

**ENSAIO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL EM SOCIEDADE EM CRISE  
AGRAVADA PELA PANDEMIA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS ACERCA DA  
RECOMENDAÇÃO 62/2020, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)<sup>1</sup>**

***TEST ON JUDICIAL ACTIVISM IN SOCIETY IN A CRISIS AGGRAVATED BY  
PANDEMIA: NECESSARY REFLECTIONS ON RECOMMENDATION 62/2020,  
NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE (CNJ)***

*Dirceu Pereira Siqueira*

Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* (Doutorado e Mestrado) em Direito na Universidade Cesumar (UniCesumar) - Maringá - PR; Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra, área de concentração em "Democracia e Direitos Humanos", sob orientação do Prof. Doutor Jónatas Eduardo Machado (2014); Doutor (2013) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Maringá/PR. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

*Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima*

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso e mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar. Maringá/PR. E-mail: henriqueta.lima@tjmt.jus.br.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 10/09/2020 e aprovado em 08/12/2021.

**RESUMO:** Após experiências de violações significativas aos direitos essenciais à pessoa enquanto ser humano que marcaram, sobretudo nos séculos XVIII e XIX, tomando como marco o pós II Guerra Mundial, tem-se a ampliação de direitos e de instrumentos a sua efetivação, quer no plano interno, quer internacional. Nesse contexto, passou-se a exigir postura estatal distinta: de poder centrado num monarca autoritário seguido pelo não intervencionista ao Estado do Bem-Estar Social onde a promoção, ampliação e instrumentação de direitos se tornou imprescindível. No Brasil, com a democratização do país e a promulgação de Constituição, cujo fundamento essencial é a dignidade da pessoa humana, a concretização de direitos fundamentais e o respeito à separação passam a permear todo ordenamento jurídico. Nesse mesmo passo, ante a opção legislativa de prevê conceitos jurídicos indeterminados somada a “doutrina da efetivação dos direitos fundamentais” permitiu que o protagonismo judicial se expandisse no país, mais comumente chamado de “ativismo judicial” que, a priori, detém viés negativo e precisa ser contido. Com a crise social e econômica agravada pela pandemia do covid-19, essa atuação ativista do Poder Judiciário também se encontra presente, de modo que reflexões precisam ser feitas. Assim, o presente estudo se dedicará a análise do ativismo judicial no contexto de crise pandêmica, apontando aspectos positivos e negativos, a partir de revisão doutrinária abalizada e da Recomendação 62/2020, do CNJ.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pandemia; crise; ativismo judicial; recomendação 62/2020; CNJ.

**ABSTRACT:** After experiences of significant violations of the essential rights to the person as a human being that marked, especially in the 18th and 19th centuries, taking as a landmark the post-World War II, there is an expansion of rights and instruments for their effectiveness, both internally, or international. In this context, a different state stance was demanded: of power centered on an authoritarian monarch followed by the non-interventionist to the State of Social Welfare where the promotion, expansion and instrumentation of rights became essential. In Brazil, with the democratization of the country and the promulgation of a Constitution, the essential foundation of which is the dignity of the human person, the realization of fundamental rights and the respect for separation come to permeate the entire legal system. In that same step, before the legislative option of providing for indeterminate

legal concepts plus the “doctrine of the enforcement of fundamental rights”, it allowed the judicial protagonism to expand in the country, more commonly called “judicial activism” which, a priori, has a negative and needs to be contained. With the social and economic crisis aggravated by the covid-19 pandemic, this activist role of the Judiciary is also present, so reflections need to be made. Thus, the present study will be dedicated to the analysis of judicial activism in the context of a pandemic crisis, pointing out positive and negative aspects, based on a qualified doctrinal review and Recommendation 62/2020, by CNJ.

**KEYWORDS:** Pandemic; crisis; judicial activism; recommendation 62/2020; CNJ.

## 1. INTRODUÇÃO

Assim como em vários países do mundo, após séculos marcados por violações extremas aos direitos mais mezinhos da pessoa humana e imprescindíveis a viver com o mínimo de dignidade, o Brasil não foi diferente. Após significativo período de ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 veio materializar a vontade democrática em que o respeito a direitos fundamentais e à separação dos poderes passa a ser essencial à concretização do Estado Democrático de Direito

Nessa senda, da força normativa e supremacia constitucionais passa-se a ter a irradiação do texto constitucional a todo ordenamento jurídico, com o olhar volvido à proteção da pessoa e concretização de valores sociais escolhidos como relevantes, de modo que em caso de eventual violação, seja por particular, seja pelo Estado, justificaria postura enérgica, por exemplo, do Poder Judiciário se instado para tanto.

Tomando como base a doutrina da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da técnica jurídica das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados – fruto de opção legislativa – registre-se – o Poder Judiciário passa a atuar nas mais variadas searas da vida, desde a política até a vida privada, atuação essa nominada de ativismo judicial que decorre dessa judicialização.

O ativismo judicial é marcado pela variabilidade conceitual e multicausalidade, havendo críticas e elogios, de modo que o presente estudo se propõe abordar tal forma de atuação do magistrado com ênfase no cenário atual de crise pandêmica causada, ou melhor,

potencializada, pelo covid-19, a partir de revisão doutrinária e da análise da Recomendação 62/2020, CNJ em que, dentre outras, sugere a prevalência de prisão domiciliar ou outras medidas diversas da prisão, com prevalência aos presos que integram o grupo de risco e desde que os crimes não tenham sido praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, bem como aos presos civis.

Para tanto, iniciar-se breve retrospecto quanto à teria da separação dos poderes até desembocar no ativismo judicial, apontando seu nascedouro, conceitos doutrinários e as visões doutrinárias em sua defesa e em oposição por entenderem não deter o Estado-Juiz legitimidade democrática. Em sequência, adentrar-se-á no mencionado ato normativo do CNJ e sua postura “ativista iluminista”, no sentido do que defende Luís Roberto Barroso de ser o ativismo um meio de empurrar a história, de iluminar os caminhos à evolução social, relacionando a recomendação com a Lei 14.010/2020, de 10/07/2020 que “*Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)*”.

Por fim, entretantes demonstre a importância da Recomendação 62/2020, CNJ quanto a criar mecanismos para evitar o contágio/propagação do coronavírus nas unidades prisionais brasileiras já reconhecidas internacionalmente, passar-se-á, tomando como base a teoria da ponderação dos interesses em jogo de Robert Alexy, a discorrer quanto à necessidade do julgador no caso concreto analisar o cabimento ou não das medidas recomendadas pelo CNJ e não aplicação automática, sob pena de se pôr em risco o direito fundamental à segurança comporta, dentre outros, na paz social e ordem pública.

## **2. ATIVISMO JUDICIAL E SUAS NUANCES: BREVE PANORAMA**

Antes de adentrar às especificidades desse fenômeno em que o Poder Judiciário atua como protagonista das regras do “jogo democrático”, utilizando como pano de fundo a justificar a legitimidade dessa atuação, por exemplo, a omissão dos demais poderes ou suas ineficácias violadoras de direitos e garantias fundamentais, com lastro no texto constitucional, que detêm eficácia plena, mister alguns apontamentos quanto à separação dos poderes.

Procedendo-se à breve retrospecto histórico acerca dos direitos fundamentais e os relacionando com a teoria da separação dos poderes, Zulmar Fachin (2019) assinala que, em 1628 com a Petição de Direitos, produto de embate entre o rei o Parlamento, donde restou sedimentado que ninguém mais poderia ser julgado pelo monarca, mas por seus pares, verifica-se a origem do nosso Tribunal do Júri, do Poder Judiciário e da separação dos poderes do século XVIII.

Destacou o referido autor, que esse último foi formalizado, em 1789, com a Declaração de direitos do homem e do cidadão, com o rompimento do absolutismo, fruto da Revolução Francesa (1779), onde o pensamento burguês predominou e os direitos fundamentais, como a vida, passa a se sobrepor, por exemplo, à propriedade privada. A relevância da Constituição Francesa ao tema “separação dos poderes e direitos fundamentais” é tamanha, eis que a Constituição surge com precípuo papel de limitar o poder e de disciplinar os direitos individuais, sob pena de perder sua essência por ser a materialização da vontade de uma nação, como assinalado por Sieyey e disposto em seu art.16<sup>2</sup>.

A bem da verdade, a compreensão corrente da obra de Montesquieu parece equivocada, talvez sendo adequadas outras reflexões acerca da ideia da tripartição de poderes. Veja-se, por exemplo, que na tripartição de poderes montesquiana, ao Judiciário é reservada uma posição de poder “invisível e nulo”<sup>3</sup>. Ora, um poder nulo e sem voz (já que o juiz apenas poderia emitir a opinião da lei) não pode verdadeiramente ser considerado como um poder, na estrita acepção do termo. Aliás, Eros Grau teoriza que Montesquieu jamais cogitara de uma separação de Poderes, mas apenas uma “divisão com harmonia”.<sup>4</sup>

A lógica do “checks and balances” ou feios e contrapesos, cunhada por Montesquieu<sup>5</sup> que sustenta que como forma de se evitar o abuso de poder “(...) *é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer*

---

<sup>2</sup>“Art. 16. Toda Sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação de Poderes é determinada, não possui Constituição alguma.” [tradução livre]

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.182.

<sup>4</sup> GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.43.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.164-165.

*aquelas que a lei permite*”. Visão essa também encampada por Thomas Jefferson<sup>6</sup> como essencial à democracia norte-americana, eis que forma de eliminação do poder e contenção da tirania.

Segundo Paulo Fernando Silveira<sup>7</sup>, “(...) em prosseguimento da luta interminável do indivíduo contra a tirania, forcejando a criação do Estado Democrático de Direito, surgiu a doutrina da repartição dos poderes (...)”.

E continua o autor, referindo-se aos conhecidos “artigos federalistas” (artigos precedentes à aprovação da Constituição americana), associando a separação dos poderes à eficiência do governo.

Na realidade brasileira, o constituinte originário de 1988, previu esse ideário de separação de poderes (art.2º), quando a intenção era se referir à separação das funções por ser o poder uno e indivisível. A separação dos poderes foi erigida, no ordenamento jurídico pátrio, à condição de cláusula pétrea (art.60, §4º, Carta Magna de 1988), o que demonstra a preocupação do legislador constituinte com o exercício independente e harmônico entre os poderes e sua relação com a concretização de Estado que se propões Democrático de Direito.

Conquanto se adote a visão de Mauro Cappelletti<sup>8</sup> para quem, mesmo quando o julgador adentra em matéria em tese dos demais poderes, muitas vezes criando o Direito a partir da interpretação, não está usurpando função, mas estaria suprindo omissão ou atuação ineficácia que justificaria sua atuação, críticas várias daí decorrem.

É dentro dessa perspectiva que há quem afirme ter o ativismo judicial nascedouro nos EUA, após a II Guerra Mundial, como Lucia do Valle Figueiredo, que aponta que a Corte Suprema teria, em 1947, perfis distintos de juízes, onde se identificou como ativistas como meio à efetivação dos direitos humanos, em contraposição aos juízes autocontidos, deferentes ao legislativo. No mesmo sentido, assinala Carlos Alexandre de Azevedo<sup>9</sup> que “Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno do papel dos juízes e cortes no sistema político em que operam e o berço do próprio termo “ativismo judicial. Porém, a discussão

---

<sup>6</sup> Apud SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.76.

<sup>7</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 39.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Sérgio Antônio Frabis Editor. Porto Alegre, 1993.

<sup>9</sup> AZEVEDO, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro. Forense. 2014, s.p.

em si é muito mais antiga do que a criação do tema sugere. ”, de modo que esse tema se confunde “(...) com a própria história do constitucionalismo. ”.

É na doutrina norte-americana *founding fathers* que se pode encontrar bases seguras acerca do que se entende por decisões ativistas e foi o historiador Arthur Schlesinger Jr. o primeiro a apresentar o termo em um artigo intitulado *The Supreme Court*: publicado pela Revista *Fortune*, vol. XXXV, para contrapor ao termo “autorrestrrição judicial”, como assinala Carlos Alexandre de Azevedo. O termo, decerto, foi criado para distinguir os juízes da Suprema Corte americana que detinham postura de deferência à vontade do legislador dos que atuavam como substitutos desse para valer direitos e liberdades, especialmente das minorias.

Analisando as concepções de ativismo judicial nos EUA, se adotarmos viés negativista, ousamos discordar da definição que o associa ao controle de constitucionalidade, eis que tal controle decorre de exercício normal da atividade jurisdicional, como bem assinalava Kelsen. No que tange à relação de superação indevida de precedentes judiciais e com julgar movido por questões valorativas e ideológicas do julgador, tem-se a perspectiva negativa do ativismo, bastante criticada por Lênio Streck, por exemplo, por não deter legitimidade democrática. Já se partirmos da perspectiva de que o ativismo judicial seria meio não ortodoxo de interpretar o Direito e de criação judicial pelo juiz, se em consonância com os ditames constitucionais, revela-se como legítimo.

Eis a variabilidade conceitual do fenômeno que não é peculiaridade da realidade norte-americana.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, em que a ideia de força normativa da constituição<sup>10</sup> se sedimenta, abrindo espaço a posturas ativistas, especialmente após os dez primeiros anos de sua vigência (período de ressaca) e a partir da EC 45/2004 com a nova composição do STF, dantes não experimentadas por nós<sup>11</sup>. Assim, depreende-se que o ativismo judicial, termo com definições múltiplas, como fala Carlos Campos, ora num sentido pejorativo, negativo, ora como positivo, progressista, é típico de Estados

---

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

<sup>11</sup> MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 53. 2011.

Democráticos onde o Poder Judiciário detém independência a julgar, sem interferências dos outros poderes, os casos postos.

Não se pode confundir o ativismo, que ocorre não só quando há omissão legislativa, mas quando, ante a necessidade de efetivar direitos fundamentais, o juiz tem que alargar sua interpretação, com a decisão judicial pautada na consciência do julgador, tão criticada por Lênio Streck<sup>12</sup>. Dentro dessa perspectiva, observa-se que não só o acesso à justiça é ampliado, como os direitos, sendo o fenômeno da “judicialização da vida”, termos cunhado por Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>, uma realidade em que, de uma banda significa a insuficiência de atuação dos demais poderes em efetivar direitos constitucionalmente previstos, ocorrendo o “entricheiramento de direitos”, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo<sup>14</sup>; doutra, indica um protagonismo judicial muitas vezes ilegítimo, como taxado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>15</sup> como “ativismo negativo” e por Lênio Streck<sup>16</sup>, de “decisionismo” fruto da panprincipiologia.

André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes<sup>17</sup> dispõem críticas ferrenhas à visão de Luis Roberto Barroso ao ativismo judicial, assinalando que, diferentemente da leitura otimista desse autor - para quem seria essa postura judicial seria fruto da fluidez entre direito e política, no contexto do neoconstitucionalismo -, seria perigoso e complexo às jovens democracias constitucionais quando sinônimo de atuação do Estado-juiz para além dos limites constitucionais impostos/atribuídos pela Constituição.

Ora, o que é o juiz decidir de acordo com sua convicção, e alguns acrescem o adjetivo “motivada”? O juiz, enquanto encarnação do Estado, revestido da jurisdição, deve se ater aos fatos e aos direitos a eles aplicados, motivando suas decisões – que é imprescindível ao controle social – com o olhar voltado à pacificação social.

---

<sup>12</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>15</sup> AZEVEDO, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

<sup>16</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>17</sup> MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 53. 2011.

Decerto que a moldura kelsiana da vinculação do juiz à lei sofreu influxos de valores como a justiça, a paz social, de modo que o espectro de interpretação do julgador se ampliou: junto às regras jurídicas, acrescessem-se os princípios. É a perspectiva filosófica do pós-positivista que deu base ao neoconstitucionalismo em que se tem na Constituição a força irradiante de valores, como a dignidade da pessoa humana, que atinge não só as relações entre Estado e particulares, mas nas entre particulares. Passamos de legislador negativo ao positivo com o ativismo das Cortes Constitucionais no mundo.

Conquanto muito se debate e se critique, depreende-se do estudo aprofundado, ora realizado, que diferente do contexto norte-americano, carecemos de dogmática do ativismo judicial, o que dificulta sua delimitação científica e limites. Daí, indaga-se: será que Eros Grau está com a razão ao falar que detém “medo dos juízes”? Cabe a reflexão.

Ser ativista exige cautela, exige deferência ao legislador, como regra, debate com a sociedade quando possível para não se incorrer em ilegitimidade democrática. De fato, em democracias recentes, após experiências ditatoriais, como o Brasil e Portugal, por exemplo, imprescindível o fortalecimento das instituições democráticas, amadurecimento de cultura comprometida com o Estado de Direito, revelando-se o ativismo judicial, em regra, danoso.

Ora, qual segurança jurídica um sistema jurídico pode deter em julgamentos orientados pelo resultado em que critérios políticos, ideológicos ou axiológicos do julgador conduzirão? É o que Eros Grau fala em “silogismo regressivo”, ou seja, o julgador já detém o resultado daquele litígio de acordo com o que “acha correto” e constrói toda fundamentação da decisão judicial para justificar.

Na mesma toada, ensina Carlos Alexandre de Azevedo<sup>18</sup> que, atualmente, a dimensão mais importante do ativismo judicial repousa na “A interpretação ampliada das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições, assim como a aplicação direta de princípios constitucionais, muito vagos e imprecisos” para solucionar, sem a intermediação do legislador ordinário, casos concretos.

Esse ativismo judicial, com núcleo axiológico, justificado em princípios, também é criticado por André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes<sup>19</sup>:

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

<sup>19</sup> MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 53. 2011, s.p.

Na verdade, os tribunais deixaram de exercer uma função de mero aplicador de leis e assumiram o papel de protagonista na concretização dos direitos, acreditando, ingenuamente, na ideia de que a Constituição é um remédio para todos os males e de que, com ela – aliada a outros instrumentos, tais como os e as princípios cláusulas abertas –, é possível chegar a qualquer resultado através da argumentação jurídica [...].

Há que se assinalar que, diferentemente de Portugal onde em sua Constituição (artigo 18º, 1<sup>20</sup>) se admite expressamente a aplicação direta dos princípios ao caso concreto, no Brasil essa possibilidade é defendida doutrinariamente, o que dá margem às críticas, por ampliar, muitas vezes desmedidamente, o campo de atuação do juiz.

Em defesa do ativismo judicial, assinalando os contributos teóricos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>21</sup> afirmam que “(...) A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. ”

As críticas feitas aos julgamentos orientados pelo resultado aplicam-se igualmente às decisões ativistas de núcleo axiológico, porquanto possuidoras de enorme carga de subjetividade do juiz prolator. Decisões ativistas proferidas nesses moldes impedem os jurisdicionados de ter previsibilidade nas decisões do Poder Judiciário em afronta ao princípio da segurança jurídica.

Mas qual seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais a que incumbe aos demais poderes respeitar, sob pena de justificar a intervenção judicial? J.J. Gomes Canotilho<sup>22</sup> identificou com precisão o que se denomina núcleo essencial dos direitos fundamentais:

A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples, exige um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.

---

<sup>20</sup> “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acessado em 16.08.2020.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2003, p.71.

O ativismo é multidimensional e se manifesta em algumas dimensões, segundo Carlos Alexandre de Azevedo<sup>23</sup>: encontra terreno fértil nos vácuos relativos da tessitura constitucional que, à efetivação, rende-se ao papel interpretativo do julgador à sua concretude, ou seja, revela-se como meio de resguardar mutação constitucional; a criação da norma a partir da interpretação que ocorre quando se visa acolmatar a omissão legislativa ou a inconstitucionalidade por meio de sentenças aditivas, como se deu na Itália e Alemanha, nos idos de 1970; falta de deferência do Poder Judiciário com outros poderes, impondo decisão excessivamente custosa; a afirmação de direitos por meio de carga axiológica, como os princípios, o que pode criar riscos altos à democracia; a judicialização dos mais variados setores da vida em que se vê o excesso de litigiosidade e o acúmulo de processos; a autoexpansão dos poderes decisórios em que o próprio legislador concede o ativismo à Corte, como ocorreu com a Corte Interamericana de Direitos Humanos; e a superação dos precedentes em que se usa o ativismo para combater o ativismo; o maximalismo em que a interpretação ampla é admitida por meio dos princípios e partidatismo.

Tomando como base a visão de Luís Roberto Barroso, mas sem romantismo e reconhecendo como pertinentes algumas críticas de Lênio Streck ante os excessos cometidos, entende-se que o ativismo é atitude da corte frente à judicialização – enquanto ajuizamento de ações judiciais com o fito de obter resposta ante violação a direito - que com aquele não se confunde, podendo haver um sem o outro.

Nesse cenário de excesso de busca do Estado-Juiz com o fito de concretizar direitos constitucionais que se dariam por ação do Executivo ou Legislativo, tem-se a judicialização da política, da saúde, das mais variadas searas da vida, o que muitas vezes decorre de omissão estratégica daqueles outros poderes que dependem da aprovação popular e qualquer posição tomada vai desagradar o eleitor, como apontado por Ditter Grimm. E, no contexto atual, de crise multisetorial agravada pelo coronavírus, os impactos ao Direito vêm sendo significativo e a atuação do Poder Judiciário, em alguns aspectos, *sui generis*, como se verá mais adiante.

---

<sup>23</sup> AZEVEDO, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

### 3. CRISE PANDÊMICA E INTERVENÇÃO JUDICIAL: (IM) PRESCINDIBILIDADE?

Conquanto esteja na moda a expressão “o novo normal”, ousar discordar, eis que o que é normal?

É cenário de normalidade uma sociedade com patamares absurdos de desigualdade social, de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza, de crianças e jovens mensurados pela “educação bancária”/acrítica, de sistema carcerário em colapso, dentre outras mazelas?

É sinônimo de normalidade uma sociedade “pós-moderna” por deter o acesso global à informação por meio da internet, mas baseada em “amores líquidos”, “relações líquidas”, parafraseando Bauman?

É normal uma sociedade que se considera “órfã” e busca no Poder Judiciário a paternidade, seu “superego”, ao mesmo tempo em que critica sua postura ativista, taxando-a de ilegítima, de antidemocrática?

Pois bem. Licença para adentrar em tema tão caro e sensível ao Estado que há muito busca ser Democrático de Direito e que, indiscutivelmente, encontrou no movimento pós-ditadura militar cenário fértil a reconhecer na Constituição Federal para além de “mera folha de papel em branco”, mas a materialização de valores sociais erigidos à condição de supremos e dignos de tutela, sobretudo e principalmente, pelos poderes constituídos e com dever de atuação harmônica e independente.

Ante o cenário de crise em sua acepção mais ampla, potencializada pela pandemia, devemos repensar os papéis dos atores no Estado Democrático a duras penas conquistado e em busca de sedimentação, com todas as vênias necessárias para se evitar a quase concretizada “ditadura constitucional” que, segundo Paulo Bonavides<sup>24</sup>, seria:

Um povo sem pão, sem terra e sem fraternidade; uma sociedade sem justiça, sem pátria e sem família – eis aí a extrema privação de valores, acompanhada da suprema negação de princípios, configurando o perfil silencioso de uma ditadura constitucional que desampara as instituições, posterga a tradição federativa e republicana, infelicita a Nação, flagela o universo social e corrompe, com o apoio das elites reacionárias e dos corpos privilegiados, um sistema de poder do qual a Nação se acha materialmente despossada” .

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50.

Pois bem. A título de exemplo do contexto pandêmico, conforme o IBGE, atualmente o Brasil conta com aproximadamente 13,5 milhões de pessoas abaixo da linha da pobreza, havendo previsão de, no mundo, de 78 milhões de brasileiros ficarem desempregados pós-pandemia, consoante estudo da Rede de Pesquisa Solidária; a violência doméstica de gênero contra teve aumento significativo, segundo Ministério da Mulher, família e Direitos Humanos, em 40% no número de “denúncias” pelo 180; e os casos de covid-19 no sistema prisional, só no mês de julho, teve aumento em 82%, segundo CONJUR.

No que tange à afetação da crise pandêmica no sistema carcerário brasileiro, o CNJ editou a Recomendação n. 62/2020 do CNJ sugere “aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo “

Registre-se que a intenção do CNJ foi, dentre outros objetivos, proteger a saúde dos segregados e evitar a propagação do vírus nas unidades carcerárias brasileiras ante a reconhecida insalubridade e aglomeração desses ambientes, estabelecendo, em especial nos artigos 2º a 5º, nortes interpretativos aos juízes nos casos concretos de como atuar. Em tais dispositivos, recomendava-se, por exemplo, que se concedesse medidas cautelares diversas da prisão cautelar, salvo crimes praticados mediante violência ou agrave ameaça à pessoa ou as prisões excedam 90 (noventa) dias, bem como revissem as prisões cautelares já fixadas, atentando-se aos grupos de risco.

A situação carcerária, de fato, com a pandemia se agravou sobremaneira: houve o aumento de 800% nas taxas de contaminação desde maio, atingindo a marca de 2,2 mil casos em junho do ano em curso e 32,5 mil pessoas, em três meses de vigência da referida recomendação, foram beneficiadas, o que corresponde a 4,8% do total de pessoas em privação de liberdade, salvo os segregados em delegacias de polícia e os que cumprem em regime aberto. Ademais, essa peculiaridade não é do Brasil, eis que segundo a organização Human Rights Watch, aproximadamente 5% desse universo de pessoas foram agraciadas com a liberdade de modo antecipado (CNJ, 2020).

Ao criticar essa Recomendação, que inclusive teve seu prazo prorrogado por mais 90 (noventa) dias, em 12/06/2020, ante o aumento de casos de presos contaminados, o Ministro Luiz Fux assinalou, embora reconhecendo a nobreza da iniciativa, que houve abuso de

direito e que "Coronavírus não é habeas corpus"<sup>25</sup>. Assim, defendeu necessidade de os magistrados fazerem interpretação consequencialista, ou seja, voltada aos consectários possíveis de sua decisão, analisando casuisticamente a situação do segregado à concessão ou não de prisão domiciliar, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Assinale-se que o Ministro Luis Fux, em seu primeiro ato como presidente do CNJ, no último dia 15/09/2020, renovou em mais 06 (seis) meses a referida recomendação, por meio da Recomendação 78/2020, entretanto restringiu o alcance, nos seguintes termos: não se aplicará às pessoas condenadas por crimes dispostos na Lei 12.850/2013 (Leis das Organizações Criminosas), na Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro), crimes contra Administração Pública, crimes hediondos e crimes de violência doméstica contra a mulher, sob a alegação de que "(...) o Estado brasileiro não pode retroceder no combate à criminalidade organizada e no enfrentamento à corrupção" e "em razão do incremento desses crimes durante o período da pandemia"<sup>26</sup>, referindo-se à violência doméstica de gênero.

Daí, surgem algumas indagações: a postura do CNJ seria ativista substituindo-se ao papel do Legislador? Não caberia ao julgador, no caso concreto, ponderando os interesses em jogo e as disposições legais aplicáveis, se a substituição da prisão cautelar por outras medidas seria cabível? Generalizar essa possibilidade em razão da pandemia não seria violar o direito fundamental da segurança social, da ordem pública e da paz social?

Ora, o uso da técnica da ponderação dos interesses em jogo pressupõe que haja direitos fundamentais estruturados em princípios em colisão no caso concreto, nos termos do que afirma e trouxe ao nosso ordenamento Robert Alexy<sup>27</sup>, com base na jurisprudência alemã, técnica essa bastante utilizada no Brasil, inclusive, pelo STF.

Assim, quando o conflito por entre princípios a análise de qual predominará será casuística e não se criará "clausula de exceção", tampouco se declarará a invalidade da

---

<sup>25</sup> VIAPIANA, Tábata. Tribunais devem adotar interpretação consequencialista na epidemia, diz Fux. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de julho de 2020, 12h34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/juiz-avaliar-consequencias-decisoes-epidemia-fux#:~:text=Tribunais%20devem%20adotar%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20consequencialista%20na%20epidemia%2C%20diz%20Fux&text=A%20epidemia%20do%20coronav%C3%ADrus%20trouxe,suas%20decis%C3%B5es%20judiciais%20v%C3%A3o%20gerar>. Acesso em: 01 ago.2020.

<sup>26</sup> BOLETIM DE NOTÍCIAS CONJUR. COVID NOS PRESÍDIOS Fux renova Recomendação 62 por 6 meses e restringe alcance. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-15/fux-renova-recomendacao-62-seis-meses-restringe-alcance>. Acesso em: 16 set.2020.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

norma-princípio, como assinalado por Robert Alexy<sup>28</sup>. No caso, por se cuidar de direito fundamental à saúde do segregado ante o risco de contágio na unidade prisional e dos servidores que nele atuam, de um lado, doutro a segurança pública, ambos ancorados na Constituição Federal e com *status* de direitos fundamentais, análises generalizantes, ao que parece, não se revelam recomendáveis.

Ademais, conquanto se reconheça a preocupação do CNJ em regulamentar o tema ante a não regulamentação pelo legislador, especificamente no cenário de pandemia, há que se destacar que o Código de Processo Penal trata do tema “prisões cautelares e medidas cautelares diversas de prisão”, prevendo requisitos para cada uma. Assim, a excepcionalidade que se vivencia e em prol de direitos fundamentais, da personalidade dos segregados e de todos que compõem o sistema carcerário, nesse caso, justifica interpretação conforme a Constituição. Entretanto, cautelas são necessárias a essa atuação para que não se desemboque em juiz legislador, cuja ilegitimidade é premente.

Nesse mesmo ato normativo do CNJ, em seu art. 6º exorta aos “magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus”.

Ocorreu que, antes mesmo desta recomendação, em sede de análise de pedido liminar em habeas corpus, em que o devedor de alimentos era idoso, alegando se encontrar em grupo de risco e ter, em razão da pandemia, sofrido alteração de ordem econômica que comprometeu o pagamento da verba alimentar, a relatora, Ministra Nanci Andrichi<sup>29</sup>, concedeu a ordem parcialmente, para afastar momentaneamente a aplicação da incidência do art. 528, §4º, do CPC e determinar o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, não acolhendo o pedido de suspensão do mandado de prisão sob a alegação de impossibilidade de análise da condição financeira do paciente em sede de habeas corpus e por não ter comprovação de doença grave.

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/4> 5316. Acesso em: 10 jun.2020, p.157.

<sup>29</sup> STJ- Habeas Corpus Nº 569223 - RJ (2020/0075925-3). Relatora: Ministra Nancy Andrichi, data da decisão: 27/03/2020.

Ou seja, tanto o CNJ, como o STJ já decidiam no sentido de as prisões civis sejam convertidas em prisão domiciliar com o fito de evitar a propagação do vírus, o que, a nosso sentir promove o estímulo à inadimplência aos alimentos que detêm natureza personalíssima, além de desprestigiar o credor da verba alimentar, eis que estaria devedor em casa cumprimento a segregação, o que seria regra geral a todos as pessoas que conseguem cumprir as orientações da Organização Mundial da Saúde também estaria em isolamento domiciliar. Nesse talante<sup>30</sup>:

A Constituição não deve ser abandonada por conta do coronavírus. As autoridades de saúde recomendam fortemente um recolhimento das pessoas a suas residências e não um recolhimento da Constituição! Muito ao contrário, a Constituição é uma forma eficaz de proteção jurídica contra o vírus, assim como as medidas sanitárias. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, indica que se pode flexibilizar a aplicação das leis, se necessário ao combate à crise, mas sempre em sintonia com a Constituição. Direitos fundamentais, democracia e funcionamento institucional são perfeitamente compatíveis com as restrições demandadas pelo enfrentamento da crise de saúde pública. Para lutar contra o coronavírus, precisamos de mais Constituição e não de menos Constituição. Enquanto se pede que muitos de nós nos recolhamos às nossas casas, a Constituição não pode ficar em quarentena.

Ora, em matéria contratual, o referido projeto dispõe que os efeitos da pandemia equivalem ao caso fortuito ou força maior, mas não serão aproveitadas as obrigações vencidas antes do reconhecimento da pandemia (artigo 6º.). Em outras palavras, trata-se de uma intervenção mínima para garantir o cumprimento dos contratos. Daí a indagação: porque em matéria de dívida alimentar, que dada o caráter fundamental e personalíssimo é a única que admite a prisão civil, não se aplica a mesma lógica, mantendo a prisão dos já segregados? Porque não se suspende os mandados ainda não expedidos ou os a serem expedidos para não deixar os prazos correrem, protegendo o direito maior?

Data vênia, conquanto a justificativa seja proteger o direito à saúde, à vida do devedor civil, concedendo-lhe prisão domiciliar, entendo que o mais vulnerável, o credor dos alimentos “pagarão pelo pato” por fortuito que não deram causa, eis que a natureza jurídica da segregação domiciliar é de prisão, ou seja, o lapso temporal de até 90 (noventa) dias de medida coercitiva à prestação dos alimentos estará correndo como se preso estivesse, no

---

<sup>30</sup> CONJUR. *OPINIÃO*. A quarentena da Constituição. 9 de abril de 2020. Por Walter Claudius Rothenburg. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/walter-claudius-rothenburg-quarentena-constituicao>. Acesso em: 01 ago.2020.

conforto do seu lar, como todos os brasileiros que têm a consciência coletiva estão fazendo. Alfim e ao cabo, foram os devedores de alimentos beneficiados pela pandemia, sendo “pagos” para se manterem em isolamento. Quanta incongruência esse nosso sistema jurídico: usar como pano de fundo risco hipotético – que todos nós estamos sujeitos, presos ou não – de contaminação para criar benesse ao irresponsável civil.

Ora, mais escorreita seria a suspensão da prisão civil nesse período de excepcionalidade, já que atenderia a mens legis do instituto, resguardando a proteção do interesse da parte mais vulnerável na relação, o credor dos alimentos. Assim, vê-se que em situações excepcionais como a vivenciada pelo mundo e reconhecida pelo Brasil como de “estado de calamidade” por meio do Decreto Presidencial nº 6, de 2020, os anseios sociais por concretização de direitos fundamentais encontram na atuação dos Poderes Executivo – em sua maioria – e Legislativo – de modo mais tênue- amparo. Ocorre que a omissão ou atuação insuficiente, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, um dos pressupostos da democracia, promove a judicialização dos mais aspectos da vida e dá espaço ao ativismo judicial. Nesse sentido<sup>31</sup>:

O desastre causado pela crise sanitária, econômica e social em curso diante da disseminação do assim designado coronavírus tem impactado o Direito de modo praticamente sem precedentes desde a devastadora “gripe espanhola”, de 1918, não considerando-se aqui as sequelas das duas grandes Guerras Mundiais e de outros conflitos armados e desastres naturais. À vista disso, a exemplo de outros Países, no Brasil também foi decretada um estado de calamidade pública, mediante o Decreto Legislativo nº 6, de 20.03.2020, com vigência prevista até 31.12.2020, na esteira da edição da Lei nº 13.979, de 06.02.2020. Além disso, tem sido muitas as medidas tomadas nas três esferas da federação, incluindo-se a decretação do estado de calamidade em muitos estados e municípios.

Interessante que essa postura ativista do CNJ “iluminou” o Poder Executivo, inspirando-o a, ao editar a Lei 14.010/2020, de 10/07/2020 que “Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”, em seu art.15, previu que “Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida

---

<sup>31</sup> SARLET, Ingo W; ZANETTI Jr., Hermes. Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e Justiça. *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>. Acesso em: 30 jul.2020.

exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.”.

Decerto que a atuação do CNJ ao expedir tal recomendação, aponta a preocupação com a tutela de direitos fundamentais, da personalidade das pessoas segregadas ou a virem ser segregadas, como à vida, à saúde, à integridade física, entretanto, não se pode olvidar da necessidade do magistrado, analisando os direitos em jogo, sopesar com os interesses sociais eventualmente em risco pela soltura inconsequente de pessoas que representam risco real à sociedade, e não aplicar de modo automático.

Não merece próspero eventual tese do caráter absoluto dos direitos fundamentais dos segregados, eis que há mitigação quando outros direitos de mesma natureza a eles se contrapõem. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS nº 23.452, Rel. Min. Celso de Mello<sup>32</sup>.

Ora, numa perspectiva consequencialista de Richard Posner<sup>33</sup>, o custo social de eventuais decisões judiciais calcadas em aplicação automática da Recomendação nº62/2020 é muito alto não só ao Estado Democrático de Direito. A pandemia nos coloca em situações-limite de modo que atuação cautelosa do sistema de justiça se revela imprescindível.

Eros Grau<sup>34</sup> explica que o direito moderno vem tentando concretizar uma “razão de conteúdo”: “Essa busca nos coloca sob o risco da substituição da racionalidade formal do direito (com sacrifício da legalidade e do procedimento legal) por uma racionalidade de conteúdo construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito.” A conclusão é inevitável: “O Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança.”.

Decerto que o cenário de crise multisetorial, causada, ou melhor, potencializada, como dito do Boaventura de Souza Santos<sup>35</sup>, pelo coronavírus, acaba por sensibilizar discursos de solidariedade, porém, não se pode esperar de julgadores postura de “justiceiros”, ativistas, numa acepção negativista, mas juízes ativos, preocupados com as consequências de suas decisões.

---

<sup>32</sup> BRASIL. STF. MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

<sup>33</sup> POSNER, Richard A. Um manifesto pragmático. In: *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 607-627.

<sup>34</sup> GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.16-17.

<sup>35</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Portugal: Almedina, 2020.

Assim, numa perspectiva mais moderada do ativismo judicial, Carl Sustain<sup>36</sup> defende o minimalismo judicial em que se deveria evitar princípios amplos a ensejar a ampliação da atitude das Cortes, não se ampliar a horizontalidade, nem verticalidade em questões morais, devendo-se se usar técnicas de debate com a sociedade – como audiências públicas, por exemplo - ao amadurecimento. Seria o uso criativo do silêncio que, conquanto ideal, a urgência de algumas demandas não é possível, tampouco o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 erigiu a separação dos poderes como cláusula pétrea, considerando-a como essencial à concretização do Estado Democrático de Direito, o que demonstra a preocupação do legislador constituinte com o exercício independente e harmônico entre os poderes.

Nessa senda, vê-se relação estreita entre a separação dos poderes - não numa perspectiva de não comunicação entre Judiciário, Legislativo e Executivo, mas de inter-relação harmônica – e a concretização dos direitos e garantias fundamentais, de modo que, muitas vezes, a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas detém fundamento constitucional, falando-se do fenômeno da “judicialização da política”

A priori, o respeito aos papéis constitucionalmente previstos para cada poder, de modo a que cada um atue com independência e promoção da harmonia entre si, não pode ser excepcionalizado a pretexto de se fazer justiça, pondo em risco toda uma lógica democrática idealizada pelo constituinte originário.

Em dadas situações, quando a atuação dos demais poderes é ineficiente ou há omissão que viola direitos fundamentais, da personalidade de revelo a se viver de modo digno o papel do Poder Judiciário acaba por ser essencial não para criar direitos, criar políticas públicas, mas de efetivar os valores materializadas no texto constitucional.

Foi dentro desse viés que se demonstrou os vários conceitos de ativismo judicial, visões doutrinárias em apoio e em críticas ferrenhas, apontando a postura do CNJ na edição

---

<sup>36</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Havard University Press, 1999.

da Recomendação nº 62/2020, CNJ como exemplo de papel iluminista do ativismo, parafraseando Luís Roberto Barroso, no sentido de se antecipar ao legislador e ao executivo, regulamento o problema das prisões cautelares – manutenção e decretação – bem como prisão civil durante esse período de excepcionalidade vivenciado pelo mundo e, logo, pelo Brasil, em razão da pandemia do coronavírus.

Destacou-se que a sugestão de se evitar ou rever as prisões cautelares, substituindo por medidas cautelares diversas da prisão, com ênfase aos grupos de risco e desde que os crimes a que respondam/cumpram pena não fossem de violência e grave ameaça à pessoa ou prisões com prazo superior a 90 (noventa) dias, e se conceder prisão domiciliar ao preso civil, mostrou-se importante com o fito de evitar a contaminação em massa nas unidades carcerárias no país, contudo, a análise deve ser caso a caso e não de aplicação automática dos termos da recomendação, sob pena de se incorrer em ilegalidades e decisões ilegítimas.

Pontuou-se, ainda, que o Ministro Luis Fux, em seu primeiro ato como presidente do CNJ, no último dia 15/09/2020, renovou em mais 06 (seis) meses a referida recomendação, por meio da Recomendação 78/2020, restringindo, contudo o seu alcance, nos seguintes termos: não se aplicará às pessoas condenadas por crimes dispostos na Lei 12.850/2013 (Leis das Organizações Criminosas), na Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro), crimes contra Administração Pública, crimes hediondos e crimes de violência doméstica contra a mulher, por entender crimes que atentam contra o Estado Democrático de Direito de forma veemente.

Embora se reconheça a preocupação do CNJ em regulamentar o tema ante a omissão legislativa, especificamente no cenário de pandemia, há que se destacar que o Código de Processo Penal trata do tema “prisões cautelares e medidas cautelares diversas de prisão”, prevendo requisitos para cada uma. Dessa forma, defendeu-se que, em razão da excepcionalidade atualmente vivenciada e em prol de direitos fundamentais, da personalidade dos segregados e de todos que compõem o sistema carcerário, nesse caso, justifica interpretação conforme a Constituição. Entretanto, cautelas são necessárias a essa atuação para que não se desemboque em juiz legislador, cuja ilegitimidade é premente.

No que tange à concessão de prisão domiciliar ao preso civil, nos termos da recomendação mencionada e que o art.15, da Lei 14.010/2020, de 10/07/2020 que “Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado

(RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)” previu, deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição Federal, eis que essa modalidade excepcional de prisão detém como fundamento garantir a liquidez da verba alimentar, ante seu caráter de direito personalíssimo. Daí, não andou bem tais textos normativos que deveriam ter previsto a suspensão da prisão civil e não sua substituição por domiciliar que, a grosso modo, no contexto pandêmico em que a todos é recomendado o isolamento social, será inócua, desprestigiando o credor dos alimentos, presumidamente vulnerável.

Partindo-se do pressuposto da pessoa humana como preocupação do futuro e razão de ser do Estado de Direito, ser ativista, numa perspectiva pejorativa, negativista, não é o mesmo de ser ativo, num viés positivo, prospectivo.

O ativismo judicial não pode, aprioristicamente, rechaçado, eis que ele só existe em países democráticos, onde pontos de vistas distintos, discursos polarizados podem ser proferidos, onde o jogo político pode existir. Precisamos, decerto, de maturidade democrática para que seu uso indevido, estratégico por minorias que detêm o poder o desvirtue. O Direito é busca de justiça máxima constantemente pelo jurista e todos os atores que o constrói são importantes, cada um respeitando os limites de sua função.

## **REFERÊNCIAS:**

ANAYA, José Adriano; ALTAMIRANO, Yolanda Castañeda; RINCÓN Adrián Reyes. El derecho al desarrollo y los derechos de la naturaliza. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/4> 5316. Acesso em: 10 jun.2020.

- \_\_\_\_\_. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. Trad. de Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. Belo Horizonte, v. 3. p. 155-167, jan/jun 2005. Acesso em: 01 ago.2020.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ASSP. *CNJ renova Recomendação nº 62 por mais 90 dias e divulga novos dados*. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/cnj-renova-recomendacao-no-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em: 01 ago.2020.
- AZEVEDO, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro. Forense. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 50).
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf). Acessado em 16.08.2020.
- BOLETIM DE NOTICIAS CONJUR. COVID NOS PRESÍDIOS Fux renova Recomendação 62 por 6 meses e restringe alcance. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-15/fux-renova-recomendacao-62-seis-meses-restringe-alcance>. Acesso em: 16 set.2020.
- BOLETIM DE NOTICIAS CONJUR. Cresce 82% número de casos de Covid-19 no sistema prisional. *Revista Consultor Jurídico*, 5 de agosto de 2020, 14h57. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/cresce-82-numero-casos-covid-19-sistema-prisional>. Acesso em: 14 set.2020.
- BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Sérgio Antônio Frabis Editor. Porto Alegre, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7ª edição. Coimbra. Editora Almedina.
- CONJUR. OPINIÃO. *A quarentena da Constituição*. 9 de abril de 2020. Por Walter Claudius Rothenburg. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/walter-claudius-rothenburg-quarentena-constituicao>. Acesso em: 01 ago.2020.
- CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime; NAVAS-CAMARGO, Fernanda; ORTIZ-TORRES, Diana; RICO, Antonio Fajardo. La libertad de expresión en colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.
- EL PAÍS. Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315\\_913111.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html). Acesso em: 14 set.2020.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A resolução n. 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.
- FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. La necesidad de transversalizar los derechos humanos en las políticas públicas para hacer frente a las crisis: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: Análise Comparativa do Direito Constitucional Brasileiro e Norte-Americano*. Edições Almedina. Edição do Kindle.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

- MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 53. 2011.
- POSNER, Richard A. Um manifesto pragmático. In: *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 607-627.
- REDE DE PESQUISA SOLIDÁRIA viva. Pesquisa mostra que 78 milhões de brasileiros podem ficar desempregados. Disponível em: [https://cultura.uol.com.br/noticias/1601\\_pesquisa-mostra-que-78-milhoes-de-brasileiros-podem-ficar-desempregados.html](https://cultura.uol.com.br/noticias/1601_pesquisa-mostra-que-78-milhoes-de-brasileiros-podem-ficar-desempregados.html). Acesso em: 14 st.2020.
- SARLET, Ingo W; ZANETTI Jr., Hermes. Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e Justiça. *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>). Acesso em: 30 jul.2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Portugal: Almedina, 2020.
- SILVA, Juvêncio Borges; IZÁ, Adriana de Oliveira. A importância da participação popular na elaboração do orçamento e os limites estabelecidos pela lei de responsabilidade fiscal para a administração pública. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- STORINI, Claudia; QUIZHPE-GUALÁN, Fausto César. Hacia otro fundamento de los derechos de la naturaliza. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Havard University Press, 1999.
- VIAPIANA, Tábata. Tribunais devem adotar interpretação consequencialista na epidemia, diz Fux. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de julho de 2020, 12h34. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/juiz-avaliar-consequencias-decisoes-epidemia->

[fux#:~:text=Tribunais%20devem%20adotar%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20consequencialista%20na%20epidemia%2C%20diz%20Fux&text=A%20epidemia%20do%20coronav%C3%ADrus%20trouxe,suas%20decis%C3%B5es%20judiciais%20v%C3%A3o%20gerar.Acesso em: 01 ago.2020.](https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/juiz-avaliar-consequencias-decisoes-epidemia-fux#:~:text=Tribunais%20devem%20adotar%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20consequencialista%20na%20epidemia%2C%20diz%20Fux&text=A%20epidemia%20do%20coronav%C3%ADrus%20trouxe,suas%20decis%C3%B5es%20judiciais%20v%C3%A3o%20gerar.Acesso em: 01 ago.2020.)

VIÑA, Jordi García. Aspectos laborales de empresas complejas en España. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; CENCI, Daniel Rubens; MANCHINI, Alex. A justiça social e a agenda 2030: políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades justas e inclusivas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 2, 2020.