

# A EXIGÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DE DADOS SOBRE A COVID-19 POR PARTE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 690-DF

THE DEMAND FOR DISCLOSURE OF DATA ON COVID-19 BY THE MINISTRY OF HEALTH IN THE LIGHT OF JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE JUDGMENT OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AT ADPF 690-DF

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS<sup>1</sup>  
HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR<sup>2</sup>  
RICARDO SANTIAGO TEIXEIRA<sup>3</sup>

## RESUMO

Nos países de tradição romano-germânica a partir da segunda metade do século XX, a influência dos ideais constitucionais estadunidenses levou a mudanças na atuação do Poder Judiciário como concretizador, ao lado dos outros Poderes, de valores estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, o problema a que se propõe responder é se é legítima a atuação do Poder Judiciário, com base na noção de ativismo judicial, em exigir do Poder Executivo a divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19. Os obje-

- 1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>.
- 2 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Analista judiciário (área judiciária) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5333-5643>
- 3 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialista em Processo pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Agroambiental e Minerário pela Universidade Federal do Pará UFPA em parceria com a Escola Superior da Magistratura do Pará. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Tabelião da serventia extrajudicial do Distrito de Mosqueiro, município de Belém/PA, como titular do Cartório Santiago Teixeira. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8924-4818>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; TEIXEIRA, Ricardo Santiago. A exigência de divulgação de dados sobre a Covid-19 por parte do Ministério da Saúde à luz do ativismo judicial: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF 690-DF. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 250-271, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.8338>.

tivos específicos são: fazer considerações sobre o ativismo judicial e demonstrar, com a decisão cautelar na ADPF 690-DF, que determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, que o ativismo judicial é o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário como também materializador da CRFB/1988. O método utilizado é o dedutivo. A pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para obrigar o Poder Executivo a divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, é expressão de forte ativismo judicial, resultante de sua competência concretizadora de Direitos Fundamentais e da equivocidade da política pública de divulgação de dados sobre a saúde no Brasil.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; Ministério da Saúde; divulgação de dados; COVID-19; separação de poderes; Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

*In countries of Roman-German tradition from the second half of the 20th century onwards, the influence of American constitutional ideals led to changes in the performance of the Judiciary as a materializer, alongside other Powers, of values established in the Constitution of the Brazil. Thus, the problem to which it is proposed to answer is whether the performance of the Judiciary Power, based on the notion of judicial activism, in demanding from the Executive Power the disclosure of data on the pandemic of COVID-19 is legitimate. The specific objectives are: to make considerations about judicial activism and demonstrate, with the precautionary decision in ADPF 690-DF, that determined to the Ministry of Health to disclose data on the COVID-19 pandemic, that judicial activism is the logical consectary of the constitutional recognition of the Judiciary as also materializing the Constitution. The deductive method is used. The research is bibliographic and jurisprudential. It is concluded that the reasoning used by the Supreme Court to compel the Executive Branch to disclose data on the pandemic of COVID-19, is an expression of strong judicial activism, resulting from its competence to concretize Fundamental Rights and the equivocal public policy of dissemination of health data in Brazil.*

**Keywords:** *judicial activism; dice; disclosure; Ministry of Health; COVID-19; separation of powers; Federal Court of Justice.*

## 1. INTRODUÇÃO

Nos países de tradição romano-germânica, a partir de meados do século XX, a influência dos ideais constitucionais estadunidenses alterou a forma de perceber-se, aplicar e concretizar direitos e objetivos forjados no âmago de suas Constituições, influência esta que foi moldada pela Suprema Corte tomando por base o caso *Marbury vs. Madison (1803)* e *Dred Scott vs. Sandford (1857)*, somada, ainda, à noção, moldada no famoso caso *Lüth*, de que os Direitos Fundamentais consolidam uma ordem objetiva de valores.

Os valores e objetivos, previstos nas Constituições, deixam de ser apenas um norte a ser seguido frente à atuação pelo Legislativo e passam a transformar-se em verdadeiros direitos materializados também diretamente pelos seus destinatários por meio de decisões do Poder Judiciário. As Constituições ditas viventes passam, então, a ter força normativa latente.

Essa força normativa da Constituição ajudou, de modo inexorável, a transformar o Judiciário num verdadeiro concretizador de valores constitucionais, potencializando seu protagonismo em relação aos demais Poderes, deixando de ser apenas um aplicador da Constituição para também ser um realizador dos valores nela contidos.

Nesse contexto de relevância do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), é que se torna premente o estudo do fenômeno do ativismo judicial e suas consequências sobre e a partir das políticas públicas, observando-se que tal fenômeno está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, seja através da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, seja pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição ou pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nesse sentido, o ativismo judicial tem ligação direta com a noção de judicialização da Política e com o positivismo jurisprudencial, visto que envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade, decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política.

Desta feita, o presente artigo tem como objetivo primordial demonstrar que o ativismo judicial se trata de um protagonismo do Poder Judiciário, por seus julgamentos, como concretizador de princípios e objetivos constitucionais, bem como pelo reconhecimento da força normativa dos valores estabelecidos na Constituição, especialmente a partir das premissas fixadas pelo caso *Lüth*, premissas essas que marcam a interpretação contemporânea dos Direitos Fundamentais. Essa tendência surgiu como uma consequência da adoção pelos constituintes dos diversos países de influência romano-germânica, dentre eles o Brasil, após a segunda guerra mundial.

Posteriormente, a partir das considerações traçadas na decisão cautelar nos autos da ADPF 690-DF, que determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, será possível notar que o ativismo judicial nada mais é do que o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário enquanto concretizador das normas previstas na CRFB/1988, estando de acordo com modelo constitucional de Separação de Poderes.

Para alcançar tal objetivo, o trabalho será dividido em quatro tópicos da seguinte forma: no primeiro tópico será analisada como a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a influência do modelo constitucional estadunidense e as noções firmadas no caso *Lüth* referente aos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores embasaram a necessidade de mudança de postura do Poder Judiciário no que concerne à concretização de direitos e objetivos estabelecidos diretamente na Constituição; no segundo tópico, serão analisadas as principais críticas ao ativismo judicial; no terceiro tópico, será analisado como as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, de aprofundado cunho valorativo e de uma quase impossível unanimidade, vêm sendo recepcionadas de forma acrítica pela sociedade; por fim, será feita análise da decisão do STF no julgamento da medida cautelar nos autos da ADPF 690-DF, que determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, à luz do ativismo judicial.

A metodologia utilizada no presente artigo será a dedutiva, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, tendo como justificativa para a pesquisa a necessidade de se averiguar a pertinência e legitimidade do chamado ativismo judicial pelo Poder Judiciário brasileiro no controle de políticas públicas por parte dos demais poderes estatais, especificamente em

relação à divulgação de dados da pandemia de COVID-19 pelo Ministério da Saúde enquanto ente do Poder Executivo Federal.

## 2. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: O POSITIVISMO JURÍDICO E A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL POR MEIO DAS MUDANÇAS NA CONCEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. O CASO LÜTH.

Coube a John Locke (1690, p. 59 *apud* Chevallier, p. 110), na linha de outros autores, reconhecer três funções distintas: a legislativa (consistente em decidir como a força pública haveria de ser empregada), a executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a confederativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças).

Todavia, foi com Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu de la Brède (1997), que a teoria da divisão de poderes ganhou destaque e relevância. Para Montesquieu a concentração em um só ente das competências Estatais de criar as leis, administrar a coisa pública e julgar, tende ao abuso e, por conseguinte, à violação da vida e das liberdades dos cidadãos. Nesse sentido, a trilogia dos Poderes é exposta por Montesquieu no Livro XI de sua obra, O Espírito das Leis, cujo capítulo VI vai dedicado à organização política dos ingleses. Nesse estudo, Montesquieu (1997, p. 202) apresenta a separação dos Poderes como uma garantia da liberdade individual e assim justifica:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, o cidadão não tem nenhuma liberdade; porque será impossível ter dúvidas sobre que o mesmo monarca e o mesmo corpo legislativo façam leis tirânicas para as executar tiranicamente. Não há também liberdade se o poder de julgar não é separado do poder de legislar e do poder de executar. Se ele está junto ao poder legislativo, a disposição sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrária. E se ele está junto ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor...

Essa divisão do Estado em três Poderes acarretaria o acúmulo de funções típicas e atípicas, cabendo ao Poder Legislativo não só a função de criar normas (função típica), mas também a de julgar e administrar (funções atípicas). A competência do Judiciário seria a de julgar (função típica) e a de administrar e legislar (função atípica); por fim, ao Executivo, caberia a função típica de administrar a coisa pública e como atípicas as de julgar e legislar (Montesquieu, 1997).

Nesse sentido, Montesquieu reconhece o Judiciário como Poder política e axiologicamente neutro, devendo ser o instrumento por meio do qual a voz do parlamento falaria. Trata-se de uma função nitidamente apequenada. Justificava-se esse papel pelo fato de que no antigo regime francês os juízes estavam profundamente enraizados à estrutura feudal pré-revolucionária, atuando de forma abusiva e impopular.

Por esta razón, la Francia posrevolucionaria ha mostrado con insistencia una actitud rígidamente contraria al control judicial. Esta actitud había encontrado ya su conceptualización en la descripción que Montesquieu hacía de los jueces como meras «bocas de la ley», «seres inanimados» cuya única tarea debería ser la de apúcar de manera ciega, automática, carente de creatividad, la voluntad suprema de la legislación popular (Cappelletti, 1980, p. 66).

Neste sentido, um controle realizado judicialmente significaria uma intromissão no monopólio político-normativo que, como se sabe, era função precípua do Poder Legislativo.

Assim, dentro dessa lógica a medida da independência do Judiciário era a neutralidade política, pelo que quanto mais neutro (atuar se provocado, atuar com base na lei e atuar em dependência orçamentária), mais independente seria o Poder Judiciário. Nesta lógica não se poderia esperar (ou desejar) atuar diverso e controverso por parte do Judiciário (Trigueiro, 1981).

Importa salientar que nesse aspecto a Constituição não poderia ser considerada um documento normativo, segundo a teoria da separação de poderes de Montesquieu, no sentido de regular diretamente as relações entre os cidadãos ou entre Estado e cidadãos, sendo suas disposições de caráter meramente organizatório ou jurídico-processual, tendo sido tal modelo de grande influência por toda a Europa Continental, servindo de base para o positivismo jurídico, adotado como pensamento dominante pelos Estados Liberais, conforme se vê em Verbicaro, (2017, p. 52):

O positivismo jurídico nasce, pois, do impulso histórico para a legislação, que apresenta uma dupla exigência: estabelecer ordem ao caos de um direito primitivo, nitidamente inconsciente, irrefletido e irracional e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social e para estabilização das expectativas. Dessa forma, impõe-se ao direito moderno a tarefa de racionalização, simplificação e nivelamento do sistema social.

Assim, o positivismo jurídico consolida-se no âmago dos Estados Liberais atingindo o seu auge durante o século XIX, sendo que, servindo como paradigma dominante da moderna dogmática jurídica dos países Europeus e suas ex-colônias e países de influência.

A forte influência burguesa de valores individualistas, apoiada na ideia de segurança jurídica e de respeito a valores individuais, fez com que os Estados Liberais passassem a adotar a produção normativa feita pelo Poder Legislativo como sendo a única capaz de garantir a exatidão necessária para implementarem segurança e certeza condizentes com a racionalidade da modernidade.

Além disso, o Estado Liberal passou também a exigir a função de garantir, por meio de normas gerais, produzidas do âmago do Poder Legislativo, a estabilidade social e a resolução de conflitos necessários ao desenvolvimento do ideal econômico burguês da modernidade, estando tal estado submetido às regras de direito e do mercado, enquanto garantidor da liberdade, da propriedade e da segurança, de acordo com Bastos (2007, p. 31-32).

Evidentemente que o direito é chamado a legitimar tal discurso. Afinal, o “Estado moderno é basicamente um sistema jurídico”, na medida em que a legitimidade de sua conduta não está na força ou na violência, mas sim na submissão a um conjunto de normas válidas. [...] Neste universo, é impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças, esta igualdade formal, razão pela qual caberia a ele apenas salvaguardar a ordem pública e as demais condições de competição.

Acresça-se, como causa disso, o acelerado processo de industrialização e de massificação da produção que tornou a sociedade moderna mais complexa dando origem a realidades sociais em diversos países marcadas por altos índices de miséria, indigência, desigualdade na distribuição de renda e diversas outros conflitos sociais, reveladores “dos limites da aplicabilidade do princípio da igualdade formal perante a lei” (Verbicaro, 2017, p. 68).

A indiferença aos problemas sociais como mote do estado liberal, passa a ser questionada por forças sociais que surgem a partir da tentativa de massificação e padronização da sociedade, questionamentos esses que o Estado e o direito formal não conseguiram acompanhar.

O sistema capitalista, desta feita, precisou de reformulação abrindo-se às influências sociais, a fim de preservar os seus fundamentos estruturais e de sua legitimação, uma vez que não bastava mais a existência de igualdades formais e de um Estado com postura indiferente às necessidades sociais. Era preciso uma reformulação da própria ideia de Estado e de sua função como concretizador de objetivos políticos específicos e de correção de questões sociais, como forma de sobrevivência do próprio sistema capitalista através da reparação de eventuais falhas sistêmicas, conforme Bastos (2007, p. 34-35):

Visando reparar as “eventuais” falhas do mercado, corrigir seus “excessos”, reduzir os chamados custos de transação, organizando e protegendo a sociedade, a ideia principal a ser propalada pelos defensores do chamado capitalismo social ou organizado é a de que a regência do conjunto da vida social não poderá ser feita exclusivamente pelo mercado, devendo o Estado “humanizar os rigores do primeiro capitalismo”, por meio, inclusive, de uma revisão ética do conceito de racionalidade humana.

Desse modo, o Estado assumiu uma postura mais ativa na implementação da chamada igualdade material por meio de políticas públicas com a inclusão social, repercutindo na forma de concepção da lei e da Constituição, baseando-se, ainda, na ideia de que no estado social-distribuidor, “a lei passa a assumir a função estratégica de conformação e direção política orientada a determinado fim para contornar uma dada situação concreta” (Verbicaro, 2017, p. 69).

Diversos direitos sociais, a partir de então, voltados à consolidação da igualdade material, foram deslocados para o cerne das Constituições, em vários países ocidentais, passando as Constituições a disporem não somente de direitos individuais, mas, especialmente, de direitos sociais. As normas constitucionais, destarte, passam a elucidar programas de ação para os Estados, com nítida conotação dirigente, de modo a guiar toda a atividade estatal:

Não se cuida mais, portanto, de liberdade do indivíduo perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direi-

tos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material. (Sarlet, 2012, p. 33).

No Brasil, país de origem romano-germânica, esta passagem do Estado Liberal para o Estado Social, não deixou o direito imune a modificações na maneira de ser concebido. “Nos últimos cinquenta anos, no entanto, notadamente após o término da 2ª Guerra Mundial, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações” (Barroso, 2010, p. 3). Do mesmo modo, e refletindo, precisamente, tais mudanças, as Constituições passaram por modificações políticas, conceituais e paradigmáticas relevantes.

Há um marco jurisprudencial para identificar tais transformações: trata-se do famoso caso *Lüth* (Dimoulis; Martins, 2014), de 15.01.1958. O Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha, sob a égide da lei fundamental de 1949, entendeu que os Direitos Fundamentais deviam desempenhar uma função além da de mera proteção de situações individuais. Veja-se a correta síntese formulada por Dimoulis e Martins (2014, p. 260):

Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

Afinal, os Direitos Fundamentais, em que pese apresentarem natureza jurídica de norma principiológica, consagrariam uma ordem objetiva de valores, que valeriam para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional, influenciando e condicionando todas as áreas do direito, e condicionando, igualmente, os três Poderes estatais, de modo que Legislativo, Administração Pública e Judiciário receberiam de tal ordenamento objetivo diretrizes e impulsos inexoravelmente condicionantes do agir estatal.

É por isso que Grimm (2006, p. 276) aduz que, a partir do caso *Lüth*, a Corte alemã concluiu que as exigências dos Direitos Fundamentais não seriam apenas válidas para o legislador, mas também no momento de interpretação e aplicação das leis. Desta forma, a proteção dos Direitos Fundamentais foi alçada para o nível de aplicação do direito. É dizer, leis que restrinjam Direitos Fundamentais devem ser interpretadas à luz do direito fundamental restringido.

Pela relevância do tema trazido neste trabalho, faz-se mister trazer a lume, *ipsis litteris*, o pensamento de Grimm (2006, p. 279):

Onde a política se deixa aprisionar pelo benefício de curto prazo para a próxima eleição, os direitos fundamentais lembram-lhe suas diretrizes de objetivos e obrigações de longo prazo, superiores aos interesses partidários. Onde a política cede à pressão de poderosos interesses ou tem preferência por sua clientela, os direitos fundamentais lembram o preceito de igualdade de tratamento.

Analisando as premissas postas por meio do Caso Lüth e a passagem da lavra de Grimm, supra transcrita, resta claro ter ocorrido uma identificação entre os termos “Direitos Fundamentais” e “Poder Judiciário”. Dessa forma, ler-se-ia: “Onde a política se deixa aprisionar pelo benefício de curto prazo para a próxima eleição” o Poder Judiciário lembra-lhe “suas diretrizes de objetivos e obrigações de longo prazo, superiores aos interesses partidários. Onde a política cede à pressão de poderosos interesses ou tem preferência por sua clientela,” o Poder Judiciário lembra “o preceito de igualdade de tratamento”.

De certa forma essa identificação restaria inescusável eis que parece correto sustentar que os Direitos Humanos e a ideia que consagram e da qual extraem sua força, buscam “uma distância crítica da lei” à medida que “consistem precisamente no instrumento de crítica e contestação, exatamente, do sistema de direito positivo” (Barreto, 2013, p. 30-31). Essa ideia levou Douzinas (2009, p. 373), com precisão, a afirmar que:

Os Direitos Humanos encontram um lugar desconfortável no texto da lei. Na medida em que se tornam discurso jurídico positivado e se juntam ao cálculo da lei, à tematização e à sincronização, eles compartilham o intento de sujeitar a sociedade com a lógica única e dominante, que necessariamente viola a demanda de justiça. Mas, ao mesmo tempo eles representam o Poder Judiciário absolutamente dissonante da postura neutra, pouco criativa e extremamente reativa pensada por Montesquieu.

Tal postura, ademais, resta prejudicada pelas expectativas decorrentes do Estado Constitucional Social, que se desenvolve no pós-segunda guerra, tendo por principal característica a subordinação das políticas e da legislação a uma Constituição dita normativa, passando os Juízes e Tribunais a ter competências não apenas para invalidar leis e atos administrativos contrários material e formalmente à Constituição, mas também interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição, ou melhor, à luz de um texto constitucional repleto de normas principiológica (valores) de textura exegética aberta (e, assim, com diversas possibilidades semânticas, inclusive potencialmente contraditórias) e com pretensão de gozarem de força normativa, de constituírem-se, não nos esqueçamos, em uma ordem (um comando) objetiva.

A esse fenômeno alguns autores denominam de neoconstitucionalismo. De acordo com Barroso (2010, p. 4), esse neoconstitucionalismo, é marcado fundamentalmente por três características: a) o reconhecimento de força normativa da Constituição, b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional, que acompanharão tanto a forma de se pensar quanto a forma de se implementar os valores constitucionais, em especial aqueles voltados aos direitos sociais, senão vejamos:

Ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional, foram desenvolvidas novas categorias, com o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais, a crescente utilização da técnica da ponderação, a reabilitação da razão prática na argumentação, como fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Neste contexto, os direitos sociais necessitavam de efetivação de políticas públicas do Estado por terem sido elevados à categoria de direitos constitucionais fazendo com que os tribunais interferissem na realização e efetivação dos preceitos constitucionais” por meio “de uma atuação prospectiva, contrária àquela visualizada no Estado Liberal, essencialmente retrospectiva” (Verbicaro, 2017, p. 75).

Ressalte-se que tal interferência do Poder Judiciário para concretização das políticas públicas é potencializada, sobretudo, pela forma como os direitos foram dispostos nas Constituições, essencialmente por meio de princípios, de baixa densidade semântica, como já lembrado supra, e que devem ser dimensionados pelo magistrado.

Nesse ponto, faz-se necessária a ideia de Verbicaro (2017, p. 75-76) de que, para a aplicabilidade dos direitos fundamentais e para evitarem-se os casuísmos e decisionismos interpretativos e judiciais, é imprescindível uma interpretação que se coadune com uma teoria de direitos fundamentais, criada a partir de uma espécie de ativismo judicial, de uma maior atuação dos tribunais constitucionais (Jurisdição Constitucional) e “a construção de novos *Standards* centrados em modelos distintos de atuação judicial que superam o modelo dedutivo consolidado nos Estados Liberais”.

Assim, esse ativismo judicial restou firmado no caso Lüth em que o modelo de aplicação direta dos Direitos Fundamentais não se coadunava pela subsunção, característica das regras, mas sim na noção de que o melhor critério a ser utilizado pelo julgador para solucionar aparente conflito de bens jurídicos tutelados deveria ser a ponderação. (Dimoulis; Martins, 2014, p. 260).

A ponderação seria o método adequado para a solução de conflitos entre normas que consagram Direitos Fundamentais (e os valores nelas residentes), à medida que a solução de tais conflitos jamais poderia acarretar o desprestígio de qualquer dos valores conflitantes, pelo que mister se analisar todas as circunstâncias do caso concreto onde o conflito esteja ocorrendo, a partir de uma visão completa de tal caso, dialogando-se com todos os fatores substanciais que envolvem o conflito cuja solução se pretende. São as circunstâncias do caso concreto que farão do Direito Fundamental “A” vencer o conflito com o Direito Fundamental “B”, o que revela que à luz de outras circunstâncias o mesmo conflito poderá ter outro desfecho.

Assim, essa forte ideia acerca da ordem objetiva de valores e, a partir dela e das importantes consequências dela advindas (maior densidade normativa das normas principiológicas, efeito irradiador, eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais e ponderação) parece fomentar a ideia de um Poder Judiciário protagonista na concretização dos objetivos e compromissos definidos na Constituição, o que, por seu turno, parece fundamentar a ideia de ativismo judicial, ligado a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (mudança *do law in book* para o *law in action*), conforme Barroso (2012, p. 26):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Parece ser correto afirmar, todavia, que se tais ideias parecem fundamentar um protagonismo do Poder Judiciário e uma conduta ativista de sua parte, por outro lado essa mesma ideia não parece sugerir que tal protagonismo será exercido de modo exclusivo, que tal ativismo será não para tutelar a Constituição, mas para assenhorar-se dela, não para que o Poder Judiciário seja o *Hüter* da Constituição, mas para ser seu *Herr*, na expressão marcante de Verdú (1994).

O que acarreta tal protagonismo exclusivo, o que causa o indevido apossamento da Constituição está mais ligado à negligência dos demais Poderes no exercício de suas funções, inclu-

sive a de servir de freio e contrapeso, e na precariedade dos controles institucionais ligados ao exercício da cidadania. Afinal, como também, acertadamente, alertou Montesquieu (1997), é da natureza do poder caminhar até onde encontrar limites. Assim, no caso Brasil, o ativismo judicial ganhou contornos de uma realidade mais latente com o fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional ambos inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio dos mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade e da força de suas decisões, que “somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional” (Moraes, 2017, p. 39).

Nota-se, assim, que o chamado ativismo judicial, que sofre inúmeras críticas, algumas justas, decorre do protagonismo que o novo modelo constitucional aferiu ao Judiciário.

Nesse sentido os próximos tópicos destinar-se-ão a analisar as principais críticas ao ativismo judicial e de que forma o protagonismo que o judiciário vem ganhando pode se desviar de tais críticas. Por fim, será analisada a decisão tomada no julgamento da medida cautelar da ADPF 690, como emanção do próprio ativismo judiciário forjado em âmbito do Supremo Tribunal Federal.

### **3. AS PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL E SEU APERFEIÇOAMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.**

Os meios de comunicação têm dado enorme relevo ultimamente às decisões do Supremo Tribunal Federal incutindo na sociedade o papel do Judiciário como intérprete dos valores constitucionais e de condutor também de diversas escolhas políticas sensíveis à moralidade.

Entretanto, a enorme exposição midiática acarretou severas críticas à atuação do Poder Judiciário, conjecturando-se, por vezes, eventuais desvios de suas competências constitucionais e extrapolação de poderes.

O presente tópico, desse modo, tem como objetivo apontar as principais críticas ao ativismo judicial, como tentativa de aperfeiçoamento deste fenômeno recente do sistema jurídico brasileiro.

De acordo com a doutrina de Feio (2018, p. 48), a primeira crítica que se faz ao ativismo judicial é a possibilidade de enfraquecimento dos Direitos Fundamentais, uma vez que, como tais direitos estão previstos constitucionalmente por meio de princípios, não havendo um conteúdo certo e acabado de seus conteúdos, cabe ao aplicador a sua definição, tendo o Judiciário a última palavra sobre o seu conteúdo, o que pode resultar na perda de força de sua dimensão.

Assim, poderia haver subjetividade de cada membro do Poder Judiciário na fixação da dimensão do que vem a ser tais Direitos Fundamentais e sua amplitude. Nesse sentido Feio (2018, p. 49) esclarece que a “aplicação dos direitos fundamentais acaba se transformando em uma exposição de valores pessoais, em que o julgador expressa suas preferências em detrimento dos direitos fundamentais”.

A ponderação entre os princípios fundamentais, segundo os críticos, facilitaria a manipulação do seu conteúdo, dando margem para os juízes decidirem da maneira que entendessem, até mesmo contra a lei, violando a separação de poderes e modificando valores constitucionais (Habermas, 1997, p. 304-305).

Nota-se, assim, que há o risco de que, na ânsia de concretizar valores previstos na Constituição, os juízes, transbordem para as suas decisões manifestações meramente pessoais e sentidos da vida subjetivos que tenham como resultado, na verdade, uma limitação de direitos fundamentais não almejada pelo constituinte.

Contudo, isso faz parte da escolha do constituinte no sentido de ser o Poder Judiciário também responsável pela concretização de valores constitucionais.

A Constituição, a partir dessa escolha, optou por colocar no seu âmago, com força normativa, os Direitos Fundamentais, tendo encarregado o Poder Judiciário da competência de apreciar qualquer ameaça ou violação a tais direitos. Portanto, quando o magistrado pondera determinado Direito Fundamental por meio de princípios, não está, em tese, limitando ou enfraquecendo qualquer valor, mas sim cumprindo a competência que lhe foi outorgada pela própria Constituição.

Outro ponto relevante refere-se às garantias dos membros do Poder Judiciário (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios) que lhes asseguram certa proteção funcional para se defenderem de influências externas que eventualmente podem levar a tomada de decisões no sentido de diminuir a força dos direitos fundamentais, fragilizando-os. Em sentido oposto, os membros do Poder Legislativo exercem suas funções, muitas vezes, voltados a garantir a manutenção de seus cargos em eleições periódicas, observando-se que, em tese, são mais vulneráveis à atuação de agentes de pressão, quase nunca interessados no fortalecimento da dimensão de direitos fundamentais.

Por sua vez a segunda crítica diz respeito a certo protagonismo do Judiciário em relação aos demais Poderes, afirmando que seria por intermédio de políticas públicas definidas e executadas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, e não mediante decisões judiciais, que deveria ser garantido o acesso aos direitos fundamentais previstos na Constituição, como saúde, educação, saneamento básico, moradia, dentre outros (Feio, 2018, p. 50-54).

Contudo, o Poder Judiciário, que deveria atuar apenas como exceção, acabou por ganhar protagonismo na concretização de políticas públicas voltadas à defesa dos direitos fundamentais, principalmente pelo não cumprimento dos ditames constitucionais por parte dos demais poderes.

Acresça-se a isso, como já visto, que as Constituições dos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, hoje pretendem gozar de força normativa latente, funcionando como organismos vivos, em constante mutação e atualização de seu sentido, não necessariamente de seu texto.

Assim, qualquer ofensa a Direito Fundamental previsto na Constituição constitui violação passível de apreciação pelo Poder Judiciário, independentemente de esse direito estar consolidado em uma norma princípio e não em uma norma regra.

Uma terceira crítica, está ligada ao que Bickel (1963) denominou de dificuldade contramajoritária e diz respeito ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário e da possibilidade de o ativismo judicial criar riscos para a legitimidade democrática das decisões, pois os membros

do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, não possuindo, portanto, legitimidade para invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pela vontade popular.

Entretanto, a doutrina de Barroso (2012, p. 28) identifica dois fundamentos para legitimar tal atuação do Poder Judiciário e rebater tal crítica, sendo um de ordem normativa e outro de ordem filosófica.

O fundamento de ordem normativa é, como já apontado alhures, no sentido de que é a própria Constituição que atribui ao Poder Judiciário a competência de declarar leis contrárias aos ditames da Constituição da República, não sendo incomum que Estados democráticos, como Brasil, separem uma parcela de poder político para ser exercido por agentes não eleitos diretamente pelo povo, de atuação mais técnica, estável e imparcial, tendo os magistrados a competência para atribuir sentido a expressões vagas, fluidas, indeterminadas, de baixa densidade semântica, atuando como coautores do processo.

Por sua vez, o fundamento de ordem filosófica surge a partir da ideia de que o Estado constitucional democrático é formado por duas dimensões: constitucionalismo (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (governo do povo, governo da maioria). Surgem, assim, situações de tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

Para equilibrar tais situações de tensão, a Constituição deve desempenhar um papel de estabelecer as regras do exercício da democracia, assegurando participação política ampla, e também um papel de proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo contrários à vontade circunstancial de quem tem mais votos. A jurisdição constitucional, nesse sentido, é na realidade uma garantia para a própria democracia e não um risco a ela, observando-se a manifestação de Barroso (2012, p. 28):

E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Por fim, a quarta crítica faz referência à atribuição institucional do Judiciário de decidir em determinadas questões, pois, mesmo o Poder Judiciário tendo a palavra definitiva sobre a constitucionalidade ou legalidade de determinada matéria colocada à sua apreciação em alguns casos que exijam grande rigor técnico, como no caso de declaração de estado de coisas inconstitucionais (ADPF 347/DF), importação de pneus reaproveitados (ADPF 101/DF) ou a proibição em âmbito nacional de uso do amianto crisotila (ADPF 109/SP), em que houve estudos técnicos e científicos adequados, teria a obrigação de privilegiar as manifestações tomadas pelos outros Poderes. Contudo, a capacidade técnica do Poder Judiciário em decidir definitivamente determinadas questões não é a mesma que a dos demais Poderes, devendo levar em conta a sua capacidade institucional em deliberar de maneira diversa.

Ademais a possibilidade de que a decisão judicial possa causar riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, exige em certos casos uma cautela maior e deferência por parte do Judiciário em contraposição à determinada decisão tomada pelos demais Poderes.

Nesse aspecto, torna-se impossível aos juízes “disporem de informações, tempo e conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (Barroso, 2012, p.27), questões essas sobre saúde, vagas em creche e educação, por exemplo.

Não são raras decisões a serem tomadas com emoções ou movidas por valores pessoais/ subjetivos potencialmente capazes de esgotar receitas orçamentárias e colocando em risco a própria continuidade das políticas públicas almeçadas.

De fato, o alerta feito por Barroso (2012, p. 30) é para a concretização de Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário, visto que não possui, em regra, capacidade técnica nem condições estruturais para substituir a discricionariedade dos demais Poderes nas escolhas e implementações de políticas mais sensíveis. Contudo, um contra-argumento a esta inabilidade técnica é a necessidade de concretização dos direitos sociais através de implementação de políticas públicas enquanto exigência constitucional dirigida a priori para os Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao primeiro decidir acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, enquanto incumbe ao segundo a tarefa de executar e implementar os diversos projetos sociais necessários à sociedade. Desta feita, em caso de omissão do Estado na missão constitucional de efetivação dos direitos sociais, impossibilitando a fruição de um mínimo necessário à existência digna da sociedade, compete ao Poder Judiciário intervir no sentido de garantir a aplicabilidade do direito violado, podendo interferir no processo de implementação de políticas públicas, obrigando ao Estado a prestações que preservem a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o excesso do uso da substituição da discricionariedade estatal pelo Poder Judiciário pode ocasionar desestruturação administrativa imprevisível ao juiz com uma verdadeira quebra do princípio da Separação de Poderes, motivo pelo qual o ativismo judicial deve ser praticado sempre com a devida cautela.

Destarte, as críticas voltadas ao ativismo judicial não se fazem alinhadas ao modelo de Separação de Poderes de Montesquieu adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visto que nossa Constituição organizou em sua estrutura o Poder Judiciário e incumbiu-lhe o papel concretizador, ao lado dos demais Poderes, dos objetivos e valores prescritos à própria República brasileira.

Por outro lado, tais críticas são pertinentes e merecedoras de reflexão, inclusive pelos membros do judiciário que, por vezes, na ânsia da defesa de posicionamentos ideológicos subjetivos, acabam por desestruturar a organização administrativa, atropelando critérios técnicos que foram utilizados na aprovação das leis orçamentárias criando entraves à gestão da coisa pública.

Superadas tais críticas, no próximo e derradeiro tópico deste artigo mostrar-se-á a relevância do ativismo judicial na concretização do direito constitucional à informação e à saúde por meio da análise da decisão do STF no julgamento da medida cautelar na ADPF 690-DF que obrigou ao Ministério da Saúde a divulgar dados sobre a pandemia de COVID-19.

#### **4. ATIVISMO JUDICIAL E A EXIGÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DE DADOS SOBRE A COVID-19 POR PARTE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.**

O presente tópico tem como objetivo analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do ativismo judicial, no julgamento da medida cautelar na ADPF 690-DF, ocorrido em 08/06/2020, que obrigou ao Ministério da Saúde a divulgar dados sobre a pandemia de COVID-19.

O debate judicial sobre esse tema ocorreu em um momento que se fez necessária a atuação dos poderes e entes do estado na adoção de medidas de prevenção e contenção da COVID-19, doença causada por um novo vírus, o SARS-CoV-2, também conhecido como novo coronavírus.

Inicialmente registrados na China, em fins de 2019, os casos de contaminação pelo novo vírus rapidamente aumentaram e ganharam proporção mundial, tendo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em fins de janeiro de 2020, declarado situação de emergência de saúde pública internacional e, em 11 de março de 2020, evoluído para a declaração de pandemia, conforme se vê da informação constante da Folha informativa COVID-19- Escritório da OPAS e da OMS no Brasil (2020).

De fato, os números revelam um quadro preocupante, vez que o total de casos confirmados no mundo já está próximo a 6 milhões, com mais de 350 mil mortes, em 28 de maio de 2020. Os Estados Unidos (EUA), com quase 1,7 milhões de casos, já haviam ultrapassado de longe a China (82.995), epicentro inicial da pandemia. O mesmo verifica-se no Brasil (438.812), Rússia (379.051) e Reino Unido (269.127) Itália (231.732), entre os exemplos de países com mais de 200 mil casos, como mostram os dados oficiais divulgados pelos respectivos governos e sistematizados por Stephanou (2020).

A situação provocou uma grave crise e a necessidade da adoção de medidas emergenciais em várias dimensões, como a sanitária, a econômica, a comportamental e a jurídica. Ela representa um desafio brutal para o Estado em termos de gerenciamento de seus sistemas de saúde, fortemente ameaçados de colapso diante do exponencial número de pessoas que precisam de atendimento. Ainda não há medicamento cientificamente aprovado para enfrentar o novo coronavírus, tampouco há vacina, que, segundo as previsões mais otimistas, estará disponível em um ano.

Apesar de tudo isso, o Poder Executivo Federal, por intermédio do Ministério da Saúde, suspendeu a divulgação dos dados referentes à pandemia de COVID-19.

Necessário fazer, nesse momento, uma síntese do caso levado à apreciação do STF no bojo da ADPF 690-DF.

Nesse contexto, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar, pelos partidos Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil – PCdoB e Partido Socialismo e Liberdade-PSOL em face do que chamaram de sequência de atos do Poder Executivo Federal que restringiram a publicidade dos dados relacionados à COVID-19, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Em síntese, tais partidos alegaram que o Ministério da Saúde estaria retardando a divulgação de dados sobre a pandemia do novo coronavírus sem justificativa legítima, esclarecendo que no dia 05/06/2020 o Ministério da Saúde teria modificado o formato do Balanço Diário da COVID-19 omitindo dados relevantes sobre a pandemia, tendo, ainda, retirado o site de divulgação dos dados diários da COVID-9 do ar, afirmando, também, que o aplicativo Coronavírus – SUS também teria sido modificado para omitir os dados sobre a evolução do COVID-19 no Brasil.

Nesse contexto, os postulantes alegaram que teria havido uma injustificável mudança na prática adotada pelo Ministério da Saúde no que se refere à divulgação dos dados referentes à pandemia decorrente do novo coronavírus inviabilizando o acompanhamento do avanço da COVID-19 no Brasil, o que teria gerado um atraso na correta implementação de política pública sanitária de controle e prevenção da doença.

Desta feita, foi apontada a violação a preceitos fundamentais da Constituição da República em relação ao direito à vida e à saúde, além do dever de transparência da administração pública e do interesse público, tendo sido formulados uma série de pedidos cautelares relacionados à alegada redução de transparência dos dados referentes à pandemia de COVID-19, dentre os quais, ressaltamos:

- a. divulgação diária, até às 19h30, de compilação de dados estaduais, sem manipulação, tanto em site próprio para tal fim, quanto nas redes sociais (Facebook e Twitter) da Presidência, do Ministério da Saúde e da Secretaria de Comunicação da Presidência da República e de seus titulares, no mínimo, dos seguintes dados:
  1. número de casos confirmados nas últimas 24h;
  2. números de óbitos em decorrência da covid-19 nas últimas 24h;
  3. número de recuperados nas últimas 24h;
  4. número total de casos confirmados;
  5. número total de óbitos em decorrência da covid-19;
  6. número total de recuperados;
  7. número de casos por dia de ocorrência;
  8. número de óbitos por dia de ocorrência;
  9. número total de recuperados por dia de ocorrência;
  10. número de hospitalizados com confirmação de covid-19 e com SARS em enfermaria e UTI por unidade de saúde, município e estado;
  11. número de sepultamentos diários por município e estado, bem como comparativo com as datas dos últimos três anos;
  12. número de óbitos em investigação de confirmação de covid-19;
  13. número de casos suspeitos;
- b. que a divulgação de casos suspeitos e confirmados seja categorizada por idade, sexo, raça, número de testes realizados e que aguardam resultado, curas, taxas de mortalidade e letalidade, além de número de profissionais da saúde contaminados .
- c. que, em caso de alteração dos dados estaduais pelo Poder Executivo Federal, ocorra justificção expressa e pormenorizada das razões de alteração;
- d. que o Poder Executivo Federal se abstenha de instituir propaganda que desinforme, de qualquer forma, a sociedade a respeito dos riscos da doença, sob pena de responsabilidade pessoal;
- e. que o Poder Executivo Federal seja obrigado a desenvolver e tornar pública metodologia que estime o número de subnotificações diariamente.

A partir da análise de tais fundamentos, o ministro relator Alexandre de Moraes, proferiu decisão cautelar nos autos da ADPF 690-DF, tendo primeiramente admitido a ADPF para a hipótese em concreto, por entender que não haveria outro meio eficaz de corrigir a lesividade, aplicando o princípio da subsidiariedade, esclarecendo que, caso os mecanismos utilizados de maneira exaustiva mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição.

Afirmou o relator ainda, que se desde o início se verificar a ineficiência dos mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental “será possível que um dos legitimados se dirija diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Brasil, 2020, p. 4), como na ADPF 690-DF que serviu de base para o presente artigo.

Após ter aceitado como admissível no caso em tela a ADPF, o ministro relator esclareceu que para fins de análise da medida cautelar em ação de controle concentrado de constitucionalidade seria necessário comprovar o perigo de lesão irreparável, visto tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos seriam presumidamente constitucionais.

Além disso, a análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para a concessão de cautelar, permite uma maior discricionariedade por parte do Tribunal Constitucional, através de um verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia dando margem, desse modo, a uma maior subjetividade na análise da relevância do tema em jogo ditado pela gravidade que envolve a discussão.

Há, ainda, que se levar em consideração a plausibilidade inequívoca e os evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, além das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado e da relevância da fundamentação da arguição, além da ocorrência de *periculum in mora* que tem relação com os entraves à atividade econômica, social ou política ou como no caso em tela “o prejuízo ao efetivo combate a pandemia causada pelo COVID-19 em defesa da vida e da saúde de todos os brasileiros” (Brasil, 2020, p. 5).

As justificativas pragmáticas da referida decisão estão identificadas da seguinte forma: a proteção da vida e da saúde como um direito de todos como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana; a necessidade do estado assegurar o bem estar da sociedade através da universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde; a obrigação constitucional do sistema único de saúde – SUS de executar as ações de vigilância epidemiológica, dentre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e combate a pandemia causada pelo COVID-19; a consagração constitucional da publicidade e da transparência que corresponde à obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações como garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático para uma eficaz fiscalização por parte dos órgãos estatais necessárias à sociedade.

Uma segunda justificativa de pragmatismo consistiria na não caracterização de qualquer excepcionalidade às necessárias publicidade e transparência na divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19 por parte do Ministério da Saúde, conforme as palavras do eminente ministro relator:

A presente hipótese não caracteriza qualquer excepcionalidade às necessárias publicidade e transparência, sendo notório o fato alegado pelos autores da alteração realizada pelo Ministério da Saúde no formato e conteúdo da divulgação do “Balanço Diário” relacionado à pandemia (COVID-19), com a supressão e a omissão de vários dados epidemiológicos que, constante e padronizadamente, vinham sendo fornecidos e publicizados, desde o início da pandemia até o último dia 4 de junho de 2020, permitindo, dessa forma, as análises e projeções comparativas necessárias para auxiliar as autoridades públicas na tomada de decisões e permitir à população em geral o pleno conhecimento da situação de pandemia vivenciada no território nacional (Brasil, 2020, p. 7).

A conclusão a que chega o Ministro Alexandre de Moraes é no sentido de que, em sede de cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade e pelo grave risco de uma interrupção sem justificativa da coleta e divulgação de importantes dados epidemiológicos essenciais para a averiguação da evolução da pandemia (COVID-19) no Brasil, estariam presentes os requisitos para a concessão parcial da medida cautelar pleiteada, com o fulcro de garantir a manutenção da divulgação integral de todos os dados epidemiológicos que vinha sendo realizado pelo Ministério da Saúde até 4 de junho de 2020, numa tentativa de evitar ou reduzir possíveis danos irreparáveis decorrentes do descumprimento dos preceitos fundamentais da publicidade e transparência, bem como do “dever constitucional de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica em defesa da vida e da saúde de todos os brasileiros, especialmente, nos termos dos artigos 196, 197 e 200 da Constituição Federal” (Brasil, 2020, p. 7).

Por todos estes motivos, Alexandre de Moraes concedeu parcialmente a medida cautelar para determinar ao ministro da saúde que mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do ministério da saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho de 2020.

Como se pode perceber, o ativismo judicial manifestado na decisão cautelar do Ministro Alexandre de Moraes é latente, visto que está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas que envolvem o direito social à saúde e o direito à informação referente aos dados sobre a pandemia de COVID-19.

Além disso, o ativismo judicial dessa decisão cautelar do STF repousa nas características do caso Lüth, pois se baseia na ordem objetiva de valores que incorpora as decisões valorativas fundamentais dos constituintes à interpretação dada pelo tribunal, sendo que a mais fundamental dessa interpretação é a escolha de uma ordem democrática, uma democracia liberal, representativa, federal e parlamentar sustentada e reforçada pelos direitos e liberdades fundamentais. Esses valores fundamentais são objetivos porque têm uma realidade independente na Constituição, impondo a todos os Poderes do Estado a obrigação de realizá-los na prática, observando-se que tal obrigação.

Essa decisão do STF também dialoga com os direitos sociais ou de segunda dimensão, pois leva em consideração direitos de proteção ou de prestação que podem ser entendidos como aqueles que dão ao indivíduo o direito fundamental à proteção estatal frente à intervenção de terceiros, inclusive do próprio estado, não só em relação a vida e a saúde, como também a todos aqueles que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, são dignos de receberem tutela estatal, como, por exemplo, a dignidade e a liberdade.

A fundamentação exarada para concluir pela obrigatoriedade do Ministério da Saúde em divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, não se baseia em nenhuma eventual incompatibilidade com qualquer regra constitucional, até porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 102, §1º, e a lei 9.882/1999 em seu art. 1º, autorizam expressamente ao STF, por meio da ADPF, a realizar o controle judicial de atos do poder público, o que torna o ativismo judicial legítimo no presente caso, conforme Bercoviti (artigo não publicado, p.5):

Há, no sistema constitucional brasileiro, ainda outro instituto capaz de exercer certo controle sobre as políticas públicas: a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, prevista no seu artigo 102, §1º. A arguição é uma garantia de natureza processual que visa garantir a obediência às regras e princípios considerados preceitos fundamentais. O descumprimento é, em parte, equivalente à inconstitucionalidade, mas se revela mais amplo, por incluir no controle todos os atos normativos do Estado, administrativos ou jurisdicionais, e, inclusive, atos estatais materiais.

Ademais, o ativismo judicial, enquanto fenômeno que está associado a uma participação mais efetiva do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, seja através da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, seja pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição ou pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, dá-se pela opção do Poder Judiciário quanto à melhor proposta de política pública a ser tomada para o combate mais eficaz contra a pandemia do novo corona vírus, conforme se observa da doutrina de Barroso (2012, p. 25) que relaciona ativismo judicial e judicialização:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Há uma verdadeira substituição do critério adotado pelo Poder Executivo por meio do Ministério da Saúde na divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19, para a política pública de saúde que o Ministro entende por mais adequada, baseada em prevenção, orientação e tratamento dos que foram contaminados pelo vírus.

Nota-se, assim, que diante da renitência do Poder Executivo em não divulgar de forma eficaz os dados sobre a pandemia de COVID-19, cabe ao Poder Judiciário, como última instância, assumir a função (poder-dever) que lhe foi atribuída pela Constituição de 1988 num claro exemplo de ativismo judicial, reconhecendo seu desacerto e afastando do sistema jurídico brasileiro um ato administrativo absolutamente anacrônico aos fins a que se propõe: o combate ao efetivo à pandemia de COVID-19 encartado no preceito fundamental do direito à vida e à saúde dos brasileiros.

Tanto assim o é que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, referendou, em 23/11/2020, a medida cautelar concedida, para determinar que o Ministério da Saúde mantenha, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do Ministério da Saúde e com os números acumulados de

ocorrências e que o Governo do Distrito Federal se abstenha de utilizar nova metodologia de contabilidade dos casos e óbitos decorrentes da pandemia da COVID-19, retomando, imediatamente, a divulgação dos dados na forma como veiculada até o dia 18 de agosto de 2020, nos termos do voto do Relator.

Com essa decisão plenária do STF de referendo da medida cautelar, a Suprema Corte brasileira avançou no sentido de concretizar a dimensão objetiva de valores, conforme inaugurado no caso Lüth, dialogando com o direito social à saúde e o direito fundamental à informação sobre os dados referentes ao Covid-19, demonstrando seu poder de controle de políticas públicas dos demais Poderes estatais, no caso específico, o Poder Executivo através do Ministério da Saúde.

O *decisum* analisado dimensionou preceitos fundamentais e os reconheceu como paradigmas a serem observados pela atuação estatal sob sua análise, justificando a invalidade e, por conseguinte, declarando, ainda que em sede de análise cautelar, a óbvia necessidade de divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19 por parte do Ministério da Saúde.

Por outro lado, levando em consideração a renitência do Poder Executivo em tomar para si a responsabilidade pela proteção de preceitos fundamentais pertencentes aos cidadãos, no caso, por estarem expostos ao novo corona vírus, também corretamente, mas usando justificativas pragmáticas, reconheceu como ineficiente e não adequada à divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19.

O ativismo judicial deu-se, desta feita, dentro dos limites determinados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, obrigando ao ministro da saúde que mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do ministério da saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho de 2020.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente artigo teve como objetivo *ab initio* descrever e analisar a evolução histórica do Princípio da Separação dos Poderes, verificando-se como a influência do modelo constitucional estadunidense nos países de tradição romano-germânica, ligada ao reconhecimento dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores sedimentada no Tribunal Federal Constitucional alemão a partir do caso Lüth, trouxe mudanças importantes na perspectiva do Poder Judiciário como o poder efetivador de preceitos fundamentais e de políticas públicas estabelecidos nos ditames da Constituição.

Registrou-se, em seguida, a relevância do fenômeno denominado de ativismo judicial oriundo das novas responsabilidades que decorrem da efetivação de políticas públicas e da proteção de direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário.

Por conseguinte, verificou-se que a transmutação dos Direitos Fundamentais Sociais, que sempre necessitaram de uma atuação positiva para sua efetivação, para o nível de preceito fundamental constitucional fortaleceu ainda mais o protagonismo judicial que foi fixado através de princípios de baixa densidade semântica, carecedores de dimensionamento por parte do Poder Judiciário, em especial, por parte do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, o artigo apontou as principais críticas feitas ao ativismo judicial, críticas essas que foram rebatidas com argumentos que decorrem da consequência lógica das novas funções atribuídas ao poder Judiciário pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela lei n.º. 9.882/1999, dentro da noção do estado constitucional social, alinhados aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração.

Registrou-se, a partir da fundamentação utilizada na decisão cautelar do Ministro Alexandre de Moraes, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º. 690/DF, que a iminente obrigatoriedade de divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19 por parte do Ministério da Saúde é fruto de forte ativismo judicial implementado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do qual o Judiciário deve se utilizar para concretização de Direitos Fundamentais de proteção à vida e à saúde através do respeito aos preceitos fundamentais de publicidade e transparência a que estão submetidos todos os poderes do estado, principalmente o Poder Executivo que é o responsável direto pelas políticas públicas de prevenção, combate e enfrentamento da pandemia do novo corona vírus.

Assim, atendendo aos objetivos específicos, o presente artigo fez considerações sobre o ativismo judicial e demonstrou, a partir da decisão cautelar nos autos da ADPF 690-DF, a qual determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, que o ativismo judicial nada mais é do que o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário como também materializador da CRFB/1988.

Por fim, respondendo ao problema proposto, verifica-se que é legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, com base na noção de ativismo judicial, em exigir do Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, a divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19, enquanto política pública e em razão da compatibilidade dessa exigência de divulgação de dados com o direito fundamental à informação e o direito social à saúde estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, a presente pesquisa teve como limitação a ausência de estudos técnicos mais aprofundados sobre o ativismo judicial em tempos de pandemia de COVID-19, restando ao futuro da pesquisa jurídica tal aprofundamento para se averiguar os efeitos do ativismo judicial produzido nesses tempos de crise sanitária e de saúde pública.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 59, jan./fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn) thesis*, Rio de Janeiro. v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 11 out. 2020.

BASTOS, Elísio. O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico. In: *LIÇÕES de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 27-70.

- BERCOVICI, Gilberto. *A Concretização da Constituição e o Positivismo Jurisprudencial*. Artigo não publicado.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis / New York: Bobbs-Merrill, 1963. p. 1-23.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de descumprimento de preceito fundamental: 69 0/MC-DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 10 de junho de 2020. STF, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5931727>. Acesso em: 11 out. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro. El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 13, p. 66, 1980.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- GARCÍA, Pedro de Vega. *El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. n. 1, 1. sem. 1998. p. 65-87.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUEDES, Maurício Pires. A separação de poderes e a função judiciária em John Locke, Montesquieu e Hamilton, Madison e Jay. *Revista de Teorias e Filosofia do Estado*, v. 1, n. 2. p. 36-53, jul./dez. 2015.
- HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, A. MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista (LXXVIII)*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 330-336.
- HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o corona vírus, faltam líderes à humanidade*. São Paulo: Companhia das letras, 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal et al. *COVID-19 e o direito brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade*. Belém: Escola Superior da Magistratura do Pará, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 149-186 e 301-319.
- LIMA, Andréa Pereira. O modelo estrutural de Freud e o cérebro: uma proposta de integração entre a psicanálise e a neurofisiologia. *Revista Psique Clínica*, Uberlândia, p. 280-287, 2010.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 out. 2020.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 11 out. 2020.
- PELICIOLO, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da república Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista do Senado*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.
- ROUSSEAU, Dominique. Une r surrection: la notion de Constitution. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l tranger*, Paris, n. 1, p. 5-22, jan./fev. 1990.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicci n Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 213-251.

STEPHANOU, Giscard. *Painel de COVID-19: Estatísticas do Coronavírus*. 2020. Disponível em: <http://www.giscard.com.br/coronavirus/index.php>. Acesso em: 11 out. 2020.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, ano 38, n. 157, p. 40-57, jan./mar. 1981.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 154-176.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 13/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 01/06/2021
- Avaliação 2: 23/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 23/12/2023
- Retorno rodada de correções: 24/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 24/07/2024

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2