

O ativismo judicial e os métodos tradicionais de interpretação do direito como forma de sua moderação: uma visão sobre a alegada prática de ativismo judicial na ADPF n. 672-DF

Filipe Nicholas Moreira Cavalcante de Oliveira

Servidor público pelo MPF. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal).

Resumo: O presente artigo procura apresentar o problema do ativismo judicial diante dos recentes questionamentos de interferência do Supremo Tribunal Federal no âmbito da política de enfrentamento à pandemia do coronavírus pelo Executivo Federal, focando na análise da decisão proferida na ADPF n. 672-DF. Dessa forma, faz-se a introdução contextualizando o problema do ativismo e o atual papel do STF. Em seguida, discorre-se sobre a origem do ativismo judicial e a sua moderna abordagem, destacando a sua perspectiva moderada. Após, são delineados os tradicionais cânones de interpretação jurídica, para, ao fim, examinar a ADPF n. 672, concluindo-se inexistir ativismo judicial em tal decisão.

Palavras-chave: ativismo judicial moderado; cânones de interpretação.

Sumário: 1 Introdução. 2 O ativismo judicial: um problema de natureza hermenêutica. 3 O modelo jurídico brasileiro de racionalidade. 4 Os cânones de interpretação tradicionais. 5 A decisão tomada na ADPF n. 672-DF: caso de ativismo judicial? 6 Conclusão.

1 Introdução

As críticas às decisões do Poder Judiciário, sejam oriundas da comunidade jurídica especializada, sejam da população, são salutares e inerentes ao Estado Democrático de Direito. Contudo, quando se torna comum a alegação de que as decisões jurídicas não refletem ou não guardam correspondência com os ditames objetivos do ordenamento jurídico – mas são, sim, mero produto da preferência pessoal dos juízes –, pode surgir um déficit de legitimidade das instituições

jurisdicionais, mormente, nos casos em que tal atuação interfere na atuação de outros poderes estatais.

Tal discussão, evidentemente, não é nova e remonta, ainda que sob uma roupagem diferente e com as devidas adaptações a cada momento histórico, a passados próximos e distantes, tendo em vista que o processo de interpretação das normas é uma das questões mais sensíveis e antigas do Direito.^[1] Entretanto, em relação ao denominado ativismo judicial, tal termo surgiu na primeira metade do século XX, nos EUA, em decorrência de discussões sobre casos em que a sua Suprema Corte anulou atos do Legislativo e Executivo federais e estaduais daquele país (KRELL, 2012, p. 154).

No caso da experiência brasileira, ainda que sejam considerados um tema da moda na doutrina, tais questionamentos têm-se tornado especialmente mais intensos e frequentes hodiernamente, indo além do âmbito jurídico especializado, como se pode verificar de uma simples pesquisa nas notícias do próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,^[2] tendo em vista o momento histórico por que passa a República Federativa do Brasil, em que, muitas vezes, é colocado em xeque por altas autoridades da República^[3] um dos principais alicerces do arquétipo constitucional configurador de seu Estado Democrático de Direito, qual seja, a legitimidade com a qual o STF exerce a sua função de guardião da Constituição Federal.

Essa questão ganha contornos mais dramáticos nesse momento em que o mundo atravessa umas das piores crises sanitárias do século XXI, talvez a pior, consistente na pandemia do coronavírus, não tendo o Brasil restado incólume, o que, por sua vez, tem levado ao Supremo Tribunal Federal diversas discussões da mais alta sensibilidade social, como por exemplo aquelas ligadas à validade e efeitos de atos relativos a medidas de isolamento social em face de demandas de saúde pública.

Nesse sentido, foram objeto de questionamento no STF as condutas do presidente da República no combate à pandemia de covid-19, por meio da ADPF n. 672-DF, a qual foi interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) objetivando que o presidente da República adotasse as seguintes medidas: a) observação do protocolo da OMS, também seguido pelo Ministério da Saúde, a fim de que fossem adotadas medidas de isolamento social; b) respeito ao estabelecido pelos

governadores e prefeitos em relação ao funcionamento das atividades econômicas e medidas de isolamento social; c) não interferência no trabalho técnico de servidores do Ministério da Saúde; implementação de benefícios emergenciais para os desempregados, trabalhadores autônomos e informais e, bem assim, imediata inclusão daqueles que estiverem na fila do benefício social do programa Bolsa-Família; d) abstenção de tomar medidas de combate à pandemia contrárias às diretrizes técnicas e sanitárias das autoridades nacionais e internacionais; e) garantia da manutenção de medidas de isolamento social enquanto consideradas essenciais pelas autoridades sanitárias responsáveis; f) estabelecimento de procedimentos céleres e desburocratizados de implementação de medidas econômicas, especialmente aquelas destinadas aos setores mais vulneráveis.

Em casos tais, o STF tem exercido seu controle jurisdicional sobre diversas medidas de políticas de enfrentamento da pandemia, o que, muitas vezes, além de contrariar posicionamentos efetivados no âmbito da Poder Executivo Federal, tem levado o presidente da República a alegar não ter qualquer responsabilidade sobre o atual cenário da pandemia do Brasil, uma vez que o STF teria limitado seus poderes, deixando-o sem qualquer possibilidade de iniciativa.^[4]

Por oportuno, diante do caráter extremamente sensível e partidariado desse tema, é importante registrar que não é objetivo do presente artigo debater as questões de cunho não jurídico inerentes ao debate ou mesmo relativas à responsabilidade de autoridades públicas no enfrentamento da pandemia, mas, ao contrário, pretende-se distanciar-se o máximo possível de tais perspectivas de debate, focando apenas nos aspectos relativos à crítica ligada ao ativismo judicial que tais discussões, muitas vezes, ensejam.

Nesse passo, ainda que, por um lado, se possa compreender que a partidarização do tema reflita questões inerentes à própria dinâmica de disputa de poder, é inegável, por outro lado, que elas trazem consigo um importante questionamento de fundo hermenêutico constitucional.

Nesse sentido, em 7 de maio de 2020, em ato simbólico, o presidente da República cruzou a praça dos Três Poderes, a pé, juntamente com seu ministro da Economia, um grupo de políticos e empresários, além de outros agentes ligados ao setor econômico do País, saindo do Palácio

do Planalto em direção ao Supremo Tribunal Federal, sem agenda marcada ou mesmo qualquer ato processual previamente designado, para encontrar-se com o presidente do STF, a fim de exercer pressão por medidas jurídicas com vistas ao fim do isolamento social. Para isso, alegou necessidade de melhor ponderação, pois o efeito colateral do combate ao vírus não deveria ser mais danoso que a própria doença. Ora, ainda que o diálogo institucional entre os poderes da República seja salutar, mormente num contexto democrático, a maneira simbólica como tal movimento foi externado sinaliza uma crença arraigada em parcela considerável da classe política e da sociedade em geral de que o STF seria uma instância de decisão meramente voluntarista, de modo que estaria mais suscetível a pressões de ordem política do que a uma argumentação jurídico-racional.

E é justamente esse aspecto que se busca trazer à luz na presente análise, discutindo-se, primeiramente, o que é ativismo judicial e, em seguida, como o atual e deficiente modelo brasileiro de racionalidade jurídica contribui para o enfraquecimento da legitimidade de suas decisões, dando cabimento a questionamentos de ativismo judicial com as mais diversas intenções, que, muitas vezes, afastam-se da principal causa do problema.

É com o objetivo de apresentar pequeno esboço sobre esse problema com foco no modelo brasileiro de racionalidade jurídica que se passa a discutir como os métodos de interpretação podem contribuir para o seu fortalecimento e, conseqüentemente, conferir maior grau de legitimação das decisões. Ao final, faz-se uma análise exemplificativa da decisão judicial proferida na ADPF n. 672-DF, para analisar se as críticas de indevido ativismo do STF, ao limitar os poderes do presidente da República, são consistentes nesse caso específico. Como método de desenvolvimento desse estudo, serão utilizados a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, a fim de se fazer abordagem teórica e conceitual-normativa.

2 O ativismo judicial: um problema de natureza hermenêutica

Não é algo fora do comum ouvir alguém dizer que o Direito é o que juiz diz ser. Entretanto, tal afirmativa não é apenas baseada no senso comum, sendo lastreada também na denominada corrente do realismo

jurídico – perfilhada por expoentes como Alf Ross, Oliver Wendell Holmes, Karl Llewellyn, Jerome Frank, entre outros –, cujo lema pode ser sintetizado na seguinte afirmativa: “O direito é aquilo que os tribunais dizem que é”.^[5] Assim, fazendo um paralelo com tal assertiva, o Direito Constitucional seria aquilo que o Supremo Tribunal afirma, já que, no sistema jurídico brasileiro, é a última instância para decidir questões constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 428), o realismo jurídico teria auxiliado na superação do formalismo jurídico e da ideia mecanicista da atividade judicial. Assim, tal perspectiva seria favorável à evolução do Direito, na medida em que o procedimento burocrático de criação das leis dificilmente consegue acompanhar a evolução social, muito mais rápida e fluída, mormente quando se trata de normas inscritas numa constituição classificada como rígida (ou até super-rígida, para alguns), como é o caso da brasileira.

Contudo, se o Direito é simplesmente aquilo que o juiz diz ser, estaríamos reféns de seu subjetivismo e suscetíveis, portanto, às mais diversas arbitrariedades. Assim, o Estado de Direito traria uma contradição em si, pois, apesar de ter como um de seus objetivos proteger a liberdade dos cidadãos em face das arbitrariedades do poder estatal – ao dizer que ninguém está acima da lei –, acabaria por sujeitá-los a uma outra espécie de arbitrariedade: não mais a do soberano, mas a do juiz, que estaria ilimitado na sua posição de decidir, baseado na ideia de que o Direito é simplesmente o que ele diz ser.

Essa perspectiva, muitas vezes, é apontada como uma das raízes do ativismo judicial, que pode ser conceituado como a fundamentação da decisão judicial nas convicções subjetivas do julgador, enfim, no

senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo. (ABBOUD, 2020, p. 1371).

Por sua vez, segundo Antoine Garapon (1999, p. 56), “o ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la”.

Essa discussão sobre ativismo também já foi objeto de debates exaustivos no contexto da doutrina norte-americana, em que se destaca o pensamento de Christopher Wolfe, que aponta a necessidade de distinguir *judicial activism* (ativismo judicial) e *judicial restraint* (restrição judicial) por meio de duas perspectivas (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 81).

Na primeira óptica, o ativismo judicial estaria diretamente ligado à mencionada corrente doutrinária de realismo jurídico, visto que nesse panorama o juiz exerceria um poder “quase legislativo”. Assim, a diferença entre ativismo e o seu contraponto, o denominado *judicial self-restraint* (autorrestrição judicial), estaria no grau de liberdade ou vinculação do juiz à lei na prolação de sua decisão. Christopher Wolfe aduz que o ativismo judicial enfatiza o imperativo judicial de “fazer justiça”, minimizando as restrições do Poder Judiciário, enquanto o *judicial restraint* tende a enfatizar os limites que devem ser colocados ao Poder Judiciário na Democracia, para restringir sua discricionariedade em vários sentidos (WOLFE, 1997, p. 2).

Por sua vez, a segunda perspectiva está diretamente relacionada com uma abordagem histórica do controle jurisdicional de constitucionalidade. Para Christopher Wolfe, a história do *judicial review* deu surgimento a uma definição de ativismo judicial ligada à relação entre controle judicial e Constituição. Assim, o ativismo e a restrição judicial (*judicial restraint*) são funções que dizem em que medida o controle judicial pode ser considerado uma justa aplicação da Constituição, sem que haja interferência das crenças políticas ou preferências do juiz.^[6]

Nesse diapasão, o *judicial review* é elemento determinante para as discussões de ativismo no sistema norte-americano, pois a atribuição do controle judicial de constitucionalidade de leis e atos do Executivo fez com que o Judiciário se imiscuisse em debates que, muitas vezes, estavam restritos ao âmbito executivo e legislativo (TASSINARI, 2013, p. 87).

O controle de constitucionalidade tinha uma concepção moderada no seu nascimento, quando comparado ao sistema contemporâneo de controle de constitucionalidade (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 82). Nesse diapasão, havia consenso de que só deveria haver afastamento da lei que fosse claramente inconstitucional.

Entretanto, com o decurso do tempo, houve uma conscientização de que o controle de constitucionalidade não era uma função estritamente judicial, de modo que os limites tradicionalmente impostos ao exercício do poder jurisdicional arrefeciam naquela espécie de controle. Nesse sentido, segundo Wolfe, desde a moderna concepção das Cortes de que sua função não era estritamente judicial, tal limitação inerente ao exercício do poder jurisdicional perdeu importância (WOLFE, 1997, p. 27).

Assim, as Cortes passaram a ter um papel mais incisivo no controle constitucional, sendo essenciais na defesa de direitos fundamentais das minorias, mesmo que negligenciadas pelo Legislativo, observando-se um enfraquecimento da denominada "*political questions doctrine*" (doutrina das questões políticas, em livre tradução), utilizada pelas Cortes como um limite para evitar que o Judiciário adentrasse no mérito de questões essencialmente políticas (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 82).

Também foi alterado o sentido dado pelo tradicional *judicial review*, cujo posicionamento pode ser considerado *restraint judicial*, acerca dos limites da autoridade de interpretação constitucional pela Corte Suprema, estando nessa visão tradicional tal interpretação limitada e encarada como constitutiva de meros precedentes para a futura política geral do país. Contudo, essa visão foi, paulatinamente, ultrapassada, considerando-se, modernamente, o Judiciário como portador da interpretação suprema (WOLFE, 1997, p. 29).

Nesse diapasão, observa-se que o recrudescimento da constitucionalização do Direito, fenômeno que preconiza que o raio de incidência da Constituição deve se estender a todas as áreas do Direito, fez com que houvesse uma maior judicialização de questões antes restringidas ao âmbito político, tornando o Judiciário, diante do caráter principiológico e retórico do Direito, o "portador dos grandes sentidos normativos" (ADEODATO, 2009, p. 40).

Nesse contexto, a visão disseminada pelo moderno *judicial review* se identifica com o *activism judicial*, pois permite uma maior liberdade da interpretação jurídica no exame de questões constitucionais. Partilhando dessa nuance moderna do *judicial review*,^[7] Wolfe defende um ativismo moderado em favor da proteção de direitos individuais e

das minorias, avanço de reformas sociais, combate às discriminações ilegais e às leis inconstitucionais (WOLFE, 1997, p. 112), posição que também pretende ser adotada no presente estudo.

Por sua vez, independentemente da configuração e exame da origem do conceito, segundo Andreas Krell, há quem identifique como ativismo judicial aquelas decisões jurídicas que concedem benefícios positivos sem respaldo específico em normas positivadas, fazendo com que o Poder Judiciário se sub-rogue no papel dos respectivos órgãos competentes. Dessa forma, segundo essa perspectiva do ativismo, considerar-se-ia o juiz ativista "somente nos casos em que não houvesse uma positivação do respectivo direito que fundamenta a vantagem" (KRELL, 2012, p. 154). Para outros, numa visão mais genérica, seria, basicamente, a indevida invasão pelo Poder Judiciário na competência de outros poderes, sem que ele, entretanto, "'crie um direito' não expressamente previsto pelo ordenamento" (KRELL, 2012, p. 154-155).

Na sociedade brasileira, "a fragmentação de interesses, a estratificação social, a diferenciação cultural, regional e ideológica, provocam uma verdadeira 'crise de racionalidade' do modelo jurídico calcado na soberania da maioria" (CAMPILONGO, 1997, p. 53). Por conta disso, grande parte das demandas sociais não supridas pela legislação ou pelas atividades administrativas são canalizadas para o Poder Judiciário (KRELL, 2012, p. 140).

Muitas dessas decisões referentes a tais demandas – relacionadas aos direitos fundamentais, como é o caso das questões debatidas no âmbito da ADPF n. 672-DF, a qual tem como panos de fundo a temática constitucional de saúde pública e o direito de liberdade de locomoção –, por estarem relacionadas com uma grande discricionariedade jurídica, acabam, muitas vezes, sendo criticadas por um suposto ativismo judicial, sendo o Poder Judiciário acusado de interferir indevidamente nas políticas públicas em virtude de uma concepção meramente subjetiva do Direito pelos juízes, ou seja, uma interpretação sem qualquer baliza nos comandos objetivos da legislação.

Contudo, é preciso diferenciar quatro situações ligadas a essas críticas: a) aquelas em que a crítica de ativismo sequer pode ser levada em consideração, tendo em vista que a decisão se encontra devidamente fundamentada nas balizas legais e suas razões devidamente

justificadas; b) casos em que houve fundamentação com base na competência funcional do Poder Judiciário, cuja eventual interferência na política pública de outro ente ou órgão estatal está devidamente legitimada na legislação, mas cujo modelo de racionalidade deficiente enseja um comprometimento de sua argumentação jurídica; c) aqueles casos em que há um desbordamento dos comandos legais, por haver inovação jurídica sem qualquer respaldo legal ou por se estar pautado numa racionalidade jurídica deficiente, que se guia pela mera preferência pessoal do julgador ou por interesses diversos daqueles tutelados no ordenamento jurídico; d) casos em que, com efeito, há uma maior liberdade criativa do Poder Judiciário em áreas que, muitas vezes, apesar de não estarem na sua órbita de competência habitual, há legitimação para sua interferência com base numa interpretação extensiva, a qual se guia por uma racionalidade jurídica eficiente, orientada à consecução de bens tutelados no ordenamento jurídico.

Nos casos descritos no item *a*, eventuais críticas de ativismo judicial a tais situações, normalmente, estão relacionadas mais com uma possível crise de legitimidade do órgão prolator da decisão do que mesmo com a existência de prática de efetivo ativismo judicial. É que, nesses casos, não se pode falar de ativismo, apesar de ser bastante comum tal crítica por aqueles que se sentem prejudicados pela decisão. É o caso de agentes públicos que têm políticas frustradas ou mesmo são obrigados pelo Judiciário a ter condutas que não desejariam e, levianamente, imputam aos juízes uma indevida interferência em sua discricionariedade. Tal espécie de crítica, ainda que bastante comum, não merece acolhida na doutrina, pois, normalmente, funda-se na mera insatisfação pessoal do agente frustrado. Nessa mesma toada, Andreas Krell salienta que, frequentemente, essa alegação de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas está relacionada com decisões que exercem, basicamente, o controle de atos administrativos ou o controle de constitucionalidade de normas, cujo exame se mostra como estritamente jurídico,

exercido mediante verificação da aplicação correta das normas legais incidentes pelos órgãos competentes (ex.: licenciamento ambiental de um empreendimento industrial ou turístico). (KRELL, 2012, p. 148).

Nos casos descritos no item *b*, não se pode falar, necessariamente, de ativismo judicial, mas, normalmente, apenas de fundamentação

racionalmente deficiente. Tais decisões nem sempre estão equivocadas em suas conclusões, mas a maneira como expressam ou fundamentam seus postulados deixa lacunas capazes de comprometer a necessária intersubjetividade dos argumentos que dão suporte à decisão judicial. Em tais casos, em geral, não há, propriamente, uma interferência do Judiciário em espaço que lhe é interdito, mas apenas uma exposição deficiente dos fundamentos da decisão. Contudo, há uma linha tênue em que a argumentação deficiente pode ensejar a identificação de um ativismo judicial negativo, o qual é mais claramente descrito no item c.

Nessa linha, tem-se o item c, em que há um pernicioso ativismo judicial, o qual deve ser combatido e evitado a qualquer custo, pois compromete, de maneira visceral, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, consistindo numa indevida invasão pelo Poder Judiciário na competência originária de outros poderes sem nenhum respaldo jurídico e não expiando essa grave violação eventuais efeitos benéficos da decisão, os quais, comumente, são destacados apenas com base na opinião do respectivo julgador. Essas espécies de ativismo podem ser classificadas como uma espécie de ativismo forte, o qual deve ser repellido (KRELL, 2012, p. 155).

O ativismo defendido no presente artigo é aquele descrito no acima mencionado item d, o qual pode ser denominado como ativismo moderado ou positivo, podendo ser caracterizado como aquele em que

o juiz segue a racionalidade jurídica orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, ainda que ele adote uma interpretação extensiva de normas constitucionais principiológicas, sobretudo constitucionais. (KRELL, 2012, p. 155).

Como se observa dessa tentativa não exaustiva de estipular os casos de crítica de ativismo judicial,^[8] grande parte dessas questões está relacionada – em alguns casos de maneira direta, em outros apenas indireta – com a (in)eficiência do modelo de racionalidade com o qual a decisão judicial é fundamentada.

A eficiência do modelo de racionalidade da fundamentação da decisão é determinante, se não para afastar todo e qualquer problema relativo ao ativismo, pelo menos para superar a grande maioria dos problemas a ele atribuídos – mormente, a alegação de que um juiz ativista

representaria grande perigo ao sistema, subvertendo-o ao seu subjetivismo, de modo a usurpar as funções dos outros poderes do Estado e retornarmos ao velho realismo jurídico.

Não cabe vincular esse ativismo moderado às características descritas por Rafael Oliveira, Lênio Streck e Vicente Barreto, ou seja, um ativismo que autoriza a abertura do sentido normativo constitucional “com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais” (OLIVEIRA; STRECK; BARRETO, 2010, p. 10), ou mesmo falar que tal uso, lastreado no fenômeno do neoconstitucionalismo, geraria um fenômeno de pan-principiologismo, consistente na identificação desordenada dos mais diversos princípios, a fim de satisfazer a preferência pessoal do julgador descomprometido com a deontologia jurídica (STRECK, 2012).

Tal linha de raciocínio parece desconsiderar que o ativismo judicial moderado, ao possibilitar a revisão das escolhas tomadas pelo legislador ou representante do poder Executivo, não permite que o julgador, simplesmente, adentre em matéria política, porque almeja substituir as escolhas daqueles agentes competentes pelas suas convicções pessoais; mas sim, porque, muitas vezes, “por trás da natureza política, está sendo violado um direito fundamental ou um princípio essencial para as próprias bases institucionais do sistema constitucional” (KRELL, 2012, p. 150). Sobre esse aspecto, Alexy adverte que

direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. (ALEXY, 2008, p. 446).

Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos fundamentais estão relacionados com mandamentos alicerçados nos

pré-comprometimentos da própria soberania popular cuja efetiva realização exige um diálogo permanente entre os Poderes. Eles retiraram determinadas questões do processo político, colocando-as acima das decisões da maioria parlamentar e da vontade dos governos. (KRELL, 2012, p. 141).

Tal perspectiva, evidentemente, não se confunde com arbitrariedade judicial, pois não legitima o ativismo judicial em qualquer caso de políticas públicas, mas apenas autoriza a sua implementação em casos excepcionais e justificados diante do caso concreto, consoante

já decidiu o próprio STF, no âmbito da ADPF n. 45, julgada pelo ministro Celso de Mello, razão pela qual pode-se afirmar que “o problema estaria menos no resultado dessas decisões, mas na forma de sua fundamentação” (KRELL, 2012, p. 175).

Assim, é enfática a importância do estudo do papel da hermenêutica no debate sobre o ativismo judicial. Inclusive, tal entendimento pode ser inferido, ainda que apenas relacionado ao ativismo em casos de direitos sociais, pela assertiva de Andreas Krell, a qual, fundamentada no pensamento de Cristina Queiroz (QUEIROZ, 2005, p. 210 e ss.), diz que a “imperfeição da justiciabilidade e garantia efetiva dos direitos sociais se deve, sobretudo, à falta de uma prática institucional e cultural de sua interpretação” (KRELL, 2012, p. 141).

Em outro vértice, é imperioso salientar que a prática cultural hermenêutica brasileira não gera apenas imperfeição da aplicação dos direitos sociais, mas também, muitas vezes, provoca um déficit de legitimidade do próprio Poder Judiciário, cujas críticas recebidas, frequentemente, descambam para a vala comum do indevido uso de ativismo judicial. Dessa forma, passa-se a discutir o modelo de racionalidade deficiente brasileira, para, em seguida, analisar-se como a utilização de métodos hermenêuticos tradicionais pode ajudar a superá-lo e contribuir para a configuração de um ativismo judicial moderado, mais ajustado à realidade brasileira.

3 O modelo jurídico brasileiro de racionalidade

Segundo Clarissa Tassinari, o ativismo judicial seria uma questão de teoria de Direito, mais precisamente de hermenêutica, pois seu exame estaria condicionado pela maneira como se enxerga o problema da interpretação do Direito. Dessa forma, faz sentido indagar: a interpretação é um ato de vontade do intérprete ou

resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constituem a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? (TASSINARI, 2013, p. 32).

Para tal autora, é essa segunda hipótese que melhor representa o sentido do ato interpretativo.

Contudo, essa perseguição do melhor sentido para a interpretação, muitas vezes, esbarra-se no problema do deficiente modelo brasileiro de racionalidade jurídica.

Consoante Rodriguez, o modelo de racionalidade jurídica pode ser conceituado como "o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo" (RODRIGUEZ, 2013, p. 53).

No caso do modelo brasileiro, é notória a sua deficiência, pois, em grande parte dos casos, não se apela para argumentos racionais, mas sim, para argumentos de autoridade, que camuflam a total ausência de fundamento das decisões proferidas no sistema jurídico brasileiro. Muitas decisões jurídicas brasileiras são formadas sem qualquer preocupação com sua justificação; principalmente, se forem casos mais simples, em que o foco quase sempre é no resultado e não na justificativa. Não há uma preocupação em explicar como os dispositivos normativos utilizados, citações doutrinárias e precedentes relacionam-se entre si e conectam-se logicamente com as conclusões ofertadas nas decisões. Enfim, a decisão, muitas vezes, é apenas uma explicitação sobre o porquê do convencimento do julgador, não se preocupando em justificar ao interlocutor se aquela decisão é coerente e racional. Por outro lado, quando se trata de casos mais complexos, utiliza-se do expediente dos argumentos de autoridade como forma de reforçar a posição adotada, mas não como forma de apresentar uma argumentação coerente e racional, amplamente justificada. Além do mais, as decisões formadas por órgãos colegiados não são proferidas de maneira uniforme, mas são produto de uma mistura opinativa apenas parcialmente refletida no voto vencedor, que não conjuga os outros votos e apenas representa sua posição, aderida pelos demais julgadores. Dessa forma, Rodriguez conclui que a maneira de fundamentar no Brasil traduz uma Justiça meramente opinativa, senão vejamos:

[F]undamentar uma decisão no Brasil significa, na maior parte das vezes, exatamente isso: expor uma opinião pessoal. No entanto, é preciso observar que a opinião pessoal não é, por outro lado, pensada como fato isolado. Ela se relaciona e disputa o espaço com outros pontos de vista, como veremos adiante. Ao interagir com as demais posições, especialmente nos Tribunais, o resultado é sua relativa despersonalização. Mas tal interação não se dá no registro de uma

argumentação racional sistematizante e sim por meio de agregação de opiniões nos Tribunais em que tudo se passa como na apuração de votos em uma eleição majoritária. (RODRIGUEZ, 2013, p. 62).

Ora, ainda que possa não ser a única objeção, muitos obstáculos levantados contra o ativismo jurídico no Brasil têm forte correlação com essa experiência negativa derivada da cultura de tomada de decisão no modelo brasileiro, em que, muitas vezes, há uma carência de racionalidade gritante, comprometendo a intersubjetividade da argumentação.

Como solução para tal problema de fundamentação, Rodriguez aponta a necessidade do desenvolvimento de um padrão eficiente de argumentação, o qual deve ter em vista a generalização da argumentação para os casos futuros, deixando de lado uma visão meramente individual de quem profere a decisão, por meio de uma conscientização de que, naquele momento, o indivíduo julgador se posiciona enquanto instituição. Nesse sentido, argumentos racionais devem ser apresentados de maneira descentrada, justificados por meio de um método de argumentar impessoal. Assim, o julgador deve se desincumbir de seu ônus argumentativo, procurando explicitar coerentemente as razões que o levaram a tal decisão, de maneira que o cidadão possa entender perfeitamente o processo intelectual que acarretou a conclusão decisória. Não podem ser aceitas, no modelo de argumentação racional, decisões baseadas unicamente em argumentos de autoridade, os quais, como já colocado, configuram um padrão decisório de ordem meramente subjetiva (RODRIGUEZ, 2013, p. 66).

Evidentemente, a exigência de uma racionalidade na argumentação não significa extinguir todo e qualquer subjetivismo do julgador ou mesmo aceitar uma utópica pretensão de total imparcialidade do aplicador da lei, mas sim, que tais argumentos são passíveis de um controle intersubjetivo. Sobre esse controle da racionalidade do discurso jurídico, colhem-se as bem ponderadas lições de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *in verbis*:

[O] controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição

de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 48).

Essa demonstração do raciocínio desenvolvido por meio de uma exposição metódica da motivação do julgador possibilita uma fundamentação mais complexa do posicionamento tomado na decisão judicial, conferindo um maior grau de controle e conformação intersubjetiva da decisão (MÜLLER, 2012, p. 28 e ss.).

4 Os cânones de interpretação tradicionais

Nesse contexto, apesar de nem sempre bem aceitos pela doutrina,^[9] é preciso reconhecer a utilidade dos métodos clássicos de interpretação do Direito diante da realidade brasileira, a fim de emprestar um padrão confiável de intersubjetividade da argumentação utilizada nas decisões de sistema jurídico, inclusive em casos de ativismo jurídico. Assim, serão delineados a seguir, ainda que de maneira breve, os tradicionais cânones interpretativos do Direito: o método gramatical, sistemático, histórico e teleológico.^[10]

O método gramatical, também conhecido como literal, semântico ou filológico, procura definir o sentido jurídico do preceito interpretado somente com vista à literalidade, morfologia e sintaxe das palavras que o formam. Ele é o ponto de partida do intérprete jurídico, “justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador” (KRELL, 2014, p. 303). Nesse método, pode haver uma colisão entre duas tendências: a de fazer prevalecer o sentido coloquial da linguagem e a de privilegiar seu sentido técnico-jurídico (ENGISCH, 2008, p. 138). Tal distinção é muito importante nesse método, pois a variação de sentidos pode se aprofundar de acordo com o âmbito de linguagem em que ele se coloca. Por isso, é sempre essencial que o intérprete evite as ambiguidades que tal circunstância pode levar ao seu exercício interpretativo.

Por sua vez, tal método tem a vantagem de submeter a decisão jurídica a um grau maior de segurança, pois facilita o controle intersubjetivo da argumentação do intérprete e ainda confere a esta elevado grau

de legitimidade, uma vez que se apoia nas escolhas anteriormente tomadas de maneira democrática. Contudo, nem sempre o sentido literal da lei permite alcançar decisões adequadas e justas para o caso concreto. Igualmente, também é frequente a dificuldade de se encontrar o sentido claro do texto da lei; principalmente, em casos em que ela se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados. Além do mais, esse método literal nem sempre leva "a decisões unívocas; produz um número maior ou menor de possibilidades interpretativas, e o intérprete tem de optar por uma em detrimento das demais, considerando outros critérios" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 412).

No caso do ativismo judicial, é comum criticar-se que há um afastamento do teor literal das normas jurídicas e, portanto, um afastamento do método clássico de interpretação gramatical. Nesse sentido, como já colocado acima, não é incomum se alegar que há um indevido uso de interpretação principiológica para se afastar do que prescreve o texto legal. Assim, os opositores do ativismo judicial argumentam que nesses casos há mero voluntarismo do julgador, camuflado na utilização de princípios para burlar a lei.

Contudo, se o intérprete se afastar do teor literal do texto da lei ou da Constituição, por considerar que ele enseja uma ilegítima resolução do caso que lhe é dado interpretar, cumpre a ele se desincumbir do ônus argumentativo para justificar tal escolha. Nesse sentido, Alexy, ao tratar da aplicação de princípios de direitos fundamentais em detrimento do teor do texto legal ordinário, exemplifica que

o juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir ônus argumentativo. (ALEXY, 2008, p. 541).

Então, não se pode dizer, de antemão, que o mero uso de interpretação principiológica em detrimento de uma interpretação literal do texto da lei signifique submeter os casos a preferências pessoais do intérprete, visto que este deve arcar com o referido ônus argumentativo, que promove o controle intersubjetivo da decisão, se devidamente considerado.

O método sistemático de interpretação impõe a consideração do ordenamento jurídico como um complexo unitário, de modo que o sentido

de suas normas não pode ser alcançado apenas isoladamente, mas de acordo com o sistema em que se insere, a fim de manter a coerência e consistência da interpretação. Assim, partindo dessa premissa de que o ordenamento jurídico é um sistema, a interpretação de suas normas pressupõe uma conexão e influência de cada norma com as outras e o sistema como um todo, considerando correta a interpretação que com ele se harmonize.

Em casos em que a interpretação literal se mostre insuficiente, como, por exemplo, aqueles em que há uma inexatidão provocada pelo uso de conceitos indeterminados na norma, a interpretação sistemática pode ser bastante profícua.

Dessa forma, o conjunto regulatório no qual a norma está inserida, formado por regras e princípios de uma mesma lei e outras leis de igual, superior ou inferior nível hierárquico, ganha "importância decisiva na interpretação de um dispositivo" (KRELL, 2014, p. 305). Para Alexy, o argumento sistemático envolve "tanto a referência à situação de uma norma no texto legal como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios" (ALEXY, 2011, p. 237), de modo que fica essencial para validade de tal argumentação a necessária exposição da relação lógica entre as normas.

Por essa razão, é que não se pode considerar voluntarista a interpretação que tem como fundamento uma ponderação dos princípios constitucionais, haja vista que estes, em nosso sistema jurídico, ocupam posição de superioridade hierárquica em relação a outras normas infraconstitucionais do sistema. Em geral, essa interpretação exige um ônus argumentativo maior que o método literal, tendo em vista que amplia a margem de interpretação do julgador, mas também confere elevado grau de segurança se utilizado um modelo de racionalidade jurídica eficiente.

Dessa forma, com fundamento no pensamento de Humberto Ávila, pode-se dizer que, para se alcançar

um sentido constitucional e sistematicamente adequado do termo, que seja passível de subsunção, eventual ponderação entre os diferentes valores e interesses deverá ser feita com referência às relações concretas de sentido, aquelas presentes no caso concreto. (ÁVILA, 2014, p. 185 e ss. *apud* KRELL; PAIVA, 2017, p. 185-218).

Nesse passo, é muito comum que casos de ativismo judicial moderado utilizem uma interpretação sistemática, evitando que tal interpretação recaia no mero subjetivismo do intérprete.

Por sua vez, quando se está diante de uma interpretação que busca os motivos históricos de criação da norma, fala-se no método de interpretação histórico. Tal método busca aclarar as razões que levaram o legislador a inserir determinada norma no ordenamento jurídico, de modo que o sentido atual de sua interpretação seja devidamente contextualizado.

Contudo, a busca pelos condicionamentos históricos da norma raramente confere a clareza necessária sobre a forma como ela deveria ser compreendida e aplicada hodiernamente. Nesse sentido, pode-se dizer que a

interpretação genética, que tenta seguir a vontade do legislador, esbarra na objeção de que, nos complexos processos legislativos atuais, não há mais “uma vontade” legislativa a ser descoberta; o que interessa é somente o texto aprovado e não as pretensas vontades subjacentes. (KRELL, 2014, p. 305-306).

No contexto de um ativismo moderado, tal espécie de interpretação histórica pode demonstrar a razoabilidade e a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. Entretanto, há de se ter uma maior atenção na utilização deste método nos casos em que se opõe uma alegação de indevido ativismo judicial, tendo em vista que o exame do contexto histórico de uma norma pode consolidar a petrificação das questões jurídicas, impondo óbices baseados apenas em uma perspectiva retrógrada do Direito, que não mais se alinhe com o entendimento jurídico e social atual.

Por fim, o método teleológico é orientado pela busca do sentido da norma por meio da assimilação de sua finalidade. Não se trata, contudo, de descobrir o que o legislador almejava ao criar a norma e sim o sentido finalístico que decorre do texto objetivo na atualidade.

Assim, esse elemento teleológico se relaciona a um aspecto externo do texto legal, pois visa a descobrir a “orientação instrumental da norma, o que atribui ao intérprete uma considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso” (KRELL, 2014, p. 306).

Por conta dessa liberdade conferida pelo elemento teológico, trata-se de importante instrumento interpretativo de um ativismo judicial moderado, pois garante um amplo espaço para desenvolvimento de uma argumentação racional legitimada no exame jurídico das razões finalísticas de determinadas políticas públicas.

O exame teleológico não prescinde do aspecto subjetivo do intérprete, uma vez que a finalidade da norma não é um dado objetivo; entretanto, essa fundamentação não pode ser baseada numa mera preferência do julgador, pois depende do embasamento em argumentos racionais, passíveis de um controle de intersubjetividade. Em sentido parecido, veja-se o seguinte posicionamento de Andreas Krell, *in verbis*:

Os fins dos atos humanos são suas consequências decisivas, aquelas pelas quais aqueles são cometidos. A distinção entre o próprio fim de um ato e de suas consequências (principais ou acessórias) é sempre um ato de vontade subjetiva, uma vez que o fim não pode ser deduzido objetivamente do próprio ato. A norma, contudo, deve servir a um fim considerado razoável, que pode ser apresentado como tal; um discurso interpretativo sobre este fim normativo não pode ser arbitrário, antes precisa de uma fundamentação consistente que seja capaz de ser defendida contra possíveis contestações. (KRELL, 2014, p. 306).

Dessa breve exposição dos cânones de interpretação, verifica-se que tais métodos não constituem uma garantia de alcançar o melhor ou o único sentido correto da norma jurídica. Também não consubstanciam um método ao estilo “passo a passo” de como se deve interpretar uma norma, até porque inexistente hierarquia entre eles. Em verdade, podem ser considerados orientações para melhor desenvolvimento do processo de argumentação racional, garantindo a inteligibilidade das conclusões alcançadas no processo decisório.

Por conta disso, a utilização de tais métodos se mostra extremamente útil para a construção de uma argumentação racional no panorama de um ativismo judicial moderado, pois pode cumprir satisfatoriamente a função de afastar uma das principais críticas feitas ao ativismo, qual seja, a de que qualquer ativismo judicial é nefasto e incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois apenas refletiria a opinião de quem julga.

É justamente esse aspecto subjetivo que os métodos clássicos de interpretação visam a controlar, ainda que tal finalidade seja ontologicamente

impossível de se alcançar de maneira absoluta. E, mesmo que tenham alguma procedência as alegações de que tais métodos também podem servir para escamotear as obscuras intenções do aplicador da lei, também é verdade que eles emprestam uma relevante racionalidade para a argumentação jurídica, cuja utilidade não pode ser simplesmente descartada. Nessa toada, veja-se a seguinte percepção sobre eles, *in verbis*:

Os elementos metódicos do Direito não são panaceia, nem comparáveis aos métodos das ciências exatas; são ferramentas, canais de raciocínio e esquemas de argumentação racional, e como tais devem ser respeitados e estudados pela teoria, inclusive no Brasil do século XXI. (KRELL, 2014, p. 317).

5 A decisão tomada na ADPF n. 672-DF: caso de ativismo judicial?

Depois de elucidada a importância de que as decisões – que contenham ativismo judicial moderado – utilizem-se de uma argumentação racional e, sempre que possível, baseiem-se nos cânones tradicionais de interpretação, como forma de estabelecer um maior controle intersubjetivo de seu processo decisório, cumpre analisar em que medida a decisão tomada na ADPF n. 672-DF pode ser considerada um caso de ativismo judicial, bem como tratar de outros possíveis vícios hermenêuticos.

Nesse sentido, necessário salientar que não é objetivo do presente estudo fazer um exame detido de tal decisão ou mesmo discutir o pano de fundo político dela, mas apenas fazer os apontamentos que se relacionam com o assunto de ativismo judicial aqui já desenvolvido.

A Ordem Nacional dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADPF n. 672-DF perante o Supremo Tribunal Federal, questionando as condutas do presidente da República no combate à pandemia de covid-19 e objetivando que fossem adotadas as seguintes medidas: a) que se observasse o protocolo da OMS, também seguido pelo Ministério da Saúde, a fim de que fossem adotadas medidas de isolamento social; b) que se respeitasse o estabelecido pelos governadores e prefeitos em relação ao funcionamento das atividades econômicas e medidas de isolamento social; c) que não se interferisse no trabalho técnico de

servidores do Ministério da Saúde; d) que se implementassem benefícios emergenciais para os desempregados, trabalhadores autônomos e informais e, bem assim, se procedesse à imediata inclusão daqueles que estivessem na fila do benefício social do programa Bolsa-Família; e) que não se tomassem medidas de combate à pandemia contrárias às diretrizes técnicas e sanitárias das autoridades nacionais e internacionais; f) que se garantisse a manutenção de medidas de isolamento social enquanto essas fossem consideradas essenciais pelas autoridades sanitárias responsáveis; g) que se estabelecessem procedimentos céleres e desburocratizados de implementação de medidas econômicas, especialmente aquelas destinadas aos setores mais vulneráveis.

A petição inicial tem como principais pontos de embasamento a atuação supostamente nociva do presidente da República sobre as medidas de saúde para enfrentamento da pandemia e a ineficaz atuação na tomada de medidas de caráter econômico.

Nesse passo, a OAB alega, em síntese de seus argumentos centrais, que o "governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária" e que o presidente da República tem praticado "ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo o mundo".

Como se nota, fica claro o uso de argumento de autoridade no contexto argumentativo da OAB. Não se quer aqui dizer que tal argumento esteja eivado de vícios ou mesmo que seja completamente inadequado, até porque foram apresentados dados do Ministério da Saúde sobre os casos de covid-19 no Brasil. O que se pretende destacar aqui é que essa tendência de argumentação com base no argumento de autoridade, típica de modelo de racionalidade brasileiro, como já acima discutido, também se faz presente na petição inicial.

Contudo, é bem verdade que pode haver alguma racionalidade no uso de argumentos de autoridade, quando articulada uma argumentação coerente e embasada com outros dados que reforcem o sentido perquirido, ressaltando que o que se combate é o seu uso isolado ou sem nenhuma justificação. Inclusive, a própria defesa reconhece que as "políticas adotadas no mundo" também estão sendo tomadas pelo governo, de modo

que eventual falha da argumentação da OAB é neutralizada pelo reconhecimento da própria União por meio da AGU, senão vejamos:

todos os atos passíveis de controle de constitucionalidade – dotados de uma solenidade oficial mínima, que permita o seu reconhecimento como ato estatal – estão de acordo com as políticas adotadas no mundo e com as recomendações científicas, sanitárias e epidemiológicas.

Por outro lado, ainda que superável esse argumento de autoridade, observa-se que a OAB também procurou atacar as condutas pessoais do presidente da República, consoante se pode ver do seguinte trecho de sua petição inicial:

De maneira recorrente e desde o início da crise, o presidente tem mantido uma atitude negligente, quando não negacionista, em relação à pandemia e seus efeitos no Brasil. Por inúmeras vezes criticou o que chamou de “alarmismo” e de “histeria” por parte da imprensa e de autoridades públicas. Minimizou a doença ao chamá-la, de forma irresponsável e leviana, de um simples “resfriadinho” ou “gripezinha”. (STF. ADPF n. 672/DF. Petição inicial, fl. 5).

Sem querer entrar no mérito da questão, observa-se a tomada de uma argumentação democraticamente arriscada, que pode levar o Supremo Tribunal Federal a ter que dizer o que um presidente da República pode ou não pode externar sobre determinadas pautas públicas, fazendo com que parem sérias dúvidas sobre a legitimidade de um eventual ativismo judicial.

Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes entendeu que não cabe ao Supremo Tribunal Federal realizar medidas administrativas específicas, sob pena de interferência indevida no âmbito de outro poder da República. Entretanto, externou o entendimento – fundado num dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o de que todos estão submetidos à lei – de que cabe ao Poder Judiciário fiscalizar e controlar eventuais medidas dos outros poderes que conflitem com a Constituição. Senão vejamos:

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas

tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias. (STF. ADPF n. 672/DF. Decisão monocrática. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julg. 8.4.2020).

Por fim, o ministro Alexandre de Moraes decidiu, no que foi acompanhado de maneira unânime, pelo parcial deferimento da medida cautelar, para determinar a observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II; e 198 da Constituição Federal no cumprimento da Lei n. 13.979/2020, garantindo o exercício da competência concorrente dos estados e Distrito Federal e suplementar dos municípios, para cada qual exercer, no âmbito de seus territórios, medidas legalmente permitidas para o combate da pandemia, independentemente da superveniência de medida federal contrária.

No exame da decisão em comento, observa-se o uso dos métodos de interpretação sistemático e literal das normas em questão, uma vez que o seu conteúdo foi extraído tanto de uma interpretação gramatical das normas envolvidas quanto de sua relação na sistemática do ordenamento brasileiro. Contudo, também se observou uma carência de melhor densificação acerca de qual seria o efetivo espaço da competência de se produzirem normas gerais pela União no caso em comento, o que denota a utilização de um modelo de racionalidade deficiente, tendo em vista que a lei foi utilizada como fundamento, mas não foi devidamente desenvolvida a razão de sua aplicação no caso em questão de maneira detida e completa.

De toda forma, não obstante essas irregularidades hermenêuticas constatadas, não se pode falar que houve, no caso em comento, indevida interferência na órbita do poder Executivo. Nessa linha, veja-se o seguinte excerto de artigo que também examinou a questão:

[...] não há esvaziamento dos poderes do presidente da República, e não há criação de políticas públicas por parte do Supremo Tribunal Federal. Temos, em realidade, o maior Tribunal do país, conferindo força normativa à Constituição Federal, para coibir abusos por parte

do Poder Executivo que, em determinados atos e determinações, acabou por contrariá-la. (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 5).

Desse modo, não se constata a existência de qualquer ativismo judicial no caso em comento, nem mesmo aquele denominado moderado, razão pela qual as críticas de que o STF estaria exercendo indevidamente a função política do Executivo não têm qualquer cabimento nesse julgado.

6 Conclusão

O ativismo judicial é constantemente criticado como uma forma nefasta de atingir os alicerces do Estado Democrático de Direito. Entretanto, na realidade brasileira, conforme acima já colocado, um ativismo moderado pode ser necessário para o implemento dos direitos fundamentais. Dessa forma, não deve ser, de antemão, rechaçado.

Por outro lado, é necessário que esse ativismo moderado seja exercido com a utilização de uma argumentação racional, passível de controle intersubjetivo. Nesse passo, ainda que seja impossível retirar totalmente aspectos subjetivos do julgador de suas respectivas decisões, os cânones tradicionais de interpretação do Direito cumprem importante função na racionalidade das argumentações, razão pela qual têm utilização importante também nos casos de ativismo judicial moderado.

Por fim, com base em todos os conceitos desenvolvidos no presente artigo, conclui-se não ter sido identificado na decisão judicial examinada, prolatada no bojo da ADPF n. 672-DF, qualquer caso de ativismo judicial.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira; FERNANDES, Ricardo Yamin. Atuação do STF na pandemia da covid-19. *Fine line* entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1.020, p. 77-97, out./2020.

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? Chegando à tese do realismo jurídico. In: FEITOSA, E. et al. **O Direito como atividade judicial**. Recife: Bagaço, 2009. p. 38-142.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda H. Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio A. da Silva. SP: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque *et al.* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: UFPE, 2012. v. 2. p. 135-179.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan./jun. 2014.

KRELL, A. J.; PAIVA, R. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 185-218, jul./dez. 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides A. de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 2, n. 1, p. 1-16, 2010.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, V. A. da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio L. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 19 jan. 2021.

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

TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade, jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/ativismo-judicial-nos-limites-entre-racionalidade-jur%C3%ADdica-e-decis%C3%A3o-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 jan. 2021.

WALD, Patricia M. One nation indivisible, with liberty and justice for all: lessons from the american experience for new democracies. **Fordam Law Review**, vol. 59, issue 2, article 3, p. 283-297, 1990. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2898&context=flr>. Acesso em: 20 jan. 2021.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman e Littlefield Publishers, 1997.

Notas

- [1] Tal discussão, por exemplo, é uma das razões do surgimento do Código Napoleônico, em que o juiz se tornaria uma mera “boca da lei” (*bouche de la loi*), a fim de evitar os arbítrios judiciais provocados por uma suposta excessiva liberdade de interpretação dos juizes, os quais estavam sob forte suspeita na época da Revolução Francesa. Nessa linha, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 46.
- [2] Sem pretensão de tomada de posição com a questão de pano de fundo, mas apenas para exemplificar como têm sido intensos os ataques ao STF e dar respaldo à afirmação feita neste artigo, vejam-se as seguintes notícias, disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445871&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445764&ori=1>; e <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445065&ori=1>. Acesso em: out. 2022.
- [3] Nesse sentido, somente como exemplo do contexto histórico do Brasil atual, veja-se o caso de opinião do então ministro da Educação sobre o Supremo Tribunal Federal, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444172&ori=1>. Acesso em: out. 2022.
- [4] Nessa linha, veja-se o conteúdo da seguinte notícia, disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/339082/stf-diz-que-nao-impediu-bolsonaro-de-agir-no-combate-a-pandemia>. Acesso em: out. 2022.
- [5] Livremente traduzido da seguinte expressão “*The law is what the courts say it is*”, colhida no seguinte artigo: “*One nation indivisible, with liberty and justice for all: lessons from the american experience for new democracies*” (WALD, 1990).
- [6] “*This history of judicial review gives rise to a definition of judicial activism that focuses on the relation between judicial review and Constitution: activism and restraint are functions of the extent to which judicial review can be fairly considered an enforcement of the will of the Constitution, without an infusion of the judge’s own political beliefs of preferences.*” (WOLFE, 1997, p. 1).
- [7] Nesse ponto, cumpre salientar que, segundo Anderson Teixeira, é preciso não confundir *judicial review* com *judicial activism*, tendo em vista que aquele diz respeito ao controle de legitimidade constitucional, enquanto este último tem como base argumentos políticos, como, por exemplo, o caso em que se aduz que determinada lei foi aprovada por liberais. (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/ativismo-judicial-nos-limites-entre-racionalidade-jur%C3%ADdica-e-decis%C3%A3o-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 jan. 2021.

- [8] Caso haja maior interesse na classificação de modalidades de ativismo judicial, conferir o trabalho de Kmiec, o qual, registre-se, não foi a inspiração deste artigo, mas pode ser útil em eventual aprofundamento do assunto, pois trata das espécies de ativismo judicial, com as seguintes características: a) ocorre para invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros poderes (p. 1463-1466); b) ocorre para afastar a aplicação dos precedentes (p. 1466-1469); c) atua-se como legislador (p. 1471-1473); d) utiliza-se de técnicas hermenêuticas conhecidas pela doutrina (p. 1473-1475); e) traz julgamentos predeterminados a fins específicos (p. 1475-1476). KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.
- [9] Tais métodos clássicos perderam espaço na hermenêutica brasileira após o fim do regime militar no Brasil, tendo em vista uma forte resistência à perspectiva formalista adotada por esse regime, de modo que se passou a valorizar mais aspectos sociológicos, filosóficos, linguísticos etc. (KRELL, 2014, p. 296).
- [10] Não se costuma apontar um grau de prevalência entre eles, mas apenas uma relação de complementaridade, no sentido de que a eventual inadequação de um pode ser suprida por outro.