

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: UM OLHAR SOBRE OS LIMITES DA ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA JUDICIAL

THE SUPREME COURT IN TIMES OF THE COVID-19 PANDEMIC: A LOOK AT THE LIMITS OF JUDICIAL DISCRETIONARY ACTIVITY

EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL EN TIEMPOS DE LA PANDEMIA DE COVID-19: UNA MIRADA A LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Bruno Pastori Ferreira*
Daniel Barile Da Silveira**

¹ Mestre, Doutor e Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Pós-graduado em Direito Administrativo e em Direito Notarial e Registral. Registrador Civil das Pessoas Naturais da Comarca de Canápolis-MG, tendo assumido a titularidade da serventia mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, certame realizado junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Professor do Centro Universitário de Goiátuba-GO - UniCerrado -, admitido no corpo docente mediante concurso público de provas e títulos. Exerceu a advocacia pública no Município de Araguari-MG, sendo admitido no quadro de pessoal da municipalidade mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, onde era lotado junto à Procuradoria Geral do Município.

² Doutorado em Direito na Universidade de Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal (Ius Gentium Conimbrigae). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (FD-UnB). Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Unimar (Universidade de Marília). É Advogado na área Societária e Empresarial. Consultor em Compliance. Recebeu Menção Honrosa do Supremo Tribunal Federal pelo seu trabalho.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O Supremo e as funções judicantes; 3 A discricionariedade judicial; 4 Os limites discricionários da decisão judicial em tempos pandêmicos e o cuidado com a usurpação de competência; 5 Considerações finais; 6 Referências*

RESUMO: O tema deste artigo é estudar a discricionariedade judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de pandemia da Covid-19. O objetivo geral é traçar um norte propedêutico sobre as atribuições judicantes do STF, bem como os limites do uso da discricionariedade judicial pelos julgadores-constitucionais em tempos pandêmicos. O objetivo específico é demonstrar, ao menos superficialmente, que o exercício da discricionariedade judicial, que leva em consideração a aplicação de métodos hermenêuticos-interpretativos, ainda que utilizados sob as alegações da “textura aberta do direito”, do “pamprincilogismo” e da efetivação de garantias individuais constitucionais, encontram limites no texto-normativo. Justifica a redação deste artigo, pois é inerente à atividade jurisdicional o exercício da discricionariedade. No entanto, importante delimitar o seu uso, para que não haja desrespeito ao sistema tripartite de poder, à usurpação de competência, a ilegitimidade das decisões. Será utilizado procedimento bibliográfico e documental, por meio de um método dedutivo e com uma abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia da Covid-19; Supremo Tribunal Federal; Atividade jurisdicional; pamprincilogismo; Discricionariedade judicial.

ABSTRACT: The theme of this article is to study the judicial discretion of the Federal Supreme Court (STF) in times of the Covid-19 pandemic. The general objective is to outline a propaedeutic guide on the judicial attributions of the STF, as well as the limits of the use of judicial discretion by constitutional judges in pandemic times. The specific objective is to demonstrate, at least superficially, that the exercise of judicial discretion, which takes into account the application of hermeneutic-interpretative methods, even if used under the allegations of the “open texture of law”, “pamprincilogismo” and the enforcement of guarantees constitutional individual, find limits in the normative text. Justifies the wording of

this article, as the exercise of discretion is inherent to the jurisdictional activity. Nevertheless, it is important to delimit its use, so that there is no disrespect for the tripartite system of power, the usurpation of competence, illegitimacy of decisions, even in pandemic times. The methodology to be observed will be the bibliographic procedure, through the deductive method, with a qualitative approach.

KEY WORDS: Pandemic Covid-19; Supreme Court; Judicial Activity; Pamprinciology; Judicial Discretion.

RESUMEN: El tema de este artículo es estudiar la discrecionalidad judicial del Supremo Tribunal Federal (STF) en tiempos de pandemia de Covid-19. El objetivo general es proporcionar una visión preliminar de los poderes judiciales del STF, así como los límites al uso de la discreción judicial por los jueces constitucionales en tiempos de pandemia. El objetivo específico es demostrar, al menos superficialmente, que el ejercicio de la discrecionalidad judicial, que tiene en cuenta la aplicación de métodos hermenéutico-interpretativos, aunque se utilice bajo los alegatos de la “textura abierta de la ley”, del “pamprincilogismo” y de la realización de las garantías constitucionales individuales, encuentra límites en el texto normativo. Este artículo se justifica porque el ejercicio de la discrecionalidad es inherente a la actividad judicial. Sin embargo, es importante delimitar su uso, para que no haya falta de respeto al sistema tripartito de poder, usurpación de competencia o ilegitimidad de las decisiones. Se utilizará un enfoque bibliográfico y documental, utilizando un método deductivo y un enfoque cualitativo.

PALABRAS-CLAVE: Pandemia de Covid-19; Tribunal Supremo; Actividad judicial; pamprincilogismo; Discrecionalidad judicial.

INTRODUÇÃO

O século XXI inegavelmente estará marcado na história da humanidade. Historiadores, ao narrarem esse período secular, abordaram temáticas que assolaram quilíades de pessoas ao redor do mundo. Haverá diagnósticos de toda sorte, tendo alguns eventos a taxionomia de positivos e outros de negativos. Acontecimentos como o avanço da tecnologia, a entrada multisetorial de novéis profissões, o aprimoramento das ciências, o avanço ou não da efetivação de bens básicos fundamentais relacionados à pessoa humana, o combate a condutas corruptivas e a inserção de mecanismos de controle, as recessões econômicas que demandaram ajustes fiscais de austeridade, guerras e seus rumores, virtudes e desvirtudes humanas etc., serão objetos demarcatórios desse período contemporâneo.

Ademais, certamente, ainda será objeto de estudo nesse interstício, a peste que está a ceifar milhões de vidas, demarcando um período triste, negativo e desolador para a humanidade, que é a Covid-19. Doença infecciosa que está a desencadear um cenário pandêmico mundo afora, em virtude de sua alta transmissibilidade, letalidade, incognoscibilidade, colocando em “xeque” a autonomia, a independência e a insensibilidade altruística dos seres humanos.

E, na busca de refrear o avanço deste vírus e garantir o direito fundamental à saúde, o Estado, mormente o Poder Executivo, é chamado a atuar no desiderato de traçar planos à vista de reduzir a transmissibilidade da doença, realizando diagnósticos escoreitos sobre quais são as medidas efetivas para o combate à progressão do vírus. Dentre os instrumentos utilizados, está a métrica quantitativa de infectados, vacinados e curados; a intensa atuação das vigilâncias sanitárias e epidemiológicas; o fortalecimento das assistências terapêuticas e farmacêuticas, por ações conjuntas na distribuição de vacinas, medicamentos, equipamentos e imunobiológicos etc.

Em tempos de colapso sanitário e crise humanitária, tais como os vivenciados hodiernamente, a colaboração entre os poderes da República, em todas as esferas, faz-se imperiosa. É obvio, que a atuação Executiva em estabelecer panoramas e planos gerais deriva de sua própria ontologia administrativa. Malgrado os demais poderes não podem se furtar de suas atribuições constitucionais, fortalecendo o pacto federativo – federalismo cooperativo -, e enaltecendo os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

Assim, em linhas políticas-estatais, dado que não se pode olvidar a existência de outras entidades que são extremamente importantes para conter o avanço da pandemia, os poderes da República devem atuar conjuntamente para a efetivação dos preceitos básicos humanos fundamentais, como a saúde, no intento de conter o avanço da doença, gerando estabilidade institucional.

Acontece, que no Brasil, os tempos pandêmicos estão a nos revelar uma crise institucional gravíssima, onde o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal (STF), sob o crivo da discricionariedade judicial, utiliza métodos hermenêuticos-interpretativos que, por vezes, ultrapassam os limites semânticos-legais, desencadeamento uma instabilidade institucional que em nada contribui para o combate da pandemia, pelo contrário, faz agravar o colapso, protelando seu fim.

Diante desse contexto, cogente perquirir: quais os limites da discricionariedade judicial do STF em tempos de colapso humanitário, social e sanitário? Em tempos pandêmicos, poderia o STF utilizar das métricas hermenêuticas-interpretativas para solapar as atribuições dos demais poderes?

Assim, evidencia-se o objeto de pesquisa deste artigo, que é traçar um olhar sobre a discricionariedade judicial do STF, em tempos pandêmicos. O objetivo geral é trazer lições propedêuticas sobre as atribuições judicantes do STF, evidenciadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem com estabelecer um norte delimitador do uso da discricionariedade judicial pelos julgadores-constitucionais, em tempos de colapso – vide pandemia ocasionada pela Covid-19-.

O objetivo específico, é demonstrar, ao menos perfunctoriamente, que a discricionariedade judicial, evidenciada pelos métodos hermenêuticos-interpretativos, ainda que a sob as alegações da “textura aberta do direito”, do “pamprinciolismo”, da efetivação de garantias individuais constitucionais, encontra limites. As decisões proferidas pelos julgadores-constitucionais apenas se revestem de legitimidade a partir da análise do texto-normativo, ou seja, o ponto de partida da discricionariedade judicial é o texto e não a consciência de suposição do julgador.

Justifica-se a lavra deste artigo, pois é sabido que a atividade jurisdicional traz consigo a necessidade da discricionariedade. O julgador, mormente, o constitucional, a despeito de estar adstrito aos termos legiferantes, possui certa margem de escolha/liberdade para deliberar em seus julgamentos, seja na aplicação ou não de determinada lei, seja na utilização ou não de algum método argumentativo-hermenêutico.

Sem embargo essa discricionariedade judicial encontra freios. As teorias da decisão e da argumentação, em especial as utilizadas pelo STF, não podem ser esteio para o desrespeito à tripartição de poderes, a usurpação de competência, a instabilidade institucional e ao solipsismo judicial.

Assim, o plano de trabalho deste artigo, abordará no capítulo segundo as atribuições jurisdicionais do STF, mormente àquelas provisionadas na CRFB/88. Na sequência, no capítulo terceiro, em escorço, será analisado o axioma da discricionariedade judicial. E, por último, no capítulo quarto será estudado os limites da atividade discricionária judicial do STF em tempos pandêmicos, em especial, o ocasionado pela Covid-19.

A metodologia a ser observada será o procedimento bibliográfico, através do método dedutivo e com abordagem qualitativa.

2. O SUPREMO E AS FUNÇÕES JUDICANTES

A CRFB/88, por intermédio do constituinte originário, estabeleceu, detalhadamente, as atribuições¹ do Poder Judiciário. Nesse ensejo, deliberou no artigo 102, as matérias de competência jurisdicionais² do STF, imputando à cúpula do Judiciário nacional, precipuamente, a salvaguarda dos preceitos constitucionais³.

E, como guardião da Constituição, foi-se atribuído ao STF a competência⁴ para processar e julgar uma multiversidade de demandas, tais como a. ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade⁵; b. infrações

¹ Sobre as atribuições do Poder Judiciário, importante mencionar, que a CRFB/88, dedica o título IV para tratar da organização dos poderes, estabelecendo em seu capítulo III, diversas seções que disciplinam sobre a estrutura funcional, competencial e taxionômica do Judiciário nacional. Nesse sentido, assoalha o texto constitucional nos artigos 92 a 126, as disposições gerais sobre o Poder Judiciário, delimitando as atribuições de competência judicante do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, do Tribunal Superior do Trabalho e suas ramificações judicantes, dos Tribunais e juízes eleitorais, dos Tribunais e juízes militares e dos Tribunais e juízes dos estados.

² Por atividade jurisdicional, entende-se, nos dizeres de André Ramos Tavares “[...] a atividade pela qual determinados órgãos pronunciam-se, em caráter cogente, sobre a aplicação do Direito. Isso é realizado, contudo, por meio da obediência a um procedimento previamente determinado, ao final e ao cabo do qual se alcança uma decisão que é revestida do caráter da imutabilidade, vale dizer, faz coisa julgada entre as partes. A jurisdição, pois, é uma atividade pela qual o Judiciário substitui-se à vontade das partes, solucionando os conflitos de interesse que eventualmente surjam no seio social.” TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 967.

³ Nos termos levantados por Dirley da Cunha Junior o “[...] Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte de Justiça do Brasil, cuja função maior é garantir a supremacia da Constituição.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 994.

⁴ Importante mencionar a divisão relacionada por Dirley da Cunha Junior ao vociferar que “[...] a Constituição dispõe de competência: (I) originária (nas hipóteses do art. 102, I); e (II) recursal, que, por sua vez, compreende o recurso (III) ordinário (art. 102,II); e (II2) extraordinário (art. 102,III). CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 994.

⁵ Ainda, de acordo com Dirley da Cunha Junior compete ao STF, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, apreciar, “[...] (a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (ADI por ação); (b) da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição Federal (ADI por omissão); (c) da representação para fins de intervenção federal (ADI interventiva); (d) da Ação Declaratória de Constitucionalidade da lei ou ato normativo federal (ADC) e (e) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), inclusive, nestas ações, os pedidos de medida cautelar.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 998.

penais comuns e crime de responsabilidade⁶; c. análises dos recursos ordinários⁷ e extraordinários⁸; dentre outras atribuições⁹.

Ao STF, foi-se atribuído ainda, a competência para a aprovação de súmulas vinculantes¹⁰, desde que preenchidos os requisitos legais¹¹, e que tenha por objetivo, conceder a validade, a interpretação e a eficácia¹² de determinadas normas, que estejam revestidas de controvérsias judiciais, que acabam fomentando a insegurança jurídica e a falibilidade das decisões judiciais. Importante observar, que o descumprimento dos termos transcritos no direito sumular, enseja ainda, em mais uma atribuição do STF, que é o manejo da reclamação constitucional¹³.

Esse alargamento de competências do STF se dá por múltiplos fatores, seja pela possibilidade abrangente do controle de constitucionalidade, seja pela reforma do Judiciário realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁴,

⁶ Conforme dicação do artigo 102, inciso I, alíneas *b* e *c*, da CRFB/88, “[...] Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;”.

⁷ De acordo com o artigo 102, inciso II, da CRFB/88 “[...] Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;

⁸ Consoante artigo 102, inciso III, da CRFB/88, [...] Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁹ O texto constitucional, em seu artigo 102, elenca ainda, outras atividades de competência do STF, estampadas nas alíneas *d, e, f, g, i, j, l, m, n, o, p, q e r*, a saber: “[...] d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal, q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.”.

¹⁰ A súmula vinculante foi inserida no ordenamento jurídico nacional a partir da manifestação do constituinte derivado evidenciada na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, consubstanciada no artigo 103-A e ss., da CRFB/88. É regulamentada pela Lei nº 11.417, de 2006.

¹¹ Exercendo a função hermenêutica do *caput*, do artigo 103-A, bem como do §1º, da CRFB/88, nos parece que os requisitos legais para propositura da súmula vinculante são: a. reiterada decisões sobre matéria constitucional; b. aprovação de dois terços dos ministros do STF; c. controvérsia judicial e atual entre órgãos judiciários; d. grave insegurança jurídica; e. relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica;

¹² Lenio Luiz Streck no contexto sumular, entende a validade de uma lei (texto jurídico), quando “[...] estiver em conformidade com a Constituição [...]”; por interpretação as “[...] divergentes no sistema, poderá chegar o momento em que o STF ponha um fim nesse dissídio hermenêutico. Essa divergência pode ser relativa a legislação infraconstitucional ou constitucional. Aqui, uma questão parece óbvia: quando se discutir a interpretação, a questão da validade já estará previamente sacramentada”; por eficácia a exigência que “[...] a súmula tenha por objetivo colocar término às discussões também acerca da eficácia de normas, questão que deve ser analisada igualmente levando em conta a base analítica do dispositivo.”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 295.

¹³ Para Luiz Guilherme Marinoni a reclamação, que busca esteio no artigo 103-A, § 3º, da CRFB/88, “[...] constitui forma de cassar decisão que usurpou a competência ou desrespeitou autoridade de decisão do Tribunal.”. Segundo artigo 103-A, §, 3º, da CRFB/88, caberá reclamação quando o “[...] ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Ademais, ver as dicações do artigo 988, do Código Processo Civil de 2015 (CPC/15), que determinou, como instituto processual, hipóteses de cabimento da reclamação, oriundas da relação intersubjetiva derivadas do processo civil. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1226.

¹⁴ A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, alterou inúmeros dispositivos constitucionais, introduzindo novas atribuições ao Poder Judiciário, como a viabilidade criacional das súmulas vinculantes, a instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a ampliação das competências da Justiça do Trabalho, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) etc. Nesse diapasão, assevera ainda Emerson Ademir Borges de Oliveira que “[...] Nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, passou-se a exigir que os recursos extraordinários, para serem admitidos junto ao STF, devem demonstrar a existência de repercussão geral, que, conforme art. 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil, significa a existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, que se aplicam a quaisquer recursos extraordinários, independentemente da natureza do direito discutido (cf. AI-QO 664.567)”. OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 20 n. 121 Jun./Set. 2018 p. 468-494. Disponível: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1512/1251>. Acesso em: 07 mai. 2021, p. 199.

seja pela caracterização de um modelo estatal intervencionista, seja pela ampliação do controle judicial das políticas públicas¹⁵.

À vista disso, nota-se, em análise sumária, que em decorrência desse expansionismo competencial, o STF atraiu para si a alcunha de um “super-poder”, sendo o detentor da última palavra em matéria constitucional e, não raras vezes, da própria manifestação democrática.

Isso muito se dá em virtude da inafastabilidade da jurisdição¹⁶, onde o Poder Judiciário, mormente o STF, é chamado a resolver conflitos de toda sorte constitucional. E, os julgadores-constitucionais, ao decidirem as demandas que lhes são aviadadas, utilizam-se da discricionariedade judicial, aplicando as normas do ordenamento jurídico, a partir de traços hermenêuticos que nem sempre coadunam com os limites da representatividade democrática.

A jurisdição constitucional em um sistema democrático, segundo Paulo Hamilton Siqueira Junior é caracterizada como o Executivo e o Legislativo sendo os

[...] responsáveis pela realização das políticas públicas, sendo ao Poder Judiciário reservada a atribuição de guardião dos limites de atuação estatal previstos na Constituição. A jurisdição constitucional é responsável pela reafirmação dos valores construídos pela sociedade.¹⁷

Nesse sentido, as atribuições constitucionais dos poderes estão delimitadas na própria CRFB/88, devendo o STF ficar adstrito aos seus termos.

Importante observar, que diante do hodierno arranjo constitucional, o STF não é visto como uma Corte Constitucional (Tribunal Constitucional)¹⁸ por carregar essa pluralidade de atribuições, mormente, para as análises recursais. E, é justamente isso que o expurga da “roupagem” tradicional de Corte Constitucional. Para vestir essa “roupagem”, faz-se imperioso que o Tribunal esteja fora da taxionomia judiciária, ou seja, é imprescindível que o Tribunal não seja um órgão do próprio judiciário, bem como não lhe seja atribuída a competência de instância recursal.

De se ver, que diante da multiversidade de atribuições judicantes, o exercício da discricionariedade judicial demanda uma acuidade em sua aplicabilidade, dado que a teoria da decisão utilizada pelos julgadores-constitucionais, necessita ser vinculativa aos termos legiferantes, sob pena de respeito e descrédito da legitimidade de suas decisões, inclusive, em tempos pandêmicos, onde a exigência de uma atuação proativa dos Poderes, requer uma respeitabilidade funcional da tripartição das competências de poder.

¹⁵ Melhor argumentação sobre o controle judicial pode ser depreendida nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho onde assevera que “[...] A Constituição vigente ampliou, todavia, o controle que o Judiciário pode exercer sobre as referidas “questões políticas”. Não limita esse controle ao aspecto formal, mas admite que ele se estenda à observância de princípios, como os registrados no art. 37 — impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isto, combinado com o fato de que essa Constituição, em muitos pontos, preorienta a disciplina de determinadas matérias, alargou o controle judicial que, destarte, em relação a tais questões não fica restrito à apreciação de legalidade.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 213.

¹⁶ O princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra eco no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, que assim determina “[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

¹⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Jurisdição constitucional política. São Paulo: Saraiva, 2017, p.71.

¹⁸ Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior estabelece que o STF “[...] não é um Tribunal Constitucional, seja porque a Constituição não lhe reservou essa natureza, seja porque integra o Poder Judiciário, sendo em muitos casos órgão recursal. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 994.

3. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Muito se estuda a discricionariedade na taxionomia do Direito Administrativo. Por vezes cognominada de poder discricionário¹⁹, revela-se em um importante instituto instrumental²⁰ a ser exercido pelos alcaides, dentro dos limites normativos²¹, e sob o pálio dos critérios da convivência e oportunidade - discricionariedade administrativa²²-, para o exercício da função administrativa, no desiderato perscrutar as melhores condutas à vista do bem comum.

Nada obstante, considerando sua ontologia e aplicabilidade, a discricionariedade ultrapassa as barreiras do Direito Administrativo, podendo ser notada em alguns segmentos da dogmática jurídica, em especial na Teoria do Direito²³ e na Teoria da Decisão Judicial. Isso porque, a discricionariedade²⁴ revela a possibilidade de atuação livre²⁵ e facultativa do agente quanto ao que há de fazer, proceder e/ou interpretar.

Luiz Guilherme Marinoni, citando Aharon Barak, estabelece que “[...] a discricionariedade significa, portanto, o poder conferido a uma pessoa de escolher, com autoridade, entre duas ou mais alternativas, sendo qualquer delas legítima”.²⁶

Assim, em termos gerais, a discricionariedade, é entendida, conforme orientação de Elival Silva Ramos “[...] como liberdade de ação nos limites do direito.”²⁷

¹⁹ Para Maria Sylvania Zanella di Pietro o poder discricionário se evidencia quando “[...] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 246.

²⁰ É sabido e tradicional que os poderes inerentes à atividade de Estado são instrumentais, dado que devem ser utilizados como instrumentos na busca do interesse da coletividade.

²¹ Maria Sylvania Zanella di Pietro assevera que “[...] Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. [...] entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 245.

²² Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto “[...] não sendo possível esgotar no preceito legal todas as hipóteses casuísticas de atuação administrativa do Estado na prossecução dos interesses públicos, o legislador tem a alternativa de abrir ao executor administrativo, pela própria norma legal preceitual, um leque de opções para a escolha da oportunidade ou da conveniência de agir ou de ambas. A discricionariedade desdobra, assim, para a Administração Pública, um novo espaço jurídico decisório substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração.”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 105.

²³ Para Elival Silva Ramos “[...] vale notar que o tema da discricionariedade tem sido intensamente trabalhado no âmbito do Direito Administrativo - No Brasil, há que se mencionar, dentre as monografias dedicadas ao tema, duas de expressiva repercussão: Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, mas muito pouco nos demais setores da Dogmática Jurídica, exsurgindo em algumas reflexões de Teoria do Direito, usualmente relacionadas ao modo de compreender a interpretação e aplicação de textos normativos.”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

²⁴ Para Lenio Luiz Streck a origem da discricionariedade judicial “[...] aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do Direito. Isso se dá, basicamente, porque, como bem demonstra Losano, no século XX a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 69.

²⁵ Elival Silva Ramos se valendo da obra de Karl Engisch, lembra que o jurista alemão estabeleceu que discricionariedade “[...] um dos “mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”. Contudo, o citado autor não se absteve de expressar uma noção ampla de discricionariedade, ao indagar: ‘A ‘discricionariedade judicial’ e a ‘discricionariedade administrativa’, que significam elas senão o livre parecer pessoal do juiz ou do funcionário administrativo?’”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.1102.

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.126.

À visto disso, somada a análise realizada por Herbert Hart sobre a “textura aberta do direito”²⁸, bem como, conforme ensina Lenio Luiz Streck à Escola do Direito Livre, a Jurisprudência de Interesses, o normativismo kelseniano, o positivismo jurídico, os argumentativistas, há se considerar a discricionariedade do julgador na resolução de conflitos²⁹, onde o exercício de seu poder discricionário recai na aplicação e compreensão do Direito, facultando-lhe, dentro dos limites normativos, escolher alternativas judicantes que mais se coadunam com os imperativos de justiça.

Todavia, lembra Elival Silva Ramos que, em épocas de positivismo oitocentista, toda e qualquer discricionariedade era negada, reduzindo a atividade jurisdicional “[...] ao automatismo da subsunção meramente lógico-formal”, ou seja, o juiz como mero reproduzidor da lei, alcunhado de “boca-da-lei”.³⁰

Segundo Elival Silva Ramos essa visão foi alterada a partir de Hans Kelsen³¹, onde o cenário jusfilosófico-hermenêutico volve-se a noção de discricionariedade inerente à atividade jurisdicional³². O juiz, em especial, o constitucional, ao julgar demandas, exerce, em maior ou menor grau de liberdade/escolha, a discricionariedade judicial, seja para aplicar ou não determinada lei, seja para aplicar ou não algum método hermenêutico-interpretativo³³. Malgrado, essa discricionariedade judicial não pode conduzir à arbitrariedade.³⁴

Assim, a análise hermenêutica discricionária se insere em um sistema autopoietico, ou seja, que se retroalimenta. Não pode o julgador se utilizar de uma teoria da decisão que ultrapassa os limites da própria lei, a ponto de desaguar em um juiz positivo, ativista, solipsista, arbitrário e inconsistente com as ordenanças positivadas no próprio ordenamento jurídico.

À visto disso, nota-se, que o exercício discricionário judicial encontra limites.

²⁸ Luiz Guilherme Marinoni assevera que Herbert Hart, vocifera que “[...] é da própria natureza do direito – que é expresso através de proposições da linguagem – albergar situações nas quais várias respostas poderiam ser corretas. Trata-se da chamada “textura aberta do direito”, que consiste em “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso.”. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1102. Nesse segmento, Elival Silva Ramos estabelece que Hart, na obra “[...] *The concept of law*, cit., p. 132, encontramos alusão à discricionariedade do aplicador da lei, em conexão com a questão da formulação aberta de textos legais (ou de precedentes): “A textura aberta da lei significa que há, de fato, áreas de conduta em que muito deve ficar para ser desenvolvido pelos tribunais e autoridades públicas, balanceando, à luz das circunstâncias, os interesses conflitantes, os quais variam de peso caso a caso.”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

²⁹ Segundo Lenio Luiz Streck a “[...] Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo exclusivo, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda)”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69-70.

³⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

³¹ Lenio Luiz Streck ressalta que existe no cenário jusfilosófico nacional uma equivocada interpretação quanto à análise interpretativo do positivismo exegetico e do pós-positivismo. Para o autor “[...] o maior ‘avanço’ no plano da interpretação do direito cinge-se à definição analítica, ficando no plano do *semantic sense*. Tal circunstância é, na verdade, fruto de uma errônea compreensão da superação do positivismo exegetico. Ou seja, para uma parcela considerável dos juristas – leia-se, doutrina e jurisprudência –, Kelsen, sinônimo de positivismo, foi um positivista exegetico. A partir disso a equivocada compreensão da transição do positivismo exegetico para o positivismo normativista jogou a comunidade jurídica nos braços da discricionariedade. Para muitos “críticos” brasileiros, dizer que a interpretação da lei é um ato de vontade constitui um “ganho” pós-positivista, esquecendo-se que é exatamente um positivista (pós-exegetico) que utiliza esse argumento (a vontade) para superar a razão (o velho exegetismo). [...] As consequências são graves. Mesmo nestes tempos de constitucionalismo principiológico, ainda grande parte dos juristas pensa que a superação do “juiz boca-da-lei” constitui, por si só, a “grande obra pós-positivista”. Esquecem-se que, ao pensarem assim, entregam para o juiz o poder discricionário, principal característica do positivismo normativista.”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 300.

³² Elival Silva Santos se valendo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, assevera que o jurista austríaco entendia que “[...] a discricionariedade é da essência da função jurisdicional, pois se a norma superior ‘determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar’ o certo é que ‘esta determinação nunca é, porém, completa: A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato’ [...]”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

³³ Para André Franco Montoro “[...] As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que se possam estender a todos os casos da mesma espécie. Passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato real, é tarefa do aplicador do direito, seja ele juiz, tabelião, advogado, administrador ou contratante. Nessa tarefa, o primeiro trabalho consiste em fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e, em seguida, determinar o seu alcance ou extensão. É o trabalho de interpretação, hermenêutica ou exegese.”. MONTORO, André Franco, 1916-1999. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 421.

³⁴ Bem lembra Andre Ramos Tavares que a “[...] rigor, o ato não é discricionário, mas sim o poder de praticá-lo. De outra parte, discricionariedade não equivale a arbitrariedade. Na discricionariedade há liberdade, mas liberdade dentro de parâmetros delimitados. Já a arbitrariedade é a prática de atos em desconformidade com a lei. O ato arbitrário é, pois, sempre inválido, contrário ao Direito. Já o ato praticado com discricionariedade pode ser legalmente previsto e, pois, jurídico.”. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 548.

4. OS LIMITES DISCRICIONÁRIOS DA DECISÃO JUDICIAL EM TEMPOS PANDÊMICOS E O CUIDADO COM USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Os críticos de arte³⁵, bem como o público que a observa, ao se deparam com uma determinada obra, a interpretam não apenas envolvidos em uma cosmovisão cingida pelo belo ou pelo estético³⁶, mas também a decifram, exercendo uma função hermeneuta, a partir de definições institucionalistas³⁷, históricas³⁸ e contextuais³⁹. A arte, ao ser interpretada pelo seu observador, é vista como um hexaedro, onde várias definições se unem, a partir de concepções diferentes, desaguando em conceito plural, que ultrapassa a mera característica da forma estilista e das cores.

À vista disso, descortina-se uma proximidade da arte com o Direito⁴⁰, posto que o jurista, assim como o observador artístico, ao interpretar⁴¹ os comandos legislativos, bem como ao tomar decisões judiciais, não o faz apenas firmado na dogmática-positiva do texto legal, mas também o faz a partir de critérios contextuais históricos, sociais, políticos, econômicos, hermenêuticos etc⁴².

³⁵ Retrata-se neste o conceito de arte restrito, que segundo Dulce América de Souza e Valdoni Moro Batista surge “[...] em um contexto histórico-cultural delimitado espacial e temporalmente, e é a partir dele que a história da arte se desenvolve, uma vez que é balizada pelo contexto teórico e institucional legitimador, como, por exemplo, museus, teatros e galerias de arte.”. SOUZA, Dulce América de. BATISTA, Valdoni Moro Batista. História da arte. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17. Assim, ao contrário sensu, este artigo não se refere ao conceito amplo de arte, como sendo aquele em que se pode associar, nos termos levantados por Dulce América de Souza e Valdoni Moro Batista “[...] como um adjetivo: a arte da gastronomia, a arte da perfumaria, a arte da joalheria, por exemplo. Muito mais do que um conceito, trata-se de uma concepção cotidiana que se refere a contextos eruditos ou populares que não pertencem ao “mudo da arte”. SOUZA, Dulce América de. BATISTA, Valdoni Moro Batista. História da arte. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17. Desta forma, restritamente, a arte pode ser conceituada, nos termos levantados por Priscila Farfan Barroso como “[...] é uma área do conhecimento que analisa as obras de artes por meio de estilos artísticos e valor estético.”. BARROSO, Priscila Farfan. BARROSO, Hudson de Souza Nogueira. História da Arte. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 13.

³⁶ Segundo Dulce América de Souza e Valdoni Moro Batista as “[...] definições estéticas destacam como condição necessária a intenção de provocar experiências estéticas”, ou seja, de outorgar ao observador experiências a partir da pintura. SOUZA, Dulce América de. BATISTA, Valdoni Moro Batista. História da arte. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17

³⁷ Nos termos levantados por Dulce América de Souza e Valdoni Moro Batista “[...] as definições institucionalistas se referem ao caráter condicional da legitimação da obra pelas instâncias da teoria e da crítica da arte, cumprindo certas regras e procedimentos;”. SOUZA, Dulce América de. BATISTA, Valdoni Moro Batista. História da arte. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17.

³⁸ Ainda, de acordo os estudos de Dulce América de Souza e Valdoni Moro Batista “[...] as definições históricas identificam a relação das produções artísticas com uma determinada tradição histórica.”. SOUZA, Dulce América de. BATISTA, Valdoni Moro Batista. História da arte. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17.

³⁹ A arte, segundo Priscila Farfan Barroso “[...] reflete aspectos do contexto social, econômico, político e religioso em que a sociedade vive em determinado período.”. BARROSO, Priscila Farfan. BARROSO, Hudson de Souza Nogueira. História da Arte. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 13;

⁴⁰ Gladston Mamede e Otavio Luiz Rodrigues Junior estabelecem que “[...] A relação entre a Arte e o Direito é mais próxima do que se pode imaginar. Basta recordar o jurista romano Celso, a afirmar que o Direito é a arte do bom e do justo: *ius est ars boni et aequi*. (...) a identificação do Direito como expressão de uma arte política, uma técnica social, tida no âmbito da *pólis*, isto é, da comunidade e, enfim, do Estado. Abre-se um enfoque estético do agir jurisdicional, considerado em sentido estrito, identificando-se com a atuação judiciária, ou em sentido largo, a abranger todo e qualquer dizer do Direito (*iurisdictio*), seja apurado em concreto – sobre fatos pretensamente havidos e, então, submetidos à avaliação dos que operam com o Direito –, seja apurado em abstrato, o que é próprio dos esforços teóricos. Dessa forma, é possível explorar o agir jurídico por sua qualidade de expressão e compreensão estéticas: o jurista, o bom jurista, é – e pode e deve ser – um artista que trabalha com os fatos, com os conflitos, incrustando-lhes normas e princípios jurídicos para, assim, ter por obra uma solução boa, equânime, justa.”. MAMEDE, Gladston. FRANCA FILHO, Marclio Toscano. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito da arte. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08.

⁴¹ Para Javier Hervada existem princípios básicos para a interpretação das normas. Para o jusfilósofo espanhol “[...] O núcleo mais importante do método jurídico é formado, sem dúvida, pelo conjunto de regras e critérios para interpretar as normas. As leis, os negócios jurídicos e os atos administrativos, para serem aplicados, precisam ser interpretados. Por isso, o método jurídico, junto com as regras e recursos técnicos para organizar a vida social, é composto daqueles critérios que servem para a interpretação das normas. Do ponto de vista científico, essa é a parte do método de maior interesse, por seu caráter básico, porque sem interpretação não há conhecimento científico, nem construção do sistema, nem aplicação à realidade.”. HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de filosofia do direito. Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 438-439. Assim, para Javier Hervada o primeiro princípio básico de interpretação é o “[...] da relação entre estrutura jurídica e realidade social. A estrutura jurídica não é um conjunto de conclusões lógicas obtidas por silogismos de alguns princípios apriorísticos. É uma ordem da e para a sociedade social. É um produto da prudência jurídica, que, como tal, deve ser referido constantemente às situações de fato que pretende regular.”. O segundo princípio é da historicidade da ordenação jurídica, onde “[...] A interpretação da norma tem geralmente um âmago de idéias, que influenciam – muitas vezes de modo decisivo. Uma mesma lei, por exemplo, pode ser compreendida – interpretada – com aspectos diferentes conforme seja considerada com uma mentalidade ou outra.”. HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de filosofia do direito. Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 439.

⁴² Segundo Glauco Barreira Magalhães Filho “[...] O jurista é alguém que não apenas compreende o Direito, mas participa da sua construção contínua. Desse modo, o cientista do Direito não se reduz a um mero observador de seu objeto de estudo, mas, antes, é um verdadeiro ator, é criador. Assim, o jurista constitui o seu próprio objeto de estudo, no caso, ordenamento jurídico. O Legislador cria um emaranhado de normas lacunosas e contraditórias, enquanto o cientista jurídico, numa perspectiva metodológica, imprime forma à matéria jurídica amorfa, integrando as suas lacunas e sistematizando os preceitos jurídicos através de critérios hermenêuticos. A hermenêutica é a metodologia das ciências culturais, inclusive do Direito. Sua operacionalidade se dá pela interpretação. A hermenêutica jurídica, na medida em que a interpretação das normas repercute na vida social, deve ter um compromisso ético com os valores ligados à justiça. Afinal de contas, toda obra cultural existe em razão de um fim. Desse modo, pode-se afirmar que a arte foi criada, tendo em vista a beleza (valor estético). A própria ciência passou a existir em razão da verdade (valor cognitivo). O Direito existe em razão da justiça.”. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A essência do Direito. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2003, p. 83.

O exercício judicante, como visto, carrega a imperiosidade da discricionariedade. O julgador, em especial, o constitucional, apesar da vinculação ao texto-normativo, possui certa margem de escolha/liberdade⁴³ no desiderato de aplicar métodos argumentativos-hermenêuticos⁴⁴. Essa margem discricionária pode se apresentar em maior ou menor grau de intensidade.⁴⁵ Segundo Elival Silva Ramos “[...] o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos, por se referirem à totalidade do sistema que opera”.⁴⁶

Assim, a discricionariedade do juiz-constitucional está condicionada ao ordenamento jurídico que lhe foi imposto por vontade soberana do povo, ainda mais, se o texto normativo não demanda interpretações argumentativas por não conter termos imprecisos. Ou seja, sendo o texto clarividente em todos os seus termos, a liberdade – discricionariedade – do julgador fica limitada à sua reprodução, pois, o método-interpretativo formalista nesses casos se apresenta como alternativa cogente.

Nesse sentido, Konrad Hesse, citado por Inocêncio Mártires Coelho estabelece que, “[...] onde não se suscitam dúvidas não se interpreta, e com frequência não faz falta interpretação alguma.”⁴⁷

É claro que tal conduta não pode conduzir a um passivismo judiciário exagerado⁴⁸. Conforme já visto, a atividade judicial é exercida com discricionariedade, exercendo o juiz uma certa margem interpretativa sobre os comandos legislativos, não se prontificando como mero proclamador da lei ou “boca-da-lei”.

Obviamente, que havendo lacuna no texto normativo, a discricionariedade do julgador-constitucional será mais intensa e abrangente, dado necessidade de integração do texto. Mas tal liberdade não pode ser utilizada a ponto caracterizar um abuso do poder judicante, tornando o ato decisório arbitrário e deslegitimado por interferência em funções típicas dos demais poderes.⁴⁹

Assim, ainda que existam dispositivos legais nos quais o legislador os estabeleçam com conceitos vagos e indeterminados, onde, em tese, haveria uma maior concessão no grau de discricionariedade na atuação do juiz-interprete⁵⁰, tal a margem não poderá conduzir a um solipsismo judicial, com condutas inventivas-criativas do julgador.

⁴³ Nesse sentido, Elival Silva Ramos ao analisar os escritos de Hans Kelsen, para estabelecer uma decisão entre a discricionariedade legislativa e judicial, asseverou que “[...] tanto uma quanto outra atividade estão, em alguma medida, jungidas à observância de parâmetros jurídicos previamente estabelecidos, mas, em contrapartida, ambas podem se desenrolar com certa liberdade dentro desses marcos.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 126. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “[...] O legislador detém espaço de discricionariedade para atuar em nome da tutela do direito fundamental, não podendo apenas conferir-lhe tutela excessiva ou insuficiente. O juiz, porém, embora possa suprir a falta de tutela normativa, goza de espaço bem mais restrito, pois apenas pode determinar, para a proteção reconhecida como devida ao direito fundamental, a providência que se afigure indispensável a sua satisfação, devendo esta ser a que cause a menor restrição possível à esfera jurídica da parte afetada.” SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1064.

⁴⁴ Nesse sentido, Adrian Sgarbi estabelece a existência de normas sobre a interpretação. Para ele, existem normas sobre a interpretação jurídica que “[...] são instruções aos intérpretes a respeito do que devem fazer quando realizam a atividade interpretativa”. Essas, por sua vez, se subdividindo em normas em disciplina geral e setorial. Existem as leis interpretativas que “[...] são construções do próprio legislador cujo intento é o de fixar o sentido de determinado dispositivo legal por ele mesmo produzido. Geralmente assim o faz com o objetivo de eliminar decisões contraditórias (judiciais e administrativas) por causa do texto normativo ambíguo, vago ou indeterminado.” SGARBI, Adrian. *Curso de teoria do direito*. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 61-63.

⁴⁵ Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que a “[...] atribuição de sentido a um preceito constitucional é atividade marcada por considerável potencial de efeitos vários sobre a ordem jurídica e sobre o cotidiano dos indivíduos. A atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescandível relevo para a vida social e para a definição do Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social;”. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 79.

⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 126.

⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171.

⁴⁸ Para Elival Silva Ramos “[...] O positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica, ao propugnarem a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, eliminaram qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram ensejo a fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o passivismo judiciário.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

⁴⁹ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni “[...] Só há como pensar em “violação literal de lei” quando se supõe que a interpretação judicial pode declarar a norma contida na lei, nos moldes do formalismo interpretativo. Segundo a teoria formalista, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. O juiz, ao interpretar, investigaria o significado do texto legal e, então, o descreveria. - Ricardo Guastini -. Haveria interpretação para afirmar o que está implicitamente gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta. - Ricardo Guastini -. Bem por isso, é possível aceitar que o juiz, ao decidir, pode negar a norma preexistente ou violar a lei.” SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1293.

⁵⁰ Elival Silva Ramos estabelece, a partir dos escritos de Karl Engisch, que “[...] O emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 127.

Destarte, mesmo que os textos normativos garantam uma maior margem de atuação discricionária do juiz-constitucional, sua atuação está limitada à discricionariedade de juízo⁵¹. Elival Silva Ramos estabelece que “[...] ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais [...]”.⁵²

De mais a mais, mesmo que partamos da análise do direito sob os luzeiros da ponderação valorativa dos princípios⁵³, conforme estabelecido por Robert Alexy, o exercício hermenêutico deve ficar adstrito ao sistema jurídico posto, não podendo, sob a fundamentação valorativa argumentativa, ganhar contornos extratexto.⁵⁴

É certo, que em determinadas situações, a margem discricionária na aplicação interpretativa-hermenêutica dos princípios ganham asas, desaguando em um pamprincipiologismo⁵⁵, servindo de estofa a toda e qualquer fundamentação justeórica.⁵⁶

⁵¹ Segundo Lenio Luiz Streck (2019, 302) ao analisar a aplicabilidade das súmulas vinculantes, entendeu que “[...] delegação da discricionariedade em favor do Poder Judiciário. Ou seja, o establishment jurídico brasileiro parece que não encontrou outro modo de controlar o poder (discricionário-arbitrário) dos juízes e tribunais a não ser pela introdução de um mecanismo que nos remete à velha jurisprudência dos conceitos alemã (Begriffjurisprudenz). Esse é o paradoxo das súmulas: são o resultado de uma equivocada compreensão do que seja o pós-positivismo, conforme explícito e delineio em vários artigos e livros, em especial, Verdade e consenso”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 302.

⁵² RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128.

⁵³ Para Lenio Luiz Streck existe uma diferença entre regra e princípio. Para ele “[...] em síntese: há uma essencial diferença – e não separação (se se quiser, distinção lógica) – entre regra e princípio, com o que é necessário chamar a atenção para uma espécie de senso comum que se forma em determinadas matérias. É o caso das (inadequadas) “classificações” entre “distinção fraca” e “distinção forte” que existiriam entre regra e princípio. Com efeito, pela distinção “fraca”, os princípios seriam normas com elevado nível de abstração e generalidade, dando azo a uma forte subjetividade do aplicador (veja-se como essa tese é conveniente para a transformação dos princípios e das cláusulas gerais do Código Civil em alibis para discricionariedades). Já as regras não teriam esse grau de abstração, demandando um grau menor de subjetividade (essa tese é conveniente para firmar a prevalência, em determinadas situações, da regra sobre o princípio, além de servir de suporte para a institucionalização das súmulas com caráter vinculante)”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 269. Importante observar que, segundo Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira a ponderação de Robert Alexy “[...] tem lugar nos chamados casos difíceis e que ela visa sanar uma eventual colisão de princípios para que, depois de sua correta aplicação, possa ser determinada a regra a ser subsumida ao caso (chamada de regra de ponderação). Ou seja, não em Alexy, propriamente, uma aplicação de princípios – nos termos das tradicionais vertentes semânticas da interpretação jurídica –, mas somente aplicação de regras, visto que do procedimento da ponderação – que opõe dois princípios em conflito – resulta uma regra que será efetivamente subsumida ao caso concreto.”. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 536.

⁵⁴ Nesse sentido, Lenio Luiz Streck assevera que “[...] o ‘pamprincipiologismo’ se transformou em um caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX, a partir da tese – simplista e mistificadora – de que na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo status ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criador ad hoc (e com funções ad hoc), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muito dos princípios gerais do Direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição. Sem qualquer possibilidade taxonômica acerca da matéria, esses enunciados (com pretensão assertórica e performativa) cumprem a função de metarregras. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao ‘caso concreto’, que acaba sendo ‘construído’ a partir do grau zero de significado. Sua multiplicação se deve à errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionariam uma abertura interpretativa, quando, em verdade, sua função é de fechamento interpretativo.”. STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 151-152.

⁵⁵ Segundo Lenio Luiz Streck “[...] Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiologistas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. (...) o ‘pamprincipiologismo’ se transformou em um caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX, a partir da tese – simplista e mistificadora – de que na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo status ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criador ad hoc (e com função ad hoc), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do Direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição.”. STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 150-151.

⁵⁶ Em vista disso, Lenio Luiz Streck traz uma importante observação ao mencionar que “[...] os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais com o texto da Constituição. É nesse contexto que assumem relevância os princípios (entendidos como padrões) da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). O grande problema, entretanto, está no modo tabula rasa que esses princípios têm sido utilizados, transformados, no mais das vezes, em um simples “raciocínio discricionário”, pelo qual o resultado depende de um juízo subjetivo do intérprete.”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 266.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4&isAllowed=y> Acesso em: 23 out. 2023.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.

CUNHA, Edson Carlos da. **Reforço escolar: o uso de jogos e materiais manipuláveis no ensino de frações**. 2016. 122 f. Dissertação (Mestrado em Educação Escolar) – Mestrado Profissional, Programa de Pós-Graduação em Educação Escolar, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/294853421.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 245-262, jul. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 out. 2023.

GOMES, Magno Federici; CARVALHO, Heloisa. Políticas públicas ambientais: consensualização e concertação. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIEAFIBE)**, v. 9, n. 2, p. 561-588, 2021. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/851>. Acesso em: 23 out. 2023.

GÖTTEMS, Claudinei J. Direito fundamental à educação. **Argumenta Journal Law**, v. 16, n. 16, p. 43-62, 2012. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/213/212>. Acesso em: 23 out. 2023.

228

HÖFLING, Eloisa de. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cadernos Cedes**, ano 21, n. 55, p. 30-41, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccedes/a/pqNtQNWnT6B98Lgipc5YsHq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 out. 2023.

KANT, Immanuel. **Sobre a pedagogia**. Tradução: Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Unimep, 1999

LIMA, Luciana Leite; STEFFEN, Mariana Willmersdorf; D'ASCENZI, Luciano. Políticas públicas. In: LIMA, Luciana Leite; D'ASCENZI, Luciano (orgs.). **Políticas públicas, gestão urbana e desenvolvimento local**. Porto Alegre: Metamorfose, 2018. p. 35-82.

LONCHIATI, Fabrizia Angelica Bonatto; MOTTA, Ivan Dias da. Direito à educação: um estudo do artigo 205 da Constituição Federal. **Revista Direito & Desenvolvimento da Unicatolica**, v. 2, n. 1, p. 74-85, jul. 2019. Disponível em: <http://reservas.fcrs.edu.br/index.php/red/article/view/3158>. Acesso em: 29 out. 2023.

LONCHIATI, Fabrizia Angelica Bonatto; MOTTA, Ivan Dias da. Reflexões acerca da teoria dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana no direito educacional. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 4, n. 45, p. 1-23, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1760>. Acesso em: 24 out. 2023.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003.

MARTINS, Paulo de Sena. O financiamento da educação básica como política pública. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 26, n. 3, p. 497-514, 2010. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/rbpae/article/view/19795>. Acesso em: 23 out. 2023..

- MATISKEI, Angelina Carmela Romão Mattar. Políticas públicas de inclusão educacional: desafios e perspectivas. **Educar em Revista**, Curitiba, n. 23, p. 185-202, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/bDksCCqdMwGqX9KtFpBycb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 out. 2023.
- MILLON, Lara Vanessa. Participação popular nas políticas públicas municipais. **Revista de Direito**, v. 13, n. 17, p. 59-71, 2010. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1896>. Acesso em: 23 out. 2023.
- OKANO, Cynthia Barroso; LOUREIRO, Sonia Regina; LINHARES, Maria Beatriz Martins; Marturano, Edna Maria. Crianças com dificuldades escolares atendidas em programa de suporte psicopedagógico na escola: avaliação do autoconceito. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 17, n. 1, p. 121-128, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/SQ4fdqDdt7qN6XHpm7c4P5N/?lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2023.
- OLIVEIRA, Jéssica Carvalho; CRUZ, Maria Aparecida Silva. Reforço escolar: um aliado para o ensino. *In: ENCONTRO NACIONAL DE EDUCAÇÃO MATEMÁTICA*, 12., 2016, São Paulo, SP. **Anais [...]**. São Paulo, SP: Sociedade Brasileira de Educação Matemática, 2016. p. 1-12. Disponível em: http://www.sbem.com.br/enem2016/anais/pdf/5575_3563_ID.pdf. Acesso em: 31 out. 2023
- PATTO, Maria Helena Souza. **A produção do fracasso escolar: histórias de submissão e rebeldia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999.
- RODRIGUES, Marina Lara. 'Todo mundo quer ser perfeito mesmo': significados da vivência escolar e reforço para uma adolescente. *Revista Eletrônica de Educação*, v. 14, p. 1-16, e3151074, jan./dez. 2020. Disponível em: <http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/view/3151>. Acesso em: 29 de out. 2023.
- SANTOS, Iêda Rodrigues dos. **O reforço escolar para crianças de 1º ano do ensino fundamental I, e às dificuldades de aprendizagem existentes**. 2022. 26 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em Pedagogia) – Instituto Federal Goiano, Iporá, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ifgoiano.edu.br/handle/prefix/3136>. Acesso em: 31 out. 2023.
- SAVIANI, Demerval. **Política e educação no Brasil**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 1996.
- SILVA, Maria Odete Emygdio da. Educação Inclusiva: um novo paradigma de Escola. **Revista Lusófona de Educação**, v. 19, n. 19, p. 119-134, 2011. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao/article/view/2845>. Acesso em: 29 out. 2023.
- TUDE, João Martins; FERRO, Daniel; SANTANA, Fabio Pablo de A. **Políticas públicas**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010. v. 1.
- VIEIRA, Maria Jonábria Farias. **Reforço escolar extra escola: um enfoque acerca dessa prática na visão de professores que ministram estas aulas no município de Cajazeiras-PB**. 2013. 39 f. Monografia (Licenciatura em Pedagogia) – Centro de Formação de Professores, Universidade Federal de Campina Grande, Cajazeiras, 2013. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/10371/3/MARIA%20JON%20ON%20c3%81BIA%20FARIAS%20VIEIRA.%20TCC.%20LICENCIATURA%20EM%20PEDAGOGIA.%202013.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

A utilização ponderativa dos valores como regra-matriz hermenêutica⁵⁷, por vezes, conforme ensina Lenio Luiz Streck utiliza

[...] o princípio apenas serve de álibi para uma escolha “ponderativa”, disfarçando a discricionariedade (e, em muitos casos, a arbitrariedade); Dito de outro modo: o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.⁵⁸

Nesse cenário, considerando a abstratividade dos princípios, o julgador-constitucional, não raras vezes, os utiliza ao seu alvedrio, aplicando-os como regra hermenêutica para desconsiderar a manifestação do povo, agindo conforme sua consciência interpretativa, e como se fossem os detentores do poder democrático e representativo, remetendo a ideia de que o povo não sabe o que é bom para si, mas eles – ministros constitucionais – que os sabem. Nessa senda, Oscar Vilhena Vieira assoalha que

[...] Por se tratar de um fenômeno de concentração de poderes na esfera judicial, em detrimento dos poderes representativos, a Supremocracia evidentemente cria enorme dificuldades, que reivindicam que as decisões fundamentais de uma polis devam estar submetidas à vontade da maioria dos cidadãos e não a um grupo não eleito de magistrados.⁵⁹

O julgador-constitucional precisa ter em mente, que mesmo em casos de calamidade pública - pandemia da Covid-19 -, o julgamento dos conflitos deve partir de uma análise de respeitabilidade da separação dos poderes. Mesmo que a CRFB/88 conceda uma multiversidade de atribuições judicantes, mormente, ao STF, imperioso o exercício da discricionariedade interpretativa-hermenêutica para dentro dos limites da lei. Nessa senda, Emerson Borges de Oliveira sustenta que

A interpretação percorre um processo necessariamente criativo, até porque a decisão não se restringe a apontar a interpretação correta, mas também deve afastar as divergências, ainda que de forma subliminar. Nesse caminho da escolha interpretativa, o resultado que se afigure absolutamente oposto à norma restará como clara criação.⁶⁰

Assim, as decisões manipulativas⁶¹ emanadas pelo STF, segundo André Dias Fernandes “[...] evidencia uma tendência da Corte rumo ao gradativo abandono do paradigma kelseniano do legislador negativo e à assunção do papel de legislador positivo, ou seja, de intérprete e guardião da Constituição para ‘construtor da Constituição’ [...]”⁶²

O desrespeito jurisdicional, ainda que sob a fundamentação valorativa de princípios, enseja no desequilíbrio dos poderes, fazendo com que as políticas públicas de combate ao enfrentamento da pandemia se enfraqueçam e desnorteiem a cooperação institucional.

⁵⁷ Nesse diapasão, Lenio Luiz Streck assevera que “[...] estando os juristas inseridos em um imaginário predominantemente voltado a pensar que o positivismo a ser vencido era o velho paleojuspositivismo (para usar a expressão de Ferrajoli), pareceu-lhes que delegar o poder discricionário (que fatalmente se tornou arbitrário) em favor do Poder Judiciário seria um avanço. A comprovar isso, basta observar a força da ponderação de valores, fruto de uma equivocada importação da Teoria da Argumentação Jurídica (uma leitura equivocada, por assim dizer), e a incorporação indevida do ativismo norte-americano, problemática por mim discutida exaustivamente e meu Verdade e consenso [...]”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 301.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 274-276.

⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p.163.

⁶⁰ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. STF: Ideias para a transformação em Corte Constitucional. *Revista de Direito Público*. RDU, Porto Alegre, Volume 14, n. 77, 2017, 193-213 set-out 2017. Disponível: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2767/pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021, p. 480.

⁶¹ Segundo André Dias Fernandes “[...] as decisões manipulativas caracterizam-se por um elevado grau de criatividade judicial, que as torna atípicas. São também denominadas de decisões intermédias, porquanto ficam a meio caminho entre decisões de mera procedência e de mera improcedência do pedido (total ou parcial). O órgão que as profere não atua como mero legislador negativo, mas como legislador positivo, criando ou restringindo direitos de maneira importante.” FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018, p. 43.

⁶² FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018, p. 143.

O Poder da República, tripartido em funções, deve caminhar conjuntamente no desiderato de fortalecer o combate e o avanço da pandemia.

Nos parece, que o STF, em tempos de colapso sanitário, mormente, o evidenciando pela pandemia da Covid-19, tem tomado decisões manipulativas que ultrapassam a textura normativa dos dispositivos legais, se valendo de métodos hermenêuticos-interpretativos apenas colimar suas próprias pretensões, hipertrofiando a discricionariedade judicial, que, à guisa de introito, desagua na ilegitimidade das decisões, no desrespeito aos direitos fundamentais, ao sistema tripartido do poder e na usurpação de competência.

É caso, por exemplo, das deliberações na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 811⁶³, onde o STF⁶⁴, sob o manto da discricionariedade, aplicando métodos interpretativos-hermenêuticos ao seu alvedrio, deliberou pela manutenção do artigo 2º, II, *a*, do Decretos nº 65.563⁶⁵, do Estado de São Paulo, onde proibia a celebração de cultos e demais atos religiosos, em desrespeito ao direito fundamental da liberdade de culto e de crença, estampado no artigo 5º, VI⁶⁶, da CRFB/88.

Inolvidável mencionar, que o ativismo judicial conta com a inoperância do Executivo Federal.⁶⁷ Nesse segmento, Ana Paula Barcellos (2020, p. 441) lembra que “[...] é a Constituição e a legislação que decidem a estrutura do Poder Judiciário e o que lhe competirá fazer, e não este último.”⁶⁸

Diante disso, deve-se buscar o expurgo do solipsismo judicial e das condutas inventivas-criativas dos julgadores, ainda sob o pretexto de garantir a ordem e o combate à calamidade pública – pandemia da Covid-19-.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De se ver, pelos argumentos apresentados, que a pandemia da Covid-19 trouxe inúmeras implicações para o Direito. Medidas impostas pelo Estado necessitam de compatibilização com o Estado da Arte do Direito. O enfrentamento para conter o avanço do vírus demanda atuação conjunta dos poderes da República. E, essa atuação, ainda que sob a mais nobre fundamentação argumentativa e decisória, deve respeitar os limites tripartidos de poder, os direitos fundamentais, o pacto federativo, a segurança jurídica, com a preservação da estabilidade institucional.

Para que isso aconteça, é imperioso o respeito os comandos normativos. O STF, ao ser chamado a resolver litígios, deve-se utilizar da discricionariedade judicial que é inerente ao ato decisório. Todavia, o exercício da discricionariedade - liberdade de escolha e/ou alternativa do julgador - encontra limite no próprio Direito. A arte de

⁶³ A referida ADPF nº 811, foi proposta pelo diretório nacional do Partido Social Democrático (PSD), contra o art. 2º, II, *a*, do Decreto n. 65.563, de 12.3.2021, do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo, tendo como ministro-relator Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 811. Data do julgamento 08 abr. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>. Acesso em: 04 de jun. 2021.

⁶⁴ A rigor, no julgamento de mérito da ADPF nº 811, a votação ficou em 9x2, decidindo pela ilegalidade do Decreto, os ministros Kássio Nunes Marques e Dias Toffoli. Os demais votaram pela manutenção do Decreto, corolário mantendo a proibição de atividades religiosas coletivas presenciais, o que nos parece um completo desrespeito às garantias constitucionais da liberdade de culto e crença. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 811. Data do julgamento 08 abr. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>. Acesso em: 04 de jun. 2021.

⁶⁵ O artigo 2, II, *a*, do Decreto nº 65.563, de 11 de março de 2021, traz a seguinte dicção “[...] As medidas emergenciais instituídas por este decreto consistem na vedação de: (...) II - realização de: a) cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo.”

⁶⁶ Preleciona o artigo 5, VI, da CRFB/88, a seguinte ordenança “[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

⁶⁷ Conforme bem lembra Carlos Alexandre de Azevedo Campos “[...] é certo que a ascensão do ativismo judicial do Supremo responde significativamente a fatores políticos. A Corte tem desenvolvido sua jurisprudência assertiva em ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou identidade institucionais. Mesmo o Executivo federal, que ainda é a maior força política do país, tem respeitado o protagonismo do Supremo em diversas áreas. Por tudo isso, nosso sistema político fragmentado e competitivo vem atuando de modo a permitir o avanço do poder decisório do Supremo, principalmente porque – e enquanto – o Executivo federal tem contribuído para esse avanço.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 267.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 441.

interpretar não pode ser utilizada a despeito da manifestação legiferante, pelo contrário, deve buscar fundamento no próprio Direito.

Assim, os limites da discricionariedade judicial do STF em tempos de colapso humanitário, social e sanitário, é o próprio ordenamento jurídico. O juiz-constitucional não pode se olvidar, que mesmo em casos de calamidade pública - pandemia da Covid-19 -, o julgamento dos conflitos está adstrito à respeitabilidade da dicção do texto-normativo.

Mesmo que a CRFB/88 conceda uma multiversidade de atribuições ao STF, o exercício das métricas hermenêuticas-interpretativas – discricionariedade -, jamais podem delibar contra a lei, pois esta é o seu ponto de partida. A interpretação constitucional não é apartada da lei, pelo contrário encontra eco na própria manifestação legiferante.

Destarte, a discricionariedade – exercida a partir da interpretativa-hermenêutica - dos juízes-constitucionais está balizada nos limites da lei. O desrespeito jurisdicional, ainda que sob a fundamentação argumentativa e decisória a. da valorização dos princípios, b. da aplicabilidade hermenêutica da “textura aberta dos direitos”, c. do pamprincipiologismo, d. das decisões manipulativas, ensejará no desequilíbrio e instabilidade dos poderes, na usurpação de competência, no desrespeito à direitos fundamentais e no solipsismo judicial, fazendo com que as políticas públicas de combate ao enfrentamento da pandemia se enfraqueçam e desnorteiem a cooperação federativa.

À vista disso, os poderes da República em momentos tão difíceis e nefastos para a sociedade, devem caminhar conjuntamente no desiderato de fortalecer a ordem e os laços sociais, no desiderato do bem comum que é combater o avanço da pandemia.

REFERÊNCIAS

232

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Priscila Farfan. BARROSO, Hudson de Souza Nogueira. **História da Arte**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 811**. Data do julgamento 08 abr. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>. Acesso em: 04 de jun. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2003.
- MAMEDE, Gladston. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MONTORO, André Franco, 1916-1999. **Introdução à ciência do direito**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA. Emerson Ademir Borges de. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 20 n. 121 Jun./Set. 2018 p. 468-494. Disponível: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1512/1251>. Acesso em: 07 mai. 2021.
- OLIVEIRA. Emerson Ademir Borges de. STF: Ideias para a transformação em Corte Constitucional. **Revista de Direito Público**. RDU, Porto Alegre, Volume 14, n. 77, 2017, 193-213 set-out 2017. Disponível: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2767/pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.563**, de 11 março de 2021. Institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA, Dulce América de. BATISTA, Valdoni Moro Batista. **História da arte**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2018.