benefício próprio e da sua família.

Já em 5 de maio de 2020, o decano determinou a oitiva de três nomes do primeiro escalão do governo atual, a saber: os ministros Luiz Eduardo Ramos (Secretaria de Governo); Augusto Heleno (Gabinete de Segurança Institucional da Presidência); Braga Netto (Casa Civil). E, ainda determinou que o planalto entregasse a cópia do material.

Somente em 8 de maio o governo entregou o vídeo ao ministro relator, que decretou sigilo temporário do material. A defesa de Moro solicitou a divulgação integral do vídeo. A AGU preferia que o ministro Celso divulgasse apenas alguns trechos específicos. E, Aras opinou que a liberação do vídeo seria dar palanque precoce às eleições de 2022.

Em 22 de maio, finalmente, a reunião foi integralmente divulgada. E, o inquérito segue em tramitação na Suprema Corte, que ainda precisa decidir quando o presidente deverá prestar depoimento pessoal.

Em 15 de abril de 2020, o STF referendou em liminar do Ministro Marco Aurélio Mello que decidiu que Estados e Município possuem competência para tomar medidas com objetivo de conter a pandemia de Covid-19. O STF definiu, nessa ocasião, que tais entes da federação podem

determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União possa interferir no assunto.

A decisão fora proferida na ADI 6.341, ajuizada pelo PDT, na qual o partido pedia a suspensão da Medida Provisória 925/2020 a respeito de procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos. O PDT pedia a declaração de inconstitucionalidade da MP 926 editada pelo Presidente em 20 de março por entender que a norma desrespeita o preceito constitucional da autonomia dos entes federativos e foi editada com a finalidade política de atingir os governadores.

Em 6 de dezembro de 2020, o STF julgou inconstitucional a possibilidade de reeleição dos presidentes da Câmara e do Senado. E, tal resultado impede que Rodrigo Maia (DEM-RJ) e Davi Alcolumbre (DEM-AP) venham disputar a reeleição para os comandos da Câmara e do Senado, respectivamente.

O julgamento foi um dos mais relevantes na seara política neste ano, já que impacta diretamente na sucessão do comando do Congresso de 2021 a 2022. As Casas Legislativas esperavam aval para decidir a questão internamente, mas não obtiveram sucesso. Votaram contra a possibilidade de reeleição os Ministros Marco Aurélio, as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Edson Fachin.

Ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, que relatou o processo, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Nunes Marques e Alexandre de Moraes. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524 foi movida pelo PTB contra possíveis interpretações dos regimentos internos da Câmara que permitissem a reeleição de Maia e Alcolumbre.

Em duas ocasiões, o STF atuou para limitar as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia da Covid-19. Inicialmente, o ministro Edson Fachin concedeu uma liminar em 5 de junho, para proibir o estado, sob pena de responsabilização civil e criminal, de seguir com operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro enquanto durar a pandemia do coronavírus, “salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”.

Em 5 de agosto, no plenário virtual, o STF referendou a decisão. Já no dia 18 de agosto, o plenário do STF determinou, por 7 votos a 3, algumas mudanças nas operações policiais em favelas do Rio de Janeiro. A Corte fixou a restrição do uso de helicópteros em operações policiais, o respeito a certas regras para operações em localidades próximas a escolas, creches, hospitais ou postos de saúde e que os agentes de segurança preservem todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais. Também foi fixado que, sempre que houver suspeita de envolvimento de

agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do Ministério Público competente, e não da corregedoria da própria polícia.

Em duas ocasiões, o STF atuou para limitar as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia da Covid-19. Inicialmente, o ministro Edson Fachin concedeu uma liminar em 5 de junho, para proibir o estado, sob pena de responsabilização civil e criminal, de seguir com operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro enquanto durar a pandemia do coronavírus, “salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”.

Em 5 de agosto, no plenário virtual, o STF referendou a decisão. Já no dia 18 de agosto, o plenário do STF determinou, por 7 (sete) votos a 3 (três), algumas mudanças nas operações policiais em favelas do Rio de Janeiro.

A Corte fixou a restrição do uso de helicópteros em operações policiais, o respeito a certas regras para operações em localidades próximas a escolas, creches, hospitais ou postos de saúde e que os agentes de segurança preservem todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais. Também foi fixado que, sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do Ministério Público competente, e não da corregedoria da própria polícia.

Em 8 de junho, o Ministro Alexandre de Moraes determinou que o Ministério da Saúde mantivesse, de forma integral, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à Covid-19 no *site* oficial, como fazia até o dia 04 de junho, inclusive com “os números acumulados de ocorrências”.

O governo havia decidido mudar o critério de divulgação de casos e mortes. Além disso, o site do Ministério da Saúde chegou a ficar fora do ar por um dia inteiro. A pasta também deixou de fazer coletivas de imprensa diárias para divulgar os dados, que começaram a sair cada dia mais tarde. Diante de um possível “apagão de dados”, o PSOL, PCdoB e Rede ajuizaram a ADPF 690 no STF.

O Ministro Alexandre de Moraes acolheu o pedido dos partidos para determinar a divulgação como era realizada anteriormente. Na decisão, Moraes disse que a gravidade da emergência causada pela pandemia da Covid-19, “exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde”. Em sessão virtual realizada de 13 a 21 de novembro, o plenário referendou a liminar de Moraes, por

unanimidade.

Durante as primeiras semanas da pandemia no Brasil, o governo federal publicou no Diário Oficial da União várias medidas provisórias relacionadas ao combate à disseminação da Covid-19. Muitas foram questionadas no STF, como foi o caso da MP 926 e também da MP 966. Esta última, publicada em 15 de maio, isentava agentes públicos de responsabilização por erros que viessem a cometer ao lidar com a crise sanitária e econômica em decorrência da pandemia.

De acordo com o texto da MP, os agentes públicos somente poderiam ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa “se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro” pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as ações de enfrentamento do coronavírus.

Dias mais tarde, no entanto, o STF restringiu a abrangência do texto, definindo que a expressão “erro grosseiro” deve ser lida como não a não observância dos critérios científicos e adotados por organizações reconhecidas nacional e internacionalmente, especialmente a Organização Mundial de Saúde (OMS). O julgamento, que se deu em 21 de maio, incluiu, ainda, na tese a atenção aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de os agentes públicos que ignorarem tais critérios se tornarem corresponsáveis por eventuais violações de direitos.

A MP 966 gerou reação da sociedade civil e de setores de oposição ao governo. Em poucos dias, seis ações foram apresentadas à Corte: ADI 6.421, ADI 6.422, ADI 6.424, ADI 6.425, ADI 6.427 e ADI 6.428 dos partidos Rede Sustentabilidade, Cidadania, PSL, PCdoB, PDT, e da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), que apontavam que a medida do governo federal seria, para além de um relaxamento da responsabilização, um salvo conduto à administração pública. Os termos usados, inclusive nas sustentações orais, apontam para uma anistia, uma blindagem a toda e qualquer atuação estatal no âmbito das medidas contra o coronavírus.

Em 8 de julho, o Ministro Luís Roberto Barroso determinou que o governo federal adotasse uma série de medidas para conter o contágio e a mortalidade por Covid-19 entre a população indígena. Em 5 de agosto, o plenário do STF referendou a decisão.

Entre as medidas estão: elaboração de um planejamento com a participação das comunidades, ações para contenção de invasores em reservas e criação de barreiras sanitárias no caso de indígenas em isolamento (aqueles que por escolha própria decidiram não ter contato com a sociedade) ou de contato recente (aqueles que têm baixa compreensão do idioma e costumes), acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da Covid-19.

A decisão foi proferida na ADPF 709, ajuizada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e seis partidos políticos (PSB, PSOL, PCdoB, Rede, PT, PDT), em que se apontou omissão do governo federal no combate à Covid-19 entre os indígenas. Na decisão, Ministro Barroso disse que “tem-se verificado grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas”, citou falas do Presidente da República contra políticas a indígenas e chamou a atenção para a gravidade de desmatamento e garimpo ilegal em terras indígenas.

Por 9 (nove) votos a 1 (um), o plenário do STF suspendeu todo e qualquer ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) que autorize ou produza relatórios sobre a vida pessoal e escolhas políticas de cidadãos que estejam dentro da lei. Em julho, a imprensa revelou a existência de um documento sigiloso sobre 579 (quinhentos e setenta e nove) servidores que se intitulavam antifascistas e que se opunham ao governo do Presidente da República. Em 20 de agosto, os dossiês produzidos pela pasta foram proibidos.

O julgamento foi marcado por duras manifestações dos ministros contra o governo, destacando que usar o sistema de inteligência para mapear opositores e posições políticas de cidadãos configura desvio de finalidade. Ministros disseram que a prática de listar inimigos do regime é prática de governos autoritários, e que isso é vedado pela Constituição. Outros ainda destacaram a má qualidade do relatório, que se baseou em postagens em redes sociais.

A existência do documento, produzido pela Secretaria de Operações Integradas (Siopi), do Ministério da Justiça, não foi negada pelo governo. O ministro André Mendonça, entretanto, disse que não tinha ciência dele, e afirmou que só soube do dossiê pela matéria jornalística. Segundo o ministro, a elaboração se deu por “atuação proativa da própria diretoria”.

Foi a Rede Sustentabilidade ajuizou no STF a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 722, relatada pela Ministra Cármen Lúcia. O dossiê foi produzido em junho e trazia informações sobre servidores federais e estaduais, principalmente policiais, mas também sobre professores universitários. Mendonça assumiu a pasta em abril, após a saída de Moro. Ele trocou 9 dos 14 nomes em cargos de chefia na Seopi, incluindo a diretoria e a coordenação da área de Inteligência.

Por meio da análise de uma consulta eleitoral feita pela deputada federal Benedita da Silva (PT-RJ), com suporte da Associação Educafro (Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinou, em 25 de agosto, que a distribuição de recursos do fundo eleitoral e do tempo gratuito de rádio e TV fosse proporcional ao total de candidatos negros que o partido tiver.

Aí estão incluídos os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de

Financiamento de Campanha (FEFC) e o tempo de rádio e TV para propaganda eleitoral gratuita.

A consulta tratava das cotas de gênero, mas o TSE deu uma resposta mais ampla, no sentido de que vale tanto para mulheres quanto para homens o requisito. A alteração, pelo entendimento firmado pelo TSE, teria validade a partir das eleições gerais de 2022, para que houvesse tempo hábil para que a Corte eleitoral regulamentasse o tema por meio de uma resolução.

O caso, no entanto, foi levado ao STF, com pedido de aplicação imediata. Líderes e presidentes partidários se preocuparam com a proximidade do pleito e tempo mais curto de campanha pela alteração de datas em decorrência da pandemia.

Se no TSE os ministros do Supremo que compõem a Corte foram os vencidos para que a mudança tivesse validade já para 2020, no STF eles formaram maioria. Em 2 de outubro, o plenário aplicou a reserva de recursos financeiros e de tempo de propaganda em rádio e TV já para as eleições municipais.

Em 1 de outubro, o plenário do STF negou pedido do Congresso Nacional para suspender a criação e alienação de subsidiárias da Petrobras, em um dos julgamentos econômicos mais importantes do ano para o governo. Por 6 (seis) votos a 4 (quatro), o plenário entendeu que não havia indícios de que a Petrobras estaria atuando com desvio de finalidade na transformação de refinarias em subsidiárias.

O Congresso Nacional alegava que a estatal estaria transformando as refinarias em “subsidiárias artificiais”, e deste modo estaria “fatiando” a empresa-mãe e a privatizando sem passar pelo Congresso Nacional. A maioria do plenário, entretanto, entendeu de aval para o plano de privatização de subsidiárias da estatal.

A investigação sobre ameaças e *fake news* contra o STF foi referendada pelo plenário da Corte em 18 de junho. O Inquérito 4.781 foi instaurado pelo então presidente do STF Ministro Dias Toffoli em março de 2019. Mas, em maio deste mesmo ano, chegou ao chamado gabinete do ódio, do clã presidencial, quando o relator, ministro Alexandre de Moraes, determinou operação de busca e apreensão em endereços de blogueiros, empresários e parlamentares ligados ao Presidente da República.

Com votos longos e enfáticos na defesa do tribunal, no sentido de diferenciar a liberdade de expressão de ataques e ameaças, 10 dos 11 ministros votaram por negar a ação que questionava a portaria que instaurou o inquérito.

Desta forma, o tribunal endossou a medida e as investigações tiveram o aval para prosseguir, sem haver questionamentos formais relevantes quanto à legitimidade e legalidade. O

inquérito pode continuar a ser fonte de desgaste entre Judiciário e Executivo.

O julgamento durou quatro sessões plenárias. Apenas o Ministro Marco Aurélio divergiu do entendimento majoritário. Para ele, “o inquérito foi instaurado logo pela vítima”, o que fere o sistema penal acusatório instituído pela Constituição. A maioria, no entanto, defendeu a necessidade de se preservar a integridade das instituições e de o STF agir diante da inércia dos órgãos usuais de apuração.

Em 20 de maio, o STF homologou o acordo entre União e Estados sobre a compensação por perdas de ICMS geradas pela Lei Kandir, acabando com um conflito federativo que já durava mais de 20 anos. Segundo os termos firmados, a União deverá repassar aos estados um valor total de R\$ 65,6 bilhões. Desse montante, R\$ 58 bilhões devem ser transferidos entre 2020 e 2037. Em troca, os Estados se comprometeram a retirar as ações judiciais contra a União sobre o tema.

Ficou acordado que a União deveria apresentar ao Congresso Nacional, em até 60 dias, um projeto de lei complementar com os termos do acordo – o que foi feito – e, a partir daí, a discussão passou ao Congresso. Em 14 de dezembro, a Câmara aprovou o PLP 133/2020; e texto foi para a sanção.

A Lei Kandir está em vigor desde 1996 e isenta do pagamento de ICMS as exportações de produtos e serviços, com a devida compensação feita pelo governo federal a estados e municípios.

O Congresso deveria regulamentar uma fórmula para essa compensação – mas isso nunca foi feito. Por isso, o estado do Pará ajuizou uma ação no STF alegando a omissão da Casa Legislativa, e após reuniões no STF mediadas por Gilmar Mendes, os entes chegaram a um acordo.

No mesmo dia em que o atual Presidente da República e um grupo de empresários cruzaram a Praça dos Três Poderes a pé, numa atitude heterodoxa, para cogitar sobre a retomada da atividade econômica com o presidente do Supremo, o governo sofreu uma derrota na Corte, que suspendeu, na íntegra, a eficácia da MP 954/2020.

O julgamento de 7 de maio desobrigou as empresas de telefonia, fixa e móvel, de enviar dados pessoais dos clientes ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE).

Para os ministros, a MP (Medida Provisória) não fornecia mecanismo técnico ou administrativo para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida. Logo, não era proporcional nem razoável.

O colegiado referendou a liminar dada anteriormente, em 24 de abril, pela relatora do caso, ministra Rosa Weber. Como aconteceu com outras MPs, várias ADIs foram apresentadas à

Corte contra o texto.

A MP permitia que o IBGE tivesse acesso aos nomes, números de telefone e endereços dos clientes de empresas de telefonia. A justificativa era possibilitar que o órgão fizesse a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad Contínua), que mede o desemprego no país, durante a situação de emergência de saúde pública.

Uma importante vitória do governo na Corte também foi em uma MP. O STF negou, em 17 de abril, liminar para suspender a possibilidade dos acordos individuais para redução de jornada e de salário e a suspensão temporária de contratos de trabalho. As mudanças estavam previstas na Medida Provisória 936/2020.

Com 7 (sete) votos contrários, os ministros não referendaram a liminar do relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, que determinava que as empresas comunicassem os sindicatos no prazo de até 10 (dez) dias para que estes deflagrassem uma negociação coletiva se assim o entendessem necessário.

Os ministros entenderam que o texto da MP não viola direitos dos trabalhadores e não fere o princípio da proporcionalidade. Isso porque se trata de uma medida emergencial e provisória e que pretendia justamente evitar que houvesse demissões em massa, e manter as empresas sustentáveis.

A MP 936/2020 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e foi transformada em norma em 6 de julho. A Lei 14.020 foi sancionada com vetos, proibindo-se a prorrogação até 2021 da desoneração da folha de pagamento de empresas de 17 setores da economia.

Em outubro do ano passado, o atual Presidente da República assinou decreto que estende até o fim de dezembro as medidas possibilitadas pela MP 936. Dessa forma, o programa vai totalizar oito meses de vigência.

Logo no início da pandemia da Covid-19, o governo acionou o STF pedindo autorização para descumprir, temporariamente, regras da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), para que não tivesse necessidade de apontar uma fonte de recursos extras para compensar gastos não previstos na LDO com medidas de combate ao coronavírus. Em março de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes atendeu ao pedido do governo, suspendendo obrigações da LRF também para estados e municípios.

Em 13 de maio de 2020, o plenário referendou a decisão por unanimidade, mas declarou extinta a ação apresentada pela Advocacia-Geral da União (AGU), diante da aprovação do Orçamento da Guerra. Para os ministros, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 6357 perdeu

o objeto, já que a Emenda Constitucional 106, promulgada em 7 de maio, já abrangeria os pedidos da União à Corte Suprema.

Ainda assim, os ministros avaliaram que, em nome da segurança jurídica, devia-se assentar o referendo da liminar do relator do caso para que ficasse claro que a flexibilização tem validade para todos os entes da federação.

Dentre as últimas sessões do ano, um dos destaques é o julgamento que definiu que o Estado deve oferecer, sempre que possível, alternativas de datas para pessoas que não possam prestar concursos públicos ou atividades de serviço público em determinados dias por motivos religiosos. O julgamento levou três sessões plenárias e motivou debates entre os ministros quanto à solução firmada.

O colegiado concluiu que, em respeito à liberdade religiosa, a Administração Pública deve buscar alternativas para aqueles que professam fé que imponha particularidades, quando for razoável. Ou seja, os ministros se preocuparam em assentar que não é em todo e qualquer caso que a administração pública deverá se adequar às idiossincrasias religiosas.

O caso foi discutido em dois processos: em um destes um homem adventista passou na prova objetiva para o cargo de técnico judiciário no Acre, mas a prova de aptidão física foi marcada para um sábado. Como a religião adventista não permite que os fiéis trabalhem ou se esforcem do pôr-do-sol de sexta-feira ao de sábado, o candidato, então, acionou a Justiça.

No outro, uma professora adventista se insurgiu contra a reprovação no estágio probatório por ela ter se recusado a ministrar aulas às sextas-feiras após o pôr-do-sol, faltando 90 (noventa) vezes injustificadamente em razão de suas convicções religiosas.

Em 11 de março, o plenário do STF julgou um dos casos mais importantes sobre saúde que tramitam na Corte, e definiu que o Estado, via de regra, não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não disponíveis na listagem do Sistema Único de Saúde (SUS). Mas, para os ministros, há casos excepcionais em que o fornecimento é devido. Os casos excepcionais ainda serão estabelecidos por meio da tese do julgamento, que ainda não foi fixada data.

Na ocasião, entretanto, os ministros já manifestaram pontos de entendimento convergente sobre os critérios excepcionais, como quando paciente nem família têm condições financeiras e não há tratamento equivalente pelo SUS. Havia mais de 42 mil processos no país aguardando este julgamento do STF.

O Presidente da República editou, em 23 de março do corrente ano, a Medida Provisória (MP) 928/2020, na qual suspendeu os prazos para resposta da Lei de Acesso à Informação (LAI)

durante a pandemia da Covid-19. Quase instantaneamente, a norma foi questionada no STF²³, por meio das três ações diretas de inconstitucionalidade, que foram distribuídas ao Ministro Alexandre de Moraes. Em 26 de março, o ministro suspendeu a MP.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, a medida “transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda sociedade”. O ministro destacou que “a publicidade e transparência são absolutamente necessárias para fiscalização dos órgãos governamentais. O acesso à informação é verdadeira garantia instrumental do pleno exercício democrático”.

Em 30 de abril, em mais uma derrota para o governo atual, o plenário confirmou a liminar, deixando claro que a pandemia não é motivo para desobedecer a preceitos constitucionais, como a transparência da administração pública.

Não é possível reconhecer que uma pessoa tenha duas uniões estáveis concomitantes para dividir a pensão por morte entre os companheiros. Esta foi uma das últimas decisões do STF tomadas no ano. A conclusão ocorreu em 14 de dezembro no plenário virtual.

No caso concreto, depois da morte de um homem, uma mulher acionou a Justiça pleiteando o reconhecimento de uma união estável e da consequente pensão e, mais tarde, um homem fez o mesmo pedido. Tanto ministros que ficaram vencidos quanto os vencedores enfatizaram que o debate não se deu em torno do fato de uma das relações ser homoafetiva.

Na sessão que deu início ao julgamento, em 2019, o relator, ministro Alexandre de Moraes, enfatizou que o Supremo não poderia reconhecer a bigamia. Ele foi acompanhado por Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Mas outros cinco ministros votaram pelo reconhecimento de duas relações concomitantes desde que provado que não houve má-fé dos

²³ É fato que o STF também se apresenta como Tribunal Constitucional quando afirma o vinculante efeito de suas decisões, afastando-se de suas tradicionais funções de Corte Suprema. Enfim, o Tribunal Constitucional, afastando-se da típica missão do Judiciário, que é aplicar a lei contenciosamente, também produz provimentos que devem gozar da mesma força vinculante da lei E, novamente, o Tribunal Constitucional, por estar fora do Poder Judiciário, tem poderes estranhos ao Poder Judiciário. Cabe recordar que a via processual mais relevante da Suprema Corte, por ser autêntico órgão de cúpula do Judiciário adquiriu novos contornos, no que se tem chamado de objetivação do recurso extraordinário, Tal fenômeno é perceptível na repercussão geral, que fora introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004. Portanto, não é mais a demanda particular e concreta que importa para o STF quando do julgamento do recurso extraordinário, mas sim, as características objetivas que são consideradas na controvérsia dos autos, as quais permitem identificar sua repercussão geral. O julgamento no extraordinário passa então a ser um provimento geral e abstrato que repercute nas demais instâncias inferiores em todos os casos concretos análogos. E, tal repercussão automática já significa um ensaio de efeito vinculante a ser reconhecido nas decisões proferidas em recurso extraordinário. In: HORBACH, Carlos Bastide. É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-22/observatorio-constitucional-preciso-definir-funcao-supremo-tribunal-federal#:~:text=O%20STF%20tamb%C3%A9m%20se%20apresenta,tradicionais%20fun%C3%A7%C3%B5es%20de%20Corte%20Suprema.&text=Mais%20uma%20vez%20aqui%2C%20o.poderes%20estranhos%20ao%20Poder%20Judici%C3%A1rio> . Acesso em 11.1.2021.

envolvidos. Neste caso, deveria ser concedida proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes. Na ocasião, Dias Toffoli pediu vista e o caso foi devolvido ao plenário em sessão virtual. Tanto Toffoli como os autores dos dois votos restantes, Luiz Fux e Nunes Marques, acompanharam o relator.

Em 17 de dezembro, o plenário do STF decidiu que tanto a União, quanto os estados e municípios podem determinar a vacinação compulsória. Os ministros destacaram que a vacinação não pode ser forçada, mas o poder público pode adotar medidas restritivas para incentivar a imunização.

Foi definida a seguinte tese: “A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente”.

Ainda segundo a tese adotada pelo Supremo, “tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”.

Em relação à vacinação contra a Covid-19, foi decidido que as vacinas devem ter registro em órgão de vigilância sanitária, mas não necessariamente na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). A depender do caso, excepcionalmente, os entes podem importar materiais, medicamentos, equipamentos ou vacinas registrados em agências de vigilância sanitária dos Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Europa ou China. (IN: POMPEU, Ana; FREITAS, Hyndara. Os 20 julgamentos mais importantes do STF em 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/os-19-julgamento-mais-importantes-do-stf-em-2020-28122020> . Acesso em 12.1.2021²⁴).

²⁴ ANA POMPEU – Repórter em Brasília. Cobre Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Passou pelas redações do ConJur, Correio Braziliense e SBT. Colaborou ainda com Estadão e Congresso em Foco. E-mail: ana.pompeu@jota.info ; HYNDARA FREITAS – Repórter em Brasília. Cobre Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Antes, foi repórter no jornal O Estado de São Paulo. E-mail: hyndara.freitas@jota.info

Para facilitar a compreensão desse impacto nos reportamos a 5.5.2016 quando o STF referendou a decisão do Ministro Teori Zavascki, proferida na Ação Cautelar 4070 que suspendeu Eduardo Cunha do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de presidente da Câmara dos Deputados.

Por unanimidade, os ministros acompanharam o posicionamento do ministro relator, que deferiu a medida requerida pelo Procurador-Geral da República que apontou uma série de evidências de que Eduardo Cunha teria agido com desvio de finalidade para atender aos seus próprios interesses.

A denúncia do Inquérito 3983 contra o parlamentar citado, foi recebida por unanimidade pelo Plenário do STF. Por esse motivo, o relator invocou o artigo 282 do CPPP segundo o qual é possível a interposição de medidas cautelares em processo penal para assegurar a aplicação da lei, resguardar a conveniência das investigações e da instrução penal e evitar a prática de infrações penais.

O Ministro relator sustentou também que a posição de presidente da Câmara de Deputados não imuniza o parlamentar de medidas sociais de caráter cautelar. A decisão ainda ressalta a iminência da instauração, pelo Senado Federal, do processo de impeachment contra a presidente da República, e, Eduardo Campos, como presidente da Câmara de Deputados, encontrava-se na linha sucessória para o cargo.

De acordo com o STF, um parlamentar que é réu em ação penal não tem condições de exercer responsabilidades do cargo, e, portanto, não pode estar na linha sucessória para a presidência da República. Foi ajuizada perante o STF, a ADPF 402 que discutia a possibilidade de réus em processo penal ocuparem cargo cujas atribuições constitucionais incluem a substituição do Presidente da República tem-se como automática a suspensão das funções exercidas.

Por maioria de votos, o STF entendeu que réus em processo-crime no STF não podem ocupar cargos cujas atribuições incluam a substituição do Presidente da República, sob o fundamento de que recebida a denúncia contra o Presidente da República tem-se a suspensão automática das funções exercidas.

A referida decisão foi proferida em 03.11.2016. No dia 01.12.2016, o STF, por maioria dos votos, recebeu denúncia oferecida pela PGR contra o presidente do Senado, Renan Calheiros, no Inquérito 2593, tornando o réu o senador em processo criminal.

Por esse motivo, foi realizado em pedido cautelar na ADPF 402, requerendo o afastamento do senador da linha sucessória da presidência da república, sob os mesmos fundamentos que se baseara a decisão original da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Ministro Marco Aurélio, relator da medida deferiu o pedido liminar para afastar não do exercício do mandato de senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado. O plenário do STF não confirmou a decisão do relator.

Por maioria, o STF negou o afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado, mas após uma ginástica hermenêutica, afirmou que o Senador, por ser réu não poderia assumir a Presidência da República na ausência do Presidente. Comenta a doutrina que houve uma invasão direta do Judiciária dentro da esfera do Legislativo, sem haver específica autorização constitucional para tanto.

Nem é necessário destacar os adjetivos dos parlamentares em questão, pois pretende-se apontar somente a proibição do réu em ação penal, não poder ocupar o cargo na linha sucessória presidencial, o que não possui respaldo constitucional.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini relatou que o STF entende que os réus em processos penais não podem ocupar o cargo de Presidente da República.

Cabe realizar um breve histórico: no dia 3 de novembro, o STF iniciou o julgamento da mencionada ação, de autoria da Rede Sustentabilidade, que tem o escopo de impedir que réus em ações penais em trâmite no STF possam ocupar cargos que estejam na linha sucessória ou substitutiva do presidente da República.

Em outras palavras, aqueles que respondem a processos criminais na Suprema Corte não poderiam estar à frente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Supremo Tribunal Federal, pois todos eles podem, eventualmente, ocupar o cargo de Chefe do Poder Executivo Federal.

A Constituição Federal vigente em seu artigo 86, parágrafo primeiro, prevê que o Presidente da República será suspenso de suas funções, se o STF recebe contra ele denúncia ou queixa-crime pela prática de crime comum. Isto é, caso seja instaurada a ação penal contra o Presidente, este não poderá exercer suas atribuições e, ficará afastado do cargo. Portanto, a função de Presidente da República é incompatível com a condição de réu.

A previsão legal está correta, mas apenas daqueles atos relacionados ao exercício de suas funções, ou seja, aqueles praticados durante o mandato, nos quais o agente usa do cargo de Presidente da República para a empreitada criminosa (por exemplo, corrupção passiva, quando o

ato prometido está dentre as funções de Chefe do Executivo).

E se o presidente for acusado da prática de um delito sem relação com o exercício de suas funções, como, por exemplo, um crime financeiro, contra a ordem tributária, ou mesmo um ato de corrupção anterior à posse, quando ocupava outro posto? Pelo artigo 86 parágrafo 4º da Constituição Federal, ele não poderá ser responsabilizado por esses atos estranhos às suas atribuições, na vigência de seu mandato. Assim, por exemplo, se o presidente era processado antes da posse por qualquer infração, tal procedimento será suspenso até que ele deixe o cargo.

Já pontuou o ministro Celso de Mello, ocorrerá "a cláusula de exclusão inscrita nesse preceito da Carta Federal (CF, artigo 86, §4º), ao inibir a atividade do Poder Público, em sede judicial, alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Poder Executivo da União, bem assim aquela praticadas na vigência do Mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial" (Inquérito 672-6/DF).

Por isso, o posto de presidente da República pode ser ocupado por réu em ação penal. O que a Constituição não admite é o exercício do cargo por alguém processado por crime relacionado ao exercício das funções de chefe do Executivo. Não há impedimento para que um réu processado por outro delito exerça — ou pretenda exercer — o cargo. (In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Réus podem integrar linha sucessória da Presidência da República. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/pierpaolo-bottini-nem-todo-reu-afastado-linha-sucessoria> Acesso em 12.1.2021).

O fundamento do afastamento e a determinação do afastamento são frutos da criatividade do STF e não possuem dispositivos constitucionais que as autorize.

Evidencia-se o agigantamento do Judiciário. O fato é que a CF/1988 não autoriza o STF determine o afastamento de parlamentar regulamento eleito. Conclui-se que é ativista na perspectiva macro porquanto, por meio de distorções interpretativas de princípios que, possuem alto teor de abstração, o STF forjou óbice que a própria CF/1988 não estabeleceu.

O que permitiu a direta ingerência do Judiciário no Legislativo, ocasionando o afastamento dos Chefes das Casas Legislativas, ressaltando que o Presidente do Senado é o Chefe do próprio Poder Legislativo.

Alguns segmentos doutrinários preferem identificar o bom e o mau ativismo judicial. O bom ativismo proporciona benefícios ao jurisdicionado como criar direitos, assegurar direitos, não previstos expressamente em nenhum diploma legal, ampliar as garantias processuais para proteção dos direitos; assinala o Congresso Nacional a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; controlar os excessos do poder em geral, flexibiliza certas decisões

legislativas restritivas de direitos; implementar mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.

Nelson Nery Jr. e George Abboud afirmam que o ativismo é perigoso ao Estado Democrático de Direito, não cabendo diferenciar o bem ou mal ativismo. Tanto que caracterizam o ativismo como afastamento da legalidade vigente.

Aqui em nosso país, o termo “ativismo” tem sido usado para justificar inúmeras decisões judiciais que, facialmente seriam consideradas inconstitucionais ou ilegais. As decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4335 que pretenderam criar uma pseudomutação constitucional à brasileira.

Diferente do ativismo, é a judicialização das políticas públicas que consagra novos direitos, fundamentais tendo limites intransponíveis para o Poder Público e para os particulares.

Essa judicialização de novos direitos e conflitos, bem como uma nova cadeia normativo-constitucional a reger a atuação do Poder Público em todas as suas esferas, juntamente com a consolidação do controle de constitucionalidade, atribuindo, nova dimensão ao Poder Judiciário, tornando-o um locus privilegiado na resolução de questões político-constitucionais mais relevantes.

Estudos oriundos da ciências jurídica que dão conta da expansão do *judge made law* no continente europeu, e mais recentemente, pelos países periféricos (emergentes) como é o Brasil.

As transformações operadas pelo constitucionalismo, do segundo pós-guerra e, o papel efetivo desempenhado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para efetividade da Lei Fundamental de Bonn de 1949, passam por essa atual tendência, de expansão do poder judicial.

No Estado Democrático de Direito o Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira. Desse modo, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, a prescrição, apenas para ficarmos nesse exemplo, deverá aplica-las quando for o caso, porque contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vincula a atividade decisória.

Da mesma forma que aplica o cabimento de prescrição porque estabelecida na lei e, assim a justificam também em questão de mérito deve valer da Constituição e da lei e, não de sua própria moralidade. Não há prescrição moralizadora, nem moralizável.

Analisando alguns julgados do STJ para mensurar a dimensão do ativismo decisório. No julgamento da QO no REsp 1063343²⁵, o STJ negou à parte a possibilidade de desistir do recurso,

²⁵ Ementa: Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido

com fundamento em interesse público, tendo em vista seu recurso ter sido selecionado como paradigma pra fins de aplicação do CPC/1973 (artigo 543-C).

Noutra ocasião, no julgamento do REsp 1308830²⁶, o interesse público foi invocado no fundamento normativo para impedir a parte de desistir de seu recurso, uma vez que o julgamento da lide individual seria de interesse de toda a coletividade.

Entretanto, o CPC/1073 em seu artigo 501 admitia expressamente à possibilidade de o litigante renunciar a qualquer tempo seu recurso, inclusive, sem necessidade de o recorrido ou o

de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves indeferindo o pedido de desistência, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido, e as retificações de voto da Sra. Ministra Relatora e do Sr. Ministro Luiz Fux para aderir ao voto do Sr. Ministro Nilson Naves, e os votos dos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon e Francisco Falcão acompanhando a posição originária da Sra. Ministra Relatora, por maioria, indeferir o pedido de desistência. Vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha e vencidos, em parte, os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Laurita Vaz. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Nilson Naves, Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Paulo Gallotti e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Felix Fischer. Declarou-se habilitada a votar a Sra. Ministra Eliana Calmon. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima. Data: 12.12.2008.

²⁶ Ementa: CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. A iniciativa do provedor de conteúdo de manter em site que hospeda rede social virtual um canal para denúncias é louvável e condiz com a postura esperada na prestação desse tipo de serviço – de manter meios que possibilitem a identificação de cada usuário (e de eventuais abusos por ele praticado) – mas a mera disponibilização da ferramenta não é suficiente. É crucial que haja a efetiva adoção de providências tendentes a apurar e resolver as reclamações formuladas, mantendo o denunciante informado das medidas tomadas, sob pena de se criar apenas uma falsa sensação de segurança e controle. Recurso especial não provido.

litisconsorte anuírem a essa decisão.

Já salientamos que a desistência recursal é um negócio jurídico unilateral não receptício, segundo o qual a parte que já interpôs recurso contra decisão judicial declara sua vontade em não prosseguir o procedimento recursal que, em consequência, tem de ser existido. Inclusive, opera-se, independentemente, da concordância do recorrido, produzindo efeitos desde que é efetuada tem necessidade de homologação.

Percebe-se que o STJ julgou de forma contrária ao que estabelecia o CPC de 1973. Ou seja, desaplicou o referido dispositivo legal, no caso concreto, apenas pelo desconforto de eleger, outro recurso como paradigma da repetição.

Sobre a possibilidade de o recorrente poder desistir de seu recurso especial ou extraordinário. Isto porque o caso que será julgado pelo STF e/ou STJ como recurso repetitivo tem, com matéria de fundo, lide individual que encerra discussão sobre o direito subjetivo.

Eventual má-fé do recorrente, com a quebra do dever de lealdade processual e o agir de má-fé objetivo ou subjetivo, desde que reconhecida pelo tribunal, pode ensejar a pena de *improbus litigator* prevista no CPC de 1973²⁷.

O que não pode ocorrer é, sob alegação de que o recorrente teria desistido do Resp por má-fé, ignorar-se o ato unilateral não receptício da desistência, a despeito de inexistir pressuposto de admissibilidade desse, Resp pelo só fato da desistência, conhecer-se do recurso.

O que de fato merece exame sobre as mencionadas decisões do STJ é indagar-se em

²⁷ CPC 2015 Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Quando o assunto é litigância de má-fé, o Superior Tribunal de Justiça tem diversos entendimentos que delimitam as punições possíveis nos casos em que ocorre o abuso do direito de recorrer ou quando uma das partes do processo litiga intencionalmente com deslealdade.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em seus artigos 79, 80 e 81, estabelece a configuração da litigância de má-fé e as sanções que podem ser aplicadas para quem age de maneira desleal. A prática da litigância de má-fé e as punições possíveis, de acordo com o que prevê a legislação, têm despertado várias discussões no STJ e, por vezes, críticas ao sistema recursal. Para o ministro Og Fernandes, faltam sanções efetivas para impedir a sucessão indefinida de recursos nas cortes do país.

quais circunstâncias essa medida se coaduna com o Estado Democrático de Direito, ao afastar a legalidade vigente em função do interesse público. Seria possível desse modo, aumentar ou diminuir o prazo prescricional em razão do interesse público? Ou ainda, modificar-se o regime de nulidade em virtude do interesse público?

Evidente que tais respostas a esses questionamentos devem ser negativas. A legalidade não está à disposição dos Tribunais. Não existe opção constitucionalmente válida que permita ao Judiciário, sponte sua, optar em aplicar ou não a lei, sob o argumento de preservar o interesse público.

Não é lícito ao STJ admitir que seja constitucional e vigente o CPC/1973 e negar a sua aplicação ao caso concreto. A todo Judiciário não é lícito recusar-se a aplicar a lei.

Comentando essa decisão do STJ, Lenio Streck ressalta, que nas palavras do STJ, restou claro que o Recurso Especial não pertence mais às partes, mas apenas ao interesse público, que seria, na verdade uma “anemia significativa”, nela cabendo qualquer coisa que o interesse ao Judiciário e do Poder Público para fins pragmáticos.

Prossegue Streck, o Estado não pode agir tal como Midas ao seu toque de impor o selo de “público” aos casos que lhe aprouver em detrimento dos direitos fundamentais e garantias dos particulares.

Ademais, a desistência do recurso nos termos do CPC de 1973, constituiu ato unilateral que na dicção do CPC independe de anuência da parte para que valha e produza efeitos. Se a parte desistir, não há recurso.

No sentido em que é criticada a utilização do interesse público, há interessante trabalho de George Abboud intitulado “O mito da supremacia do interesse público sobre o privado - A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para autorizar restrição a direitos fundamentais²⁸”.

A fora isso, se fosse realmente o caso de aplicar o CPC/1973 (CPC/2015 arts. 1.036, 1.041), bastava somente o STJ pinçar outro recurso dentre os múltiplos existentes e solucionar a questão jurídica subjacente. Do mesmo modo, o STJ teria diversas outras oportunidades para manifestar-se sobre a mesma questão posta no recurso do qual se desistiria.

Há um *déficit* qualitativo na fundamentação de pronunciamentos judiciais, porque, de

²⁸ Vide em <http://neryadvogados.com.br/blog/wp-content/uploads/2013/12/Georges-Abboud-Direitos-Fundamentais-RT-907.pdf> ou https://www.academia.edu/20309804/O_MITO_DA_SUPREMACIA_DO_INTERESSE_PUBLICO SOBRE_O_PRIVADO_A_DIMENSAO_CONSTITUCIONAL_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_OS_REQUISITOS_NECESSARIOS_PARA_SE_AUTORIZAR_RESTRICAO_A_O_DIREITOS_FUNDAMENTAIS

certa forma, os juízes, em diversas hipóteses, admitem o afastamento da legalidade com o fundamento em convicções pessoais.

Note-se que tais modalidade de decisões são absolutamente discricionárias, na medida em que com fundamento em convencimento pessoal, sob o pretexto de interesse público, admitem que seja afastada a legalidade vigente. Como não existe discricionariedade judicial, a expressão, nesse caso quer significar que decisão discricionária é decisão inconstitucional e/ou ilegal.

No fundo, esse tipo de decisão suspende a legalidade vigente, a fim de fazer prevalecer o ponto de vista do julgador. Por meio dessas decisões é criado um estado de exceção em que a necessidade do julgador o faz abrir mão da legislação vigente. Nessa perspectiva, a lei formalmente continua vigente e válida; todavia, sua aplicação é excepcionada (negada) em relação ao caso concreto, em razão de interesse público.

Tais decisões, ora analisadas, devem ser consideradas apenas como paradigmas, demonstram que existe verdadeiro déficit qualitativo na fundação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples recrudescimento do efeito vinculante.

O STJ cujo mister constitucional mais nobre é, pelo recurso especial, preservar o respeito e autoridade da lei federal no Brasil e uniformizar o seu entendimento negou vigência (em duas oportunidades) ao CPC de 1973, por considera-lo em desacordo com o interesse público e defasado em relação à nossa realidade social.

Ao STJ cabe garantir o respeito à lei federal e à uniformização do entendimento da lei federal brasileira, com as decisões ora analisadas negou vigência ao CPC/1973 (artigo 501). Não existe no ordenamento vigente brasileiro a previsão constitucional que autorize o STJ a julgar a tese jurídica subjacente quando aquele que recorreu por meio do recurso especial desiste do recurso.

O referido tema foi novamente analisado pelos STJ e durante o julgamento do Resp 1370698, a Terceira Turma, acertadamente e com ressalva da posição da Ministra relatora Nancy Andrichi, modificou posição manifestada, anteriormente na questão de ordem (QO) no Resp 106343-RS, para dizer que é direito da parte a desistência de recurso, ainda que afetado ao regime jurídico de recursos repetitivos.

Dentro do Estado Constitucional ao Judiciário somente é lícito afastar a aplicação da lei em relação ao caso concreto quando reconhece, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade dessa lei, tarefa que faz mediante controle difuso de constitucionalidade. A possibilidade de declarar inconstitucional a Lei Federal em abstrato é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) vide artigo 102, I a da CF/1988.

As analisadas decisões do STJ são claros sintomas de insegurança jurídica que infelizmente tem ocorrido em nosso país. E, contemporaneamente, tem recrudescido em sede doutrinária e legislativa, a tendência em incrementar-se o efeito vinculante dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores.

Importante frisar que o efeito vinculante não pode desvirtuar a força normativa da legislação vigente. Conclui-se que não é porque nosso sistema existem a súmula vinculante e as decisões judiciais dotadas de efeito vinculante que a lei não possui o efeito vinculante.

Em outros termos, a lei vincula o Poder Judiciário, motivo por que deve interpretá-la e aplicá-la no caso concreto. Não há aplicação de texto normativo, sem a mediação da atividade interpretativa. Ao juiz não é dado aplica-la quando considerar adequada ou quando estiver em consonância com suas convicções pessoais.

Realmente, a insegurança jurídica no sistema jurídico brasileiro, trazida pela jurisprudência lotérica, não se deve à inexistência de efeito vinculante em todas as decisões do STF e STJ.

Pensar, nesse sentido, sugere que a lei não seria também dotada de efeito vinculante. De modo que o Judiciário poderia descumprir a lei, mas não a súmula vinculante. Lembremos que aos juízes e tribunais, é defeso ignorar tanto a lei quanto a súmula vinculante, somente podendo fazê-lo, se declarar incidentemente inconstitucional o texto normativo da lei ou da súmula vinculante.

Há um *déficit* qualitativo das decisões, mais precisamente da falta de motivação adequada, procedimento que infringe a CF/1988, art.93, IX e não em função da falta de efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores.

Trata-se de equívoco apontar a falta de efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores como causa da insegurança jurídica ignorando-se, assim a verdadeira discricionariedade judicial que impera em nosso sistema, que ocasiona reflexos no ativismo judicial ou na nulidade de diversas decisões em virtude de omissão e falta/deficiência de fundamentação.

Faz-se necessário ressaltar que os pronunciamentos, que possuem efeito vinculante também necessitam interpretação para serem utilizados, de modo que tal como a própria legislação, nada garante que as decisões, dotadas do referido efeito não serão afastadas em diversos casos, com fundamento em convicções pessoais do magistrado.

A função jurisdicional, principalmente a constitucional, ganha força e legitimidade, não com aumento de decisões dotadas de efeito vinculante, como acontece em nosso país, mas sim,

por meio de fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões. Eis a fonte de legitimidade das decisões do Judiciário, que não podem mais buscar em meras convicções pessoais de seus julgadores, mas em critérios racionais imputáveis e contidos no próprio texto constitucional.

Deve-se concretizar a obrigatoriedade do Judiciário submeter-se-á legislação vigente, nada assegura que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante contribuirá para o progresso da democracia, com o incremento da fundamentação das decisões e redução da discricionariedade judicial. Somente pode se desvincular da Constituição ou da lei ao realizar o controle difuso de constitucionalidade, recolhesse a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

A atual Constituição Federal brasileira em seu artigo 3º e seus incisos aborda a necessidade de a república pátria construir uma sociedade justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e promover o bem de todos.

Assim, o Judiciário responde quando evocado por demandas que envolvem o mínimo existencial, que corresponde ao conjunto de direitos e garantias do cidadão para lhe assegurar a sobrevivência humana com dignidade, a isso não podemos chamar de ativismo judicial e, sim, de acesso ao processo justo onde resta assegurado a razoável duração do processo²⁹.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. **Ativismo Judicial no ritualismo processual**. Direito Público. v.10, n.57, p. 09-26. Acesso em 10.1.2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BITTENCOURT, Cristina Ripardo. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: desafio institucional**. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3733082/cristina-ripardo-bittencourt.pdf> Acesso 11.1.2021.

²⁹ A duração razoável do processo, consagrada como princípio constitucional, não pode ser um mero ornamento no texto da Constituição. É preciso que nós efetivamente concretizemos esse princípio, e aqui temos um instrumento eficaz, um instrumento idôneo para a concretização das teses e, conseqüentemente, para a diminuição do tempo do processo." A afirmação foi feita pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro João Otávio de Noronha, nesta terça-feira (29.10.2019), ao abrir o seminário Recursos Repetitivos nos 30 anos do STJ, no auditório do tribunal. In Notícias STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Duracao-razoavel-do-processo-nao-pode-ser-mero-ornamento-do-texto-constitucional--diz-presidente-do-STJ.aspx> Acesso em 11.1.2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Réus podem integrar linha sucessória da Presidência da República.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/pierpaolo-bottini-nem-todo-reu-afastado-linha-sucessoria> Acesso em 12.1.2021

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs Diálogos Constitucionais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal 2012.376.f Tese de Doutorado Curso de Pós-graduação em Direito. Faculdade de Direito.** Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://btdt.ibict.br/vufind/Record/UERJ_a91f14735de1030b707a9f771930140d Acesso 11.1.2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. v. 12. 2010.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** São Paulo. Saraiva. 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito contemporâneo.** 2ª ed. bras. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo. Martins Fontes. 1993.

DE MELO, Nehemias Domingos (Coordenador). **Novo CPC Anotado. Comentado. Comparado.** 2ª edição. São Paulo: Rumo Legal, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: *Juspodivm*. Vol. 1, 2015.

DIDIER, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 3ª edição. Salvador: *JusPodvm*, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 25ª ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DO VALE, Ionilton Pereira. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação.** Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao> Acesso em 11.1.2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito->

constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/ Acesso em 11.1.2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. De A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2007.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. 2ª edição. Salvador: JusPodvm, 2016.

KOCH, Deonísio. **Ativismo judicial na Covid-19 é fruto da inércia dos demais poderes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-03/koch-ativismo-judicial-crise-covid-19> Acesso em 11.1.2021.

LEITE, Gisele. **Novo CPC. Comentários às principais inovações do novo direito processual civil**. Campo Grande: Contemplar, 2016.

LEITE, Gisele. **Neoprocessualismo e o Contraditório**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/o-neoprocessualismo-e-o-contraditorio#:~:text=O%20Neoprocessualismo%20%C3%A9%20caracterizado%20pela,direitos%20e%20garantias%20fundamentais%20dentro> Acesso em 10.1.2021.

LEITE, Gisele; CORDEIRO, Luciana Machado. **Digressões sobre o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/digressoes-sobre-o-constitucionalismo-e-o-neoconstitucionalismo> Acesso em 12.1.2021.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. **Breves Comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21595/breves-comentarios-sobre-o-pragmatismo-juridico-e-o-processo-decisorio-judicial-no-brasil> Acesso em 13.1.2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil** volume 2. São Paulo: RT, 2017.

_____. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: RT, 2017.

MEDEIROS, Amanda. **Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/> Acesso em 11.1.2021.

MIARELLI, Mayra Marinho. LIMA, Rogerio Montai. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo :Editora Atlas, 2012.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Ativismo judicial em tempos de Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/peleja-junior-ativismo-judicial-tempos-epidemia> Acesso em 11.1.2021.

POMPEU, Ana; FREITAS, Hyndara. **Os 20 julgamentos mais importantes do STF em 2020.** Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/os-19-julgamento-mais-importantes-do-stf-em-2020-28122020> . Acesso em 12.1.2021.

_____. **Os julgamentos mais importantes do STF em 2019.** Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/os-julgamentos-mais-importantes-do-stf-em-2019-24122019 Acesso em 12.1.2021.

PRADO, Luiz Regis. **Governo dos Juízes: fim do Estado de Direito?!** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/18/ativismo-judicial-governo-juizes/> Acesso em 12.1.2021.

QUINAIA, Cristiano A. **Judicial self-restraint: relacionamento do judiciário com políticas públicas.** Disponível em <https://www.megajuridico.com/judicial-self-restraint/> Acesso em 11.1.2021.

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes; RACHEL, Andrea Russar. **Como diferenciar a cláusula geral do conceito jurídico indeterminado?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1886442/como-diferenciar-a-clausula-geral-do-conceito-juridico-indeterminado-andrea-russar-rachel> Acesso em 11.1.2021.

ROCHA. Carmen Lucia Antunes. **O que pensam eles?** Revista Magistratus. n. 4. Rio de Janeiro. 2018.

SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. (Coordenadores) **Novo CPC. Análise Doutrinária sobre Novo Direito Processual Brasileiro.** Volume 1. 2ª edição. Campo Grande: Contemplar, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel “A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa, in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais.** 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2007.

SOUSA, Thaís Gomes. **A Legitimidade do Ativismo Judicial em Tempos de Pandemia do Covid-19.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-legitimidade-do-ativismo-judicial-em-tempos-de-pandemia-do-covid-19/> Acesso em 11.1.2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O NCPC e os precedentes - afinal, do que estamos falando?** Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região (Publicação Eletrônica) n.87 (jan./fev. 2008) p.81-89. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/EDICOES_DA_REVISTA/revista_edicao_128.pdf Acesso em 12.1.2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado do Processo Civil.** Volume 1. 15ª edição. São Paulo: RT,2015.