XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

TALISSA TRUCCOLO REATO

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Talissa Truccolo Reato.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-661-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

O XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriú – SC teve como tema central dos debates "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", de modo que foi marcado pelo reencontro, pelo diálogo e pela troca de experiências, sobretudo após o período de restrições em decorrência da pandemia da COVID-19.

Os artigos apresentados no GT "Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I" foram produtivos e ensejaram a participação de pesquisadores de diversas regiões do país, propiciando um ambiente de debates proveitosos. O GT foi organizado em dois grandes blocos de apresentações e debates.

Em que pese o eixo comum seja Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, os artigos apresentados, abaixo publicados, envolvem proposições diversas. No primeiro bloco foi abordado o Constitucionalismo Digital, que é um conceito em construção, haja vista a necessidade de regulamentação tecnológica para garantir a proteção dos direitos humanos sob a égide constitucional.

Outrossim, sequencialmente se debateu a questão dos grupos vulneráveis e a atuação do Supremo Tribunal Federal, inclusive em decorrência das determinações de planos de enfrentamento das adversidades enfrentadas pelas referidas populações, sobretudo durante da pandemia vivenciada.

No GT também foi referido o tema da dignidade da pessoa humana, na condição de princípio da Constituição Federal do Brasil de 1988, uma vez que esta é uma qualidade de cada ser humano que implica respeito pelo Estado e pela comunidade.

Além destas temáticas, explanou-se a questão da representatividade feminina no Poder Legislativo, assunto de fundamental relevância para a afirmação da equidade de gênero, de modo que foram discutidos dados e como ampliar a participação feminina.

Ademais, houve diálogo acadêmico quanto ao assunto da aporofobia, isto é, repulsa aos pobres, um termo importante quanto se estuda a discriminação estrutural aos pobres no Brasil, que está – infelizmente – enraizada nos costumes e culturas.

Outro tema de fundamental relevância no GT diz respeito aos direitos da natureza, em especial quando se comparam as Constituições do Equador e da Bolívia, que possuem um nítido avanço em relação aos demais no que concerne ao reconhecimento da natureza como sujeito de direitos.

No final do bloco exordial foi aludida a questão da separação de poderes, inclusive na condição de conceito indeterminado, levando em consideração também o sistema de freios e contrapesos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Finda a primeira parte das exposições, iniciou-se o segundo bloco, no qual um dos temas abordados foi a violação indireta à Constituição Federal de 1988, ou seja, reflexa. Além disso, abordou-se a questão da democracia no Brasil e a possibilidade do referido país se tornar um Estado autocrático.

Além disso, trouxe-se ao debate a questão da transdisciplinaridade, de modo que se faz necessário pensar o mundo na diversidade. Também vale destacar a importância do estudo da transnacionalidade e da força normativa da Constituição, tópicos suscitados no GT, com ênfase para a reconfiguração estatal pós-pandemia.

Ainda, a fragilidade democrática foi explicada em versos, de modo muito interessante, unindo poesia e direito, o que é digno de apreço, já que nenhuma área de conhecimento sobrevive isoladamente. Além disso, destacam-se as pesquisas que enfatizam a relevância do diálogo entre as instituições, para fins de fortalecer o constitucionalismo.

Foi retratada a questão do direito à saúde e escassez, envolvendo direitos sociais, perspectiva econômica e a relevância de políticas públicas efetivas (e não restritivas), para fins de diluir a ampla desigualdade social que existe no Brasil, neste caso no que tange ao acesso à saúde.

Também foram promovidos debates finais envolvendo a recepção de normas pré-constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a luta de garantias em face do abuso do poder do Estado (neste caso, retratou-se a exploração de riquezas naturais), a posição de Maquiavel e Spinoza no que diz respeito à liberdade e, por fim, a ampla necessidade de respeitar as instituições (que são as travas).

Isto posto, pode-se dizer que o GT foi deveras profícuo e importante, especialmente por envolver diversos tópicos tão caros e relevantes para refletir sobre Constituição, Teoria Constitucional e para a Democracia. Esperamos que a leitura das publicações seja tão proveitosa quanto foram os debates no Congresso em comento.

Atenciosamente,

Newton Cesar Pilau

Talissa Truccolo Reato

O STF E A PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS NA PANDEMIA DA COVID-19.

THE STF AND THE PROTECTION OF VULNERABLE GROUPS IN THE COVID-19 PANDEMIC.

Rubens Beçak [1]
Lucas Paulo Fernandes [2]
Rafaella Marineli Lopes [3]

Resumo

O artigo trata da proteção de grupos vulneráveis pelo Supremo Tribunal Federal na Pandemia da Covid-19. Investiga se a corte brasileira atuou na efetivação dos direitos fundamentais de determinados grupos em situação de vulnerabilidade. A análise é feita a partir da relação entre os poderes, bem como da divisão das atribuições estatais, recortando a dinâmica específica dos períodos de crise. O foco é dado ao Judiciário e ao STF, particularmente, ao papel contramajoritário da corte na efetivação de direitos fundamentais. Também foi feita a análise de algumas decisões do tribunal que demonstraram essa atuação. Constatou-se que o STF teve centralidade institucional na garantia de direitos fundamentais de grupos vulneráveis durante a Pandemia da Covid-19, sendo uma instituição essencial na proteção dessas populações. A pesquisa possui uma abordagem transdisciplinar com a Ciência Política, a partir do método dedutivo, sendo viabilizada por meio de revisão bibliográfica narrativa e pesquisa documental qualitativa, com um enfoque histórico e crítico.

Palavras-chave: Covid-19, Stf, Grupos vulneráveis, Proteção, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The paper concerns about the protection of vulnerable groups by the Brazilian Supreme Court in the Covid-19 Pandemic. Investigates whether the brazilian court acted in the realization of the fundamental rights of certain groups in situations of vulnerability. The analysis is made from the relationship between powers, as well as the division of powers, cutting the specific dynamics of crisis periods. The focus is given to the Judiciary and the STF, particularly, the countermajority function of the court in the realization of fundamental

[1] Livre-docente em Teoria Geral do Estado, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela USP/FD. Professor Associado da USP/FDRP. E-mail: prof.becak@usp.br.

[2] Mestrando em Direito na USP/FDRP e Especialista em Direito Constitucional pela ABDConst. Advogado. E-mail: fernandes.lucas@usp.br.

[3] Mestre e Especialista em Direito Constitucional pela na UUSP/FDRP. Advogada. E-mail rafaellamarinelilopes@alumini.usp.br.

rights. It was also made the analysis of some court decisions that demonstrated this performance. It was found that the STF had institutional centrality in ensuring fundamental rights of vulnerable groups during the Covid-19 Pandemic, being an essential institution to the protection of these populations. The research has a transdisciplinary approach to Political Science, based on the deductive method, it is done with a narrative bibliographic review and qualitative documental research, through a historical and critical focus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Covid-19, Stf, Vulnerable groups, Protection, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

Em momentos de crise, naturalmente, pode-se observar um (re)arranjo institucional para fazer frente às demandas excepcionais. Se as instituições são projetadas para a realização de escolhas políticas, em situações de anormalidade, igualmente, as preferências se alteram, exigindo novas roupagens, também, das relações entre os poderes. Muito embora tenha-se observado uma maior centralidade do Legislativo e do Executivo ao longo do tempo, justamente pela natureza majoritária dessas instâncias, atualmente, o cenário é diverso.

Mundo afora, o que fora reforçado no período pós-guerra, o Poder Judiciário passou a assumir uma maior centralidade no desenho institucional. Seja pelas anteriores experiências do formalismo jurídico, como pela incorporação axiológica e normatização dos direitos fundamentais nos textos constitucionais – estes então dotados de força normativa superior às demais normas –, observa-se uma atuação efetiva do Judiciário na realização das escolhas políticas. Como é sabido, no caso brasileiro não é diferente, observando a relevância da corte constitucional para os contornos políticos da sociedade e na efetivação de garantias fundamentais, inclusive, em situações de crises.

Na crise sanitária da Covid-19, o Supremo Tribunal Federal (STF) atuou na proteção de grupos vulneráveis? Justamente sobre esta pergunta é que se debruça o presente artigo. Pretende-se analisar o perfil institucional da corte na efetivação de direitos fundamentais de minoria durante a crise sanitária da Covid-19. Especificamente, verifica-se a relação entre os poderes constitucionais, o perfil assumido pelo STF e dois casos de proteção de grupos vulneráveis por meio de decisões da corte: quilombolas e indígenas.

Na primeira parte, analisa-se o comportamento das instituições nos momentos de excepcionalidade, a partir do sistema de divisão dos poderes, com recorte na crise sanitária da Covid-19. O destaque é feito ao Judiciário, que aparece na centralidade do arranjo institucional, sendo melhor explorado na segunda parte, cujo enfoque é dado ao papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos fundamentais. Ao final, examina-se duas decisões da corte brasileira relativas à Covid-19 e grupos vulneráveis, na proteção de povos indígenas e quilombolas.

O artigo insere-se no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política com uma abordagem transdisciplinar. Para o desenvolvimento, utiliza-se de revisão bibliográfica narrativa por meio de investigação na literatura nacional e estrangeira, selecionada qualitativamente, e, pesquisa documental qualitativa em duas decisões do STF. Desenvolve-se a partir do método dedutivo, por meio de um enfoque crítico.

1. CRISE DA COVID-19, INSTITUIÇÕES E O PODER JUDICIÁRIO.

Parece certo supor que momentos de crises implicam novos arranjos institucionais. As excepcionalidades de uma agenda decisória anormal da política modificam as relações entre as instituições estatais e destas com os cidadãos, alterando, também, as próprias escolhas da *realpolitik* face às prioridades que emergem em situações de anormalidade. Isso porque, sob a lógica causa-efeito, se as necessidades públicas são alteradas, as ordinárias respostas dadas pelo Estado, igualmente, devem ser modificadas.

O cenário de crise sanitária da Covid-19, irrompida a partir do início de 2020, pode ser identificado, notadamente, como símbolo de um desses momentos de alteração institucional. O fenômeno pode ser verificado mundo afora, com sucessivos exemplos de tensionamentos político-institucionais. Ocorre que, no caso brasileiro, para além de uma anormalidade de saúde pública sem precedentes recentes, a pandemia trouxe consigo o agravamento da crise política, (OLIVEIRA; MADEIRA, 2021).

Neste sentido, de acordo com Posner e Vermule (2007), ordinariamente, em situações de instabilidade social e em circunstâncias de excepcionalidade, existe uma tendência de delegação das atribuições estatais pelos poderes Legislativo e Judiciário ao Executivo. Isso rompe com a rigidez no exercício das funções estatais[1], tanto porque verifica-se que as múltiplas tarefas do Estado são distribuídas entre os poderes (e entre si), os quais passam a desempenhar funções não necessariamente típicas de suas atividades institucionais de origem (BEÇAK, 2008).

O que se verifica, no entanto, é que, em momentos de crise, há um movimento natural dos poderes Legislativo e Judiciário em atribuir a responsabilidade no enfrentamento de anormalidades à função executiva do Estado (POSNER; VERMULE, 2007). Neste aspecto, inclusive, soma-se o que Beçak (2008) identifica no decorrer do século XX, quando houve um comportamento inverso, partindo do próprio Executivo o furto das funções típicas do Legislativo. Isto é, percebe-se um processo progressivo de consolidação e centralidade das escolhas políticas no Executivo, ora por ele mesmo adjudicadas ou então a ele transferidas, mesmo que tacitamente.

[1] Neste ponto, valem as observações de Beçak (2008, p. 329): "[...] a idéia [sic] estanque de que os poderes desempenham funções meramente adstritas às suas denominações sofreu inegável abalo com o advento da teoria dos *checks and balances* ou seja, como já denominamos, a adaptação norte-americana da Teoria da Separação dos Poderes, de Monstesquieu, à dinâmica necessária à fundação da então novel Federação estadunidense.".

De tal sorte, credita-se no Poder Executivo um maior grau de responsividade sistêmica, quer seja pela expansividade administrativa que possui, como pelo manuseio de recursos e, por consequência, em razão da maior reatividade para a elaboração de políticas públicas em momentos de crise. É verdade que essa configuração em muito justifica-se, sobretudo na experiência latino-americana, pelo arranjo institucional configurado pelas constituições dos países recém democratizados[2] (GARGARELLA, 2014), no qual a centralização no Executivo sobrepuja as próprias iniciativas populares, tipicamente democráticas.

Soma-se a isso o fato de que, muito embora o Legislativo tenha passado por um momento de resplandecência no final do século XIX, observou-se um progressivo processo de perda de prestígio[3], "vindo a ser esvaziado de um real peso na atividade legiferante, mormente em decorrência do processo hipertrófico por que passou o Poder Executivo" (BEÇAK, 2008, p. 330).

Não se indica para a existência de uma substituição de poderes ou a menor importância legislativa em detrimento das funções executivas do Estado, senão, registra-se um processo de consolidação da centralidade do Executivo. Isto é, constata-se que, na dinâmica de atribuição das funções estatais, ao Poder Executivo foi atribuída uma funcionalidade institucional, bem como mecanismos de solidez e instrumentos de realização efetiva das decisões políticas deste poder (GARGARELLA, 2014). Esta circunstância, por certo, contribui para explicar o fenômeno que aqui se objeta, isto é, a solidificação das funções do executivo em momentos de crise.

A propósito, a estruturação institucional prevista nas constituições do final do século XX manteve essa mesma característica de centralidade do Executivo, apesar do processo histórico que as precedeu, qual seja, os movimentos constitucionais de redemocratização. Daí porque, Gargarella (2014, p. 17) identifica um desenho institucional contraditório, em que "a velha organização política hiperpresidencialista tendeu a bloquear todas as iniciativas destinadas a colocar em marcha as iniciativas de empoderamento popular" [tradução livre].

[2] Gargarella (2014) destaca que, embora tenha havido uma onda de democratização latino-americana no final do século XX, as novas constituições mantiveram as mesmas estruturas institucionais de organização dos poderes, com a concentração de autoridade no poder executivo, o que coloca em risco as próprias iniciativas de avanço na proteção de direitos sociais, ora grande marca dos textos constitucionais recentes.

[3] Sobre a evolução do papel do Legislativo, seguem as contribuições de Beçak (2008, p. 330): "De uma posição de ente detentor (praticamente monopolista) da atividade legislativa, desenho que lhe foi destinado na Teoria da Separação dos Poderes, vai evolver para galgar as raias de verdadeiro poder *primus inter pares*, notadamente com o predomínio da idéia [sic] de que seria o poder mais próximo da vontade geral, por ser aquele que é composto por representantes do povo.".

Ocorre que, neste ínterim, o Poder Judiciário aparece como instituição sistematicamente organizada para a igual realização das escolhas políticas no Estado. Com foco neste poder é se segue nesta primeira parte.

1.1.O APARECIMENTO DA CENTRALIDADE DO JUDICIÁRIO E A COVID-19.

No mesmo panorama institucional dos períodos de instabilidade, também o Poder Judiciário tem significativa importância, a exemplo do que ocorreu no caso norte-americano, na crise financeira da década de 30 (BEÇAK, 2008). Não apenas em momentos de instabilidade política, mas em circunstâncias variadas observou-se um movimento progressivo de inserção institucional deste poder. Em verdade, afirma-se que houve a ascensão do Judiciário, muito em virtude da consolidação da supremacia da Constituição e dos ideais que foram consolidar-se no período Pós-Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2010).

A inserção do Judiciário nas tomadas de decisões políticas – muito embora não seja um fenômeno recente, apesar de ter-se tornado, progressivamente, mais nítido – remonta ao próprio desenvolvimento do controle de constitucionalidade (BEÇAK, 2008). Na contemporaneidade, é visível a existência de um instrumento contramajoritário de fiscalização nas democracias constitucionais (ARANTES, 2013).

De fato, ao Judiciário atribuiu-se uma função institucional de relevância na manutenção da estabilidade democrática. Apesar das especificidades de cada experiência histórica, pode-se verificar sequentes e diferentes cenários de constitucionalização dos regimes políticos, os quais incorporaram mecanismos de transferência de poder e do papel de autoridade ao Poder Judiciário (ARANTES, 2013). Quer seja pela ocasionalidade, como por intenções estratégicas, observa-se a consolidação deste poder como um mecanismo institucional de realização da política e, para também dizer, das próprias pretensões da sociedade.

Para além de um aspecto normativo, Maus (2000, p. 185) entende que não houve apenas uma ampliação objetiva das funções jurisdicionais, mas também uma "representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.". Observa-se um reposicionamento identitário da sociedade no Judiciário[4]. O fenômeno de ampliação da atividade judicial, a expansão interpretativa e o controle de constitucionalidade das normas

[4] Maus (2000, p. 185) explica a transferência de identidade ao Judiciário, em virtude do que ela categoriza como uma "sociedade órfã", a qual "ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui". Continua a mesma autora (2000, p. 185) que "indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.".

ultrapassam os limites institucionais-formais e projeta-se rumo à reprodução de identidade dos sujeitos (MAUS, 2000).

Esse movimento é reforçado, a partir do século XX, por meio da ascensão do constitucionalismo e da consequente limitação do poder estatal, pelo que se observou uma massiva transferência de poder e autoridade políticos às cortes constitucionais (ARANTES, 2013). Aquele poder ora árbitro de conflitos, passou a tomar decisões significativas no estabelecimento das próprias políticas do Estado. A propósito, a própria justificação da atuação do Judiciário advém da normatividade superior da constituição no contraponto à legislação produzida pelo parlamento e aos demais atos normativos estatais (ARANTES, 2013). Daí porque, torna-se possível identificar uma correlação entre o papel institucional do Judiciário – a ele delegado e por ele mesmo alcançado –, e a performance que dele se observa e tem-se esperado.

Isto é, funcionalmente, o Judiciário adquiriu um espaço de atuação que o coloca num espaço de protagonismo, senão de centralidade no desenvolvimento da política. Tanto é verdade que é possível falar em judicialização da política e das próprias políticas públicas[5], na medida em que os embates acabam por desaguar no Judiciário, que se torna uma última instância de resolução e das escolhas políticas (OLIVEIRA; MADEIRA, 2021). Inclusive, Beçak (2008, p. 332) atribui este fenômeno – de qualquer ótica que seja, pela "judicialização da política" ou da "politização da justiça" –, ao já mencionado "verdadeiro 'entrecruzar' das funções do Estado".

Da posição de regulador, o Judiciário torna-se um ator operante na engenharia institucional. Em verdade, o processo político deixa de ser adstrito aos poderes democraticamente incumbidos por meio do exercício da vontade geral por outra forma que não as típicas e ordinárias (BEÇAK, 2018). É nítido, portanto, as implicações que esse cenário impõe ao tradicional sistema de *check and balances* e ao próprio arranjo institucional-democrático, inclusive, nos específicos cenários de crise e instabilidade, por si só, naturalmente complexos.

Por isso, é de se cogitar que, em situações de instabilidade, o Judiciário apareça como mecanismo resolutivo da política[6]. Isso porque, se em tempos de normalidade já se verifica a mencionada judicialização da política, nas circunstâncias de excepcionalidade, é natural esperar

[5] Oliveira e Madeira (2021, p. 4) identificam a judicialização da política como "a crescente utilização do sistema de justiça nos casos em que a atuação dos poderes Legislativo e/ou Executivo é percebida por atores políticos e sociais como falha, omissa ou insatisfatória". Nesta mesma esteira, para Barroso (2010 p. 8), judicialização "significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.".

[6] Importa delimitar que, por mais hipotético que possa parecer, a existência de um deslocamento de atribuições do poder Executivo ao Judiciário na crise sanitária da Covid-19 não é o que se objeta examinar neste artigo.

que o fenômeno seja reforçado. Especificamente na crise sanitária da Covid-19, Ginsburg e Versteeg (2020) identificaram que as cortes constitucionais mundo afora têm atuado em três eixos de respostas à Pandemia, quais sejam, 1) assegurando o cumprimento normativo de urgência; 2) no balanceamento das medidas restritivas de direitos fundamentais; e, 3) impondo limites aos atores políticos sobre a necessidade da adoção de medidas sanitárias.

Essa mesma observação pode ser identificada no caso brasileiro, como constatado por Oliveira e Madeira (2021, p. 2), as quais afirmam que "o controle de constitucionalidade foi utilizado como instrumento para a contestação política de uma série de medidas do Governo Federal na pandemia.". Com isso, a resolutividade de questões sobre a crise sanitária é transferida para o Judiciário, que se torna um instrumento de realização das pretensões político-sociais, num processo de "centralização da 'consciência' social na Justiça" (MAUS, 2000, p. 186).

Nota-se que o Judiciário se torna um *locus* decretório sobre questões relativas à Pandemia da Covid-19. Aliás, seguindo a abordagem realista sobre a delegação de poderes políticos às instituições judiciárias, o acionamento dos tribunais justifica-se, justamente, em razão das cortes constitucionais serem constituídas como uma forma de seguro (*insurance*) para o futuro da própria política (ARANTES, 2013). Daí porque, em situações de excepcionalidade, a judicialização serviria, exatamente, como um meio de proteção contra a incerteza futura (ARANTES, 2013) que a própria anormalidade sanitária pode ocasionar.

De qualquer sorte, pode-se afirmar que o Poder Judiciário desponta como um alicerce-suporte político e social na crise sanitária da Covid-19. Seguindo o entendimento de Maus (2000), essa constatação é representativa da sociedade contemporânea, na qual coloca-se em questão a objetividade dos valores, havendo uma transferência do superego social à instituição judiciária. Sob esta lógica, o Judiciário torna-se uma instância de expressão moral da sociedade, por meio da qual os juízes possuiriam a absoluta capacidade de argumentação sobre os valores, sendo capazes de expressar o "conteúdo objetivo da moral social" (MAUS, 2000, p. 186).

Para Maus (2000, p. 201), a transferência de identidade ao Judiciário sujeita a sociedade à intervenção do Estado que, "em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais". Daí porque, para além do aspecto normativo-político, em situações de excepcionalidade, o Judiciário, por estar então funcionalizado às normas morais (MAUS, 2000), aparece como instrumento de realização identitária do sujeito e da própria sociedade.

Fixadas essas premissas até agora, importa avançar no papel das cortes constitucionais na proteção de grupo vulneráveis, o que se objeta nesse artigo. Na segunda parte que se segue, examina-se o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal (STF).

2. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO STF E A COVID-19.

Por certo, faz parte da função do Judiciário e da própria estrutura institucional, a conformação normativa à Constituição, sobretudo, para os fins de preservação da supremacia do texto constitucional. Ao exercer o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais podem servir, também por sua própria natureza, como mecanismo de proteção de grupos de indivíduos específicos, mesmo a contrassenso das escolhas políticas majoritárias realizadas pelo Legislativo e o Executivo, a fim de efetivar direitos fundamentais. No caso brasileiro, não é diferente.

Ao reconstruir o percurso do STF na concretização de direitos fundamentais, Argueles (2022) constata que, até o final da década de 90, observava-se uma postura de contenção judicial na corte brasileira. Parece certo apontar que a herança do momento histórico anterior à inauguração constitucional de 1988, cujas raízes conjunturais também alcançavam o Judiciário, contribuíram para um cenário de resistência. Apesar da virada institucional provocada pela redemocratização, a efetivação dos novos direitos estabelecidos ainda esbarrava num tribunal inativo e teso ao papel que dele se esperava (ARGUELES, 2022).

Vale dizer que um Judiciário independente e forte se consolidou como mecanismo essencial para as democracias modernas (BARROSO, 2010), o que justifica as expectativas depositadas no STF ao tempo da redemocratização. Se não bastasse o discurso jurídico mundo afora[7], também o texto constitucional de 1988 modificou significativamente os mecanismos de proteção da Constituição, tanto pela criação de novas ações judiciais, como pela ampliação do rol de legitimados para o acionamento da corte no controle de constitucionalidade (MENDES, 2020). Isto é, o desenho institucional projetado, bem como o próprio conteúdo normativo-axiológico da Constituição de 1988 favorecia uma atuação mais enérgica do STF.

De toda sorte, na atualidade, verifica-se no STF "um discurso legitimador de tribunais constitucionais como instituições desenhadas para limitar maiorias legislativas e proteger direitos fundamentais no contexto pós-guerra" (ARGUELES, 2022, p. 6 – 7). Por certo, essa

[7] Neste ponto, Barroso (2010) aponta que a judicialização da política e das relações sociais é um fenômeno global, o qual contribuiu para o protagonismo das cortes constitucionais de forma geral, nas diversas experiências constitucionais.

postura não derivou de um processo automático, senão, principalmente, a partir da própria construção jurisprudencial do tribunal[8]. Por isso, pode-se apontar para a existência de traço distintivo do STF nesta atual fase, a "instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo de definitividade"[9] (MENDES, 2020, p. 1249).

Para bem da verdade, o STF segue um padrão genérico que pode ser constatado nos diversos tribunais constitucionais. Essas cortes apresentam-se como instituições vocacionadas à proteção de direitos fundamentais, o que reflete tanto nas pautas decisórias, como no ideal de justificativa de atuação (ARGUELES, 2022). De toda maneira, o STF tem uma participação significativa "na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes"[10] (BARROSO, 2010, p. 11).

Percebe-se aqui, igualmente, a mesma projeção de transferência do superego social ao Judiciário, que, como já havíamos dito, torna-se um instrumento de concretização moral da sociedade (MAUS, 2010). Daí porque, Barroso (2010, p. 14) afirma que o grande papel do STF é "proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.". Com efeito, o tribunal assume a roupagem definitiva de efetivador de direitos fundamentais, incorporando o discurso de fortalecimento institucional do Judiciário a partir das decisões e lições do pós-guerra, quais sejam, das limitações da democracia majoritária (ARGUELES, 2022).

Discursivamente, legitima-se que o STF tenha um papel contramajoritário na democracia, podendo decidir contra as preferências das instâncias políticas ordinárias para efetivar os direitos fundamentais (BARROSO, 2010). Por isso, a corte constitucional brasileira torna-se um mecanismo de escolha política das minorias políticas. Daí porque, o diagnóstico de Arantes (2013), segundo o qual, se os constituintes de 1988 pretenderam obter proteção em face das maiorias políticas, a ideia logrou êxito e se consolidou na corte constitucional brasileira, já que o sistema de controle de constitucionalidade tem sido exaustivamente utilizado.

[8] Argueles (2022, p. 8) aponta que o julgamento do Habeas Corpus 82.424, conhecido como caso Ellwanger, "expressa transformações de concepções do papel do STF na democracia brasileira". Não se ocupará, neste artigo, com a discussão sobre um possível momento de "virada" na corte brasileira, embora seja feito a menção anterior para posicionar o leitor sobre o argumento construído pelo autor também mencionado.

[9] Ao comentar sobre a eficácia das decisões do STF, Arantes (2013) chama atenção: "o mais curioso do caso brasileiro é que até a reforma constitucional de 2004, as decisões do STF – diretas ou na forma de recurso – não tinham força vinculante sobre as instâncias inferiores do Judiciário". Por isso, pode-se cogitar da importância da conhecida "Reforma do Judiciário" para a consolidação do atual perfil institucional da corte brasileira.

[10] Neste ponto, valem as reflexões de Beçak (2008), para o qual existe uma situação de desequilíbrio na relação entre os poderes constitucionais.

Apesar do que se expôs, no contraponto, a atuação contramajoritária das cortes constitucionais não é impassível a críticas. Para além da natural dificuldade representativa contramajoritária, na medida em que as decisões do STF podem levar à recolocação das vontade e representação morais da sociedade, haveria uma substituição das forças democráticas e, até mesmo, a arbitrariedade judicial, como é apresentado por Maus (2000, p. 201 – 202):

> Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente. [...] Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas "livres" e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral.

É inegável o aumento da visibilidade do STF na última década em decisões paradigmáticas sobre direitos fundamentais, o que a doutrina ressalta muitas vezes como um ponto positivo na construção da corte constitucional como guardiã de direitos, contudo não de pode confiar na atuação de um tribunal que substitua as instituições político-representativas ou que corrija os problemas do nosso sistema político, pois esse não é o papel do tribunal numa Democracia (OLIVEIRA, 2021).

Além dos riscos para a legitimidade democrática, a crítica doutrinária também aponta para o risco de politização da justiça e dos próprios limites da capacidade institucional do Judiciário. Para Barroso (2012, p. 31), há de se considerar a diferença entre o Direito e a Política de modo a não ser admitido que juízes e o Judiciário façam escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas, num verdadeiro caminho de politização da justiça.

Contudo, o autor ressalta que, embora os institutos não se confundam, é inegável a manifestação do Direito na Política quando da criação das leis e da Constituição, dos efeitos sociais da sua aplicação e do fato de juízes não serem indivíduos despidos de ideologia e juízo de valor. Nesse sentido, o juiz, na visão do autor, tem legitimidade para agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria, além de dever deferência às decisões razoáveis tomadas pelo legislador, sem perder de vista o seu poder representativo. A atuação judicial razoável, sem politizar a justiça, deve estar em sintonia com a vontade da maioria, mas sem tornar o juiz um populista, pois, quando necessário, este terá o dever de atuar contramajoritariamente.

Um outro risco apontado pela doutrina em atuações contramajoritárias ou que exigem maior ativismo do tribunal é com relação aos próprios limites da capacidade institucional do Judiciário. Para Barroso (2012, p. 31), a capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Citando o exemplo de demarcação de terras indígenas, o jurista elenca a grande complexidade e os aspectos técnicos envolvidos no tema, e a limitação do Judiciário para decidir diante dos limites técnicos e científicos existentes, sob pena de sua atuação ser insuficiente e gerar o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados. O juiz, segundo o autor, nem sempre dispõe de informações ou do conhecimento técnico para avaliar o impacto de determinadas decisões, além de não estar sujeito à responsabilização política por escolhas desastradas. O autor é cirúrgico ao considerar que "o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir".

Seja como for, atuação do STF na pandemia e o seu papel na proteção de grupos vulneráveis reforçou o papel contramajoritário do tribunal para proteção de grupos biologicamente hipervulneráveis à pandemia, numa atuação a favor da Democracia e não contrária a ela. Decisões judiciais do tribunal determinando a atuação do Executivo e do Legislativo na contenção do vírus para a proteção da vida e da saúde das comunidades vulneráveis evidenciaram a crise institucional que há tempos o Brasil vivencia, e depositaram no Judiciário, mais uma vez, a esperança para a solução de problemas políticos.

CAPÍTULO 3: COMO ATUOU O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA COVID-19: ANÁLISE DA PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS.

As populações indígenas enfrentaram uma situação bastante parecida aos povos quilombolas durante a pandemia da Covid-19. As ameaças possessórias em terras originárias intensificaram a situação de populações que, por fatores biológicos, econômicos e sociais eram hipervulneráveis à pandemia. A convivência comunitária nas aldeias e quilombos, a subsistência alimentar e a grande dificuldade de acesso a serviços de saúde pública alinhados às omissões do Governo Federal ameaçaram o fator biológico dessas comunidades.

A negativa do Governo Federal em criar e executar políticas públicas de combate à pandemia nos quilombos e a subnotificação do número de casos de Covid-19 aliados à antiga ameaça possessória de despejo dos seus territórios ocasionaram uma grave violação ao direito à saúde, ao território e à vida quilombola. A ofensa a preceitos fundamentais ocasionou a

judicialização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742 (ADPF) no Supremo Tribunal Federal.

A análise jurisprudencial permitiu inferir o ativismo do tribunal ao determinar ao Governo Federal a formulação e a execução de um Plano Nacional de Enfrentamento da Covid-19 nos quilombos e ao assegurar a legitimidade da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) para promover a ADPF diante do grave quadro de violação de direitos fundamentais. Pela primeira vez, a Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) foi aceita como parte legitimada a postular a defesa quilombola diante da pertinência temática do caso.

A ADPF 742 contou com a autoria dos partidos políticos PSB, PT, PSOL, PCdoB e Rede Sustentabilidade, denunciando ao tribunal a ausência de um plano de contingência do Covid-19 nos quilombos e as omissões do Governo Federal como falta de monitoramento, da divulgação pública e regular dos casos de infecção e óbitos, a inobservância do isolamento social comunitário como medida de autoproteção, a abstenção do fornecimento de equipamentos de proteção individual e de políticas públicas que viabilizassem a proteção territorial e a segurança alimentar dos quilombolas. A subnotificação e a imprecisão dos dados divulgados sobre a pandemia nessas comunidades e a exclusão de dados públicos referentes a esses povos em plataformas públicas de acesso à informação também foram objetos da judicialização.

A ação postulava ao tribunal a determinação à União da implementação de um Plano Nacional de Enfrentamento da Covid-19 nos quilombos que fosse formulado, implementado e fiscalizado conjuntamente pelos órgãos do governo e pela Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq). Solicitava também a implementação de medidas sanitárias básicas e emergenciais nos quilombos como a distribuição de equipamentos de proteção individual, de material de higiene e desinfecção, o acesso a leitos hospitalares, a disponibilização de ambulâncias, o fortalecimento dos programas de prevenção e a disponibilização de meios para testagem periódica. O controle de acesso de terceiros (possivelmente infectados) em terras quilombolas, o combate ao racismo no atendimento médico-hospitalar, a criação de um canal de denúncias e medidas alimentares de distribuição de água potável e cestas básicas também foram objeto da ação.

O Governo Federal, em resposta à judicialização, alegou a ilegitimidade da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) para a propositura da ação diante da ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora.* Para as autoridades federais, a via eleita (ação de descumprimento de preceito fundamental) para impelir o Executivo a formular

e implementar o plano de contingência feria a subsidiariedade[11] e a competência do Executivo Federal, competente para realizar políticas públicas destinadas à segurança e integridade dos povos tradicionais e minorias étnico-raciais.

Em contrapartida, a Procuradoria-Geral da República (PGR) defendeu o cabimento da ação e a necessidade da realização do plano nacional de enfrentamento da pandemia nos quilombos, alegando inexistir outro meio eficaz para sanar a situação de vulnerabilidade diante das omissões do Governo Federal na proteção desses povos.

Em decisão que converteu o julgamento da medida cautelar em decisão final de mérito o tribunal decidiu pela legitimidade da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) para o ajuizamento da ação de descumprimento de preceito fundamental diante da pertinência temática, declarando existir um grave quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas durante a pandemia e determinando à União a elaboração do Plano Nacional de Enfrentamento da Pandemia nos Quilombos. A decisão garantiu a participação dos representantes da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) e de outros órgãos do governo[12] para assegurar a contenção da pandemia por meio das medidas de notificação compulsória dos casos confirmados e a devida publicidade, da vacinação prioritária e da suspensão de processos judiciais de reintegração de posse de comunidades quilombolas até o término da situação de calamidade pública.

A análise jurisprudencial permitiu inferir o ativismo do tribunal ao determinar ao Governo Federal a formulação e a execução de um Plano Nacional de Enfrentamento da Covid-19 nos quilombos e ao assegurar, pela primeira vez, a legitimidade da Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq) na propositura de ação em defesa dos direitos quilombolas, fundamentando a pertinência temática existente entre o direito defendido e o objeto social promovido pelo órgão. Por outro lado, a decisão não foi eficaz para a proteção quilombola de forma efetiva, pois o tribunal silenciou sobre as ameaças possessórias e de despejo das comunidades quilombolas, que sofrem o avanço impiedoso do Estado sobre os seus territórios e que travaram uma dupla batalha com a chegada da Covid-19.

Com a população indígena a situação foi bastante semelhante. A subnotificação de dados oficiais pelo Governo Federal e a ausência de dados sobre o real número de mortos e

[11] A subsidiariedade é requisito para a promoção da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).
[12] O STF determinou o trabalho interdisciplinar para debater, aprovar e monitorar a execução de Plano Ministério da Saúde, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a Fundação Cultural Palmares, a Defensoria Pública da União, o Ministério Público Federal, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva e os representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Conaq.

contaminados impediu uma aferição correta sobre a extensão da tragédia da Covid-19 nas comunidades indígenas. Não conseguimos aferir quais etnias foram mais afetadas pelo vírus e a problemática da desintegração de dados pela ausência da demarcação e homologação de terras indígenas corroborou para isso.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), entidade representativa dos indígenas, foi quem paralelamente aos órgãos do governo, formalizou o levantamento independente de casos. Para a entidade, os números de mortos e contaminados indígenas pela Covid-19 foi superior ao notificado pela Secretaria Especial de Saúde (Sesai)[13].

Os fatores sociais, econômicos e de saúde amplificaram a potencial contaminação desses povos que convivem comunitariamente em aldeias e dividem utensílios domésticos nas ocas, facilitando a contaminação viral. A grande dificuldade de acesso aos serviços de saúde pública, as questões geográficas de distância entre as aldeias e os hospitais e a indisponibilidade ou insuficiência de equipes de saúde impediram o socorro imediato às vítimas indígenas da Covid-19.

A falta de assistencialismo[14] do Estado assimilada a ações levianas espalharam o vírus pelas comunidades indígenas, a exemplo da permissão de entrada de profissionais de saúde contaminados em aldeias, a não proibição da entrada de grileiros e garimpeiros em terras indígenas durante a pandemia potencializando as invasões, os conflitos agrários e a contaminação, e a abstenção preventiva de contaminação dos indígenas que tiveram de se deslocar aos centros urbanos para buscar o auxílio emergencial.

Nesse contexto a judicialização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 no Supremo Tribunal Federal exigiu da União a articulação de um Plano Geral de Enfrentamento da Covid-19 nas comunidades indígenas. Em suma, a ação postulava ao tribunal a determinação ao governo federal para a instalação de barreiras sanitárias em mais de trinta territórios indígenas isolados ou de recente contato, bem como a retirada de invasores das terras indígenas[15], o atendimento da Secretaria de Saúde Indígena (Sesai) a todos os indígenas, indistintamente, inclusive àqueles em contexto urbano ou que vivam em terras indígenas não homologadas. Após a formulação, o plano foi recusado diversas vezes pelo

[13] Órgão do Governo Federal vinculado ao Ministério da Saúde.

[14] Em março de 2020, a Funai – Fundação Nacional do Índio, suspendeu as ações assistenciais cortando as cestas básicas em terras indígenas, aumentando a violência, a desnutrição e a vulnerabilidade a Covid-19. Não executou o orçamento para Covid-19 ao receber mais de 11 milhões em recursos emergenciais para a proteção dos povos indígenas e gastar menos da metade (39%). Disponível em: COVID-19 e os Povos Indígenas (socioambiental.org). Acesso em: 03 de Maio de 2021.

[15] Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Mundukuru e Trincheira Bacajá.

tribunal sob a justificativa de ser “vago e genérico” e de não conter previsões mínimas para sua concretização e implementação.

A ADPF 709 postulou a intervenção do Governo Federal na proteção dos povos indígenas por meio de dois planos distintos: o Plano de Barreiras Sanitárias, contendo medidas de proteção e promoção da saúde de povos indígenas isolados e de recente contato, extremamente vulneráveis à Covid-19, e o Plano Geral de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19, contendo medidas voltadas à saúde dos povos indígenas em geral. Em tese, o Plano de Barreiras Sanitárias aos povos indígenas isolados avançou efetivamente. Já o Plano Geral de Enfrentamento urgente foi homologado mais de um ano após a ação chegar no Supremo Tribunal Federal.

Após apresentação de versões fracas e sem condições mínimas de implementação, a quarta versão do plano geral de enfrentamento da Covid-19 em terras indígenas foi homologada parcialmente pelo tribunal. Ainda considerada uma versão precária, o plano homologado não cumpriu corretamente com as determinações judiciais feitas anteriormente ao Governo Federal. A decisão de homologação do plano ressaltou a “profunda desarticulação” por parte dos órgãos federais envolvidos na elaboração do documento.

A homologação parcial do plano ocorreu com diversas ressalvas. Houve a determinação judicial para que o Ministério da Justiça e da Segurança Pública indicasse o detalhamento da execução e da fiscalização das ações para o acesso dos povos indígenas à água potável e às medidas de saneamento básico, a distribuição de cestas alimentares, a vigilância, assistência integral e informações de saúde, a disponibilização de pessoal de saúde e de equipamentos e infraestrutura em geral e a governança quanto à execução do plano.

Quanto a parte do plano que tratava do isolamento das terras indígenas contra invasores o tribunal silenciou e não homologou, e determinou a elaboração de um novo Plano de Isolamento de Invasores pelo Ministério da Justiça e Polícia Federal.

Quanto ao pedido de prioridade de vacinação dos povos indígenas de terras não homologadas e dos indígenas que vivem em localidades sem acesso ao Sistema Único de Saúde (Sus), o tribunal acolheu o pedido e colocou esses indivíduos em condições de igualdade com os povos indígenas aldeados. O tribunal determinou a suspensão da Resolução 04/2021 da Funai (Fundação Nacional do Índio) que estabelecia “critérios de heteroidentificação” para avaliação da autodeclaração de identidade dos povos indígenas. A medida vinha sendo criticada por diversas organizações da sociedade civil como uma restrição indevida e inconstitucional aos

direitos e à identidade dos povos originários, com consequências diretas para a política de imunização dessas populações[16].

Assim como na ADPF 742 dos quilombolas, a ADPF 709 dos indígenas teve uma particularidade na decisão do tribunal referente à legitimidade. Assim como a Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (Conaq), a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) conseguiu ser legitimada pelo tribunal para a propositura de ação como entidade de classe que atua na defesa dos direitos humanos das populações indígenas. Pela primeira vez, houve a superação da interpretação constitucional restritiva para afastar o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional seriam apenas aquelas ligadas a uma categoria econômica ou profissional[17].

Percebe-se que em ambas ações a proteção de populações vulneráveis pelo judiciário foi em decorrência da insistência do Governo Federal em comportamentos omissivos, violando de forma grave e sistemática direitos fundamentais, o que legitimou a autoridade política do tribunal para determinar aos demais poderes a formulação de políticas públicas de proteção da saúde e da vida indígena e quilombola em risco iminente durante a pandemia.

CONCLUSÕES

A pandemia agravou a crise política brasileira e alterou a agenda política decisória do Supremo Tribunal Federal, entrando para a história como mais um dos momentos de evidente alteração institucional entre os Poderes.

O movimento de ascensão judicial ocorre de forma gradativa a partir do século XX e coloca o Judiciário num papel de protagonismo dentre os poderes. O Judiciário adquire um espaço de atuação central no desenvolvimento da política. Os institutos do Direito e da Política assumem uma linha tênue e as relações são intensificadas. A doutrina estrangeira ousou denominar o fenômeno como a "judicialização da política", outros, por assim entender, como "politização da justiça" ou "entrecruzar das funções do Estado". Para Barroso, por exemplo, os conceitos são distintos, e falar em politização da justiça é assumir o risco da subjetividade e da admissão de escolhas livres, tendenciosas e partidarizadas pelos juízes.

[16] A inconstitucionalidade da Resolução 04/2021 foi denunciada na ADPF 709, pois a normativa diferenciava os povos indígenas não aldeados e os excluía da vacinação prioritária. O Conselho Nacional de Direitos Humanos solicitou na ação que toda a população indígena autodeclarada deveria receber a política de prioridade vacinatória contida no Plano da União sem a exclusão dos indígenas que não estivessem vivendo em aldeias.

[17] Conforme art. 103, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que institui rol taxativo dos legitimados para ações em controle de constitucionalidade.

Fato é que o Judiciário se consolidou como um ator operante e um mecanismo de resolução de questões políticas que, em tese, deveriam ser solucionadas pelos poderes eleitos. Em situações de grave instabilidade política, como a da pandemia da Covid-19, o Judiciário tem se tornado um *locus* decisório e o principal suporte social de questões que os poderes tradicionais não conseguem solucionar. Na visão de Garapon, o Judiciário tem se tornado "o meio de tornar visível uma população invisível", e na visão de Maus, tem sido "a instância da expressão moral da sociedade".

No Brasil, a relação entre o STF e a Política das últimas décadas foi ainda mais intensa na pandemia da Covid-19. A pandemia ocasionou a promoção de inúmeras ações em sede de controle de constitucionalidade no tribunal, esperando no Judiciário respostas que o Executivo e o Legislativo não conseguiram dar. Os grupos vulneráveis, longe da proteção estatal diante de uma agenda negacionista do Executivo Federal, e sem o amparo de políticas públicas de um Congresso Nacional extremamente conservador e pouco representativo das minorias, viram a sua última esperança depositada no STF. Restou ao STF a proteção da vida e da saúde de populações invisíveis ao Governo Federal e que, durante a pandemia, estiveram ameaçadas de uma real extinção biológica.

A análise jurisprudencial de decisões judiciais em face das comunidades quilombolas e indígenas brasileiras durante a pandemia proposta por esse artigo teve a intenção de observar o cenário de crise política evidenciado no Brasil e agravado pela Covid-19. Os fenômenos observados, da judicialização da política, do ativismo judicial e do papel contramajoritário do STF em contexto de calamidade pública, demonstraram a essencialidade de um Judiciário que se opõe ao papel omissivo e inconstitucional dos demais poderes que coloca em risco populações em situação de hipervulnerabilidade.

A excepcionalidade do cenário pandêmico e o negacionismo estatal que, conjuntamente, promoveram um quase extermínio de comunidades originárias no Brasil, legitimaram o Judiciário a agir. Sob críticas ou não, a única salvaguarda da saúde e da vida desses povos esteve nas mãos do Judiciário. Papel ou não do STF impor a realização de políticas públicas aos demais poderes, a análise nos permite inferir que o tribunal tem feito mais por essas populações que os poderes eleitos, numa possível substituição política que nos faz refletir sobre a nossa saúde democrática.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. *In*: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING,

Heloisa. (Org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 195-206.

ARGUELHES, Diego Werneck. Ellwanger e as transformações do Supremo Tribunal Federal: um novo começo? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 1530-1584. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Jurisprudência**, v. 12, n. 96, p. 5 – 43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Caderno do Centro de Ciências Sociais**. 2012, Vol 5, n.1, Uerj.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a judicialização da política. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 325 – 336. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709. Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília, 21 de Março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 742. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 24 de Fevereiro de 2021.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª ed., maio de 2001.

GARGARELLA, Roberto. (2014). Latin American Constitutionalism: Social Rights and the "Engine Room" of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, v. 4, iss. 1, article 3, p. 9 – 18. 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The bound executive: emergency powers during the pandemic. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Papers**, n. 2020-52, University of Chicago, Public Law Working Papers, n. 747, p. 1-56, July 6 2020. Available at: https://ssrn.com/abstract=3608974. Accessed on: November 12. 2021.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Traduzido por: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183 – 202. 2000.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1180 – 1574.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. Cadernos Adenauer XVIII, n. 1, 2017**.**

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório no STF? **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 35, p. 1 – 44. 2021.

POSNER, Eric A.; VERMULE, Adrian. Introduction. *In*: _____. **Terror in the balance**: security, liberty, and the courts. United Kingdom: Oxford University Press, p. 3 – 10. 2007.