

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DA INEFICIÊNCIA PROPOSITAL: EXECUTIVE UNDERREACH NA PANDEMIA DE COVID-19

THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN THE FACE OF PURPOSE INEFFICIENCY: EXECUTIVE UNDERREACH IN THE COVID-19 PANDEMIC

Matheus Casimiro¹
Felipe Braga Albuquerque²

RESUMO: a democracia constitucional liberal enfrenta graves ameaças no início do século XXI. Em vez de golpes militares, há um processo de erosão democrática, no qual líderes eleitos utilizam mecanismos constitucionais e legais para minar os fundamentos do regime democrático. Uma das maneiras de promover a erosão é o *Executive Underreach*, ainda pouco estudado pela doutrina nacional e estrangeira. O artigo analisa o caso de *Executive Underreach* no Brasil, no contexto da pandemia de Covid-19. A pergunta central é: qual o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) diante de casos de *Executive Underreach*? Mediante estudo bibliográfico e documental, bem como pelo estudo de dois casos relevantes – a proteção de grupos indígenas durante a pandemia e a constitucionalidade da vacinação obrigatória – identificam-se três importantes ações que o STF deve desempenhar: 1. Contribuir com a publicidade das decisões governamentais; 2. Exigir justificação adequada para as decisões do Executivo, que deve atuar pautado por razões públicas; 3. Proteger grupos vulneráveis, que podem sofrer maiores prejuízos com a deliberada ineficiência estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Erosão Democrática; Democracia Liberal; Executive Underreach; Jurisdição Constitucional; Constitucionalismo.

-
- ¹ Professor da Unichristus, da UFC e da UniFB. Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre e graduado em Direito pela UFC. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pela Universidade de Pisa. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG. Fundador e coordenador-geral do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID).
- ² Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), lecionando na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).



ABSTRACT: liberal constitutional democracy faces serious threats at the beginning of the 21st century. Instead of military coups, there is a process of democratic erosion, in which elected leaders use constitutional and legal mechanisms to undermine the foundations of democratic rule. One of the ways to promote this erosion is the Executive Underreach, still little studied by national and foreign doctrine. The article analyzes the case of Executive Underreach in Brazil, in the context of the Covid-19 pandemic. The central question is: what is the role of the Brazilian Supreme Court (STF) in cases of Executive Underreach? Through a bibliographic and documentary study, as well as the study of two relevant cases - the protection of indigenous groups during the pandemic and the constitutionality of mandatory vaccination - three important actions that the STF perform are identified: 1. Contribute to the publicity of government decisions; 2. Demand adequate justification for the Executive's decisions, which must act based on public reasons; 3. Protect vulnerable groups, who may suffer greater losses from deliberate state inefficiency.

KEYWORDS: Democratic Erosion; Liberal Democracy; Executive Underreach; Constitutional Jurisdiction; Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O século XX trouxe várias ameaças à consolidação da democracia liberal, como os regimes totalitários que conduziram à Segunda Guerra Mundial e as ditaduras militares que se espalharam pela América Latina. Apesar das diferenças entre os regimes autoritários, a violência armada e o recurso à força militar eram elementos comuns entre eles. Geralmente, o líder autocrático chegava ao poder apoiado por parcela da sociedade civil e pelos militares, utilizando da coação e do medo para permanecer no governo.

No entanto, no final do século passado, a democracia liberal parecia virar o jogo ao seu favor. Em 1974, com a Revolução dos Cravos e a queda de António de Oliveira Salazar em Portugal, teve início a chamada terceira onda de democratização global (DIAMOND, 2015, p. 141). Países como Brasil, Espanha, Argentina, Chile, África do Sul, dentre outros, abandonaram o modelo ditatorial e adotaram o constitucionalismo democrático. Ao mesmo tempo, a queda do muro de Berlim, o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e a democratização de países como Estônia e Polônia, que compunham a URSS, pareciam apontar para o fim da história (FUKUYAMA, 1992) e a prevalência da democracia liberal como projeto político dominante no Ocidente.

A expectativa se concretizou apenas parcialmente. Sim, o constitucionalismo democrático e liberal se expandiu no final do século passado, sendo adotado em países que transacionavam de regimes ditatoriais para democracias. Contudo, o primeiro quarto do século XXI mostra que a história ainda não acabou. Hoje, a principal ameaça à democracia liberal não está em golpes militares. Em vez de

tanques e soldados ocupando as ruas para derrubar um líder eleito e substituí-lo por um ditador, vemos um processo de fragilização da democracia que ocorre de dentro para fora. No lugar de abruptas tomadas de poder, políticos eleitos usam instituições e mecanismos do próprio regime democrático para, gradualmente, fragilizar as instituições democráticas, perseguir os seus opositores e favorecer sua permanência no poder. O fenômeno tem sido nomeado de erosão democrática, cuja manifestação pode ocorrer de diferentes formas, como o legalismo autocrático e o constitucionalismo abusivo.

A complexidade do exercício do poder no fim do século XX e início do século XXI tem redimensionado, também, aspectos da teoria de separação dos poderes. Desdobramentos decorrentes do presidencialismo de coalizão; da possibilidade de ativismo judicial; da democracia limitada ao processo eleitoral; do presidencialismo absolutista (sobretudo norte americano com ampliação de força militar e de inteligência, nos governos Bush e Trump); do uso de bases de dados públicos no monitoramento e planejamento de políticas; da produção articulada de Fake News; fora a interferência do contexto econômico plurinacional, entre outros aspectos, demonstram o quão difícil se torna escrever sobre as relações de poder. Ou seja, o cenário de crise da democracia possui dimensões econômicas, políticas e sociais

A ampla bibliografia que tem sido produzida sobre o tema, especialmente sobre as diferentes estratégias que líderes autocráticos utilizam para minar os fundamentos da democracia liberal, costuma focar no chamado *Executive Overreach*: o governante utiliza meios legais e constitucionais para ampliar o seu poder e favorecer a sua permanência na direção do país. Contudo, se o acúmulo excessivo de atribuições é uma ameaça aos elementos essenciais à democracia, a deliberada ineficiência do Executivo também pode sê-lo. Dessa forma, fala-se em *Executive Underreach*, isto é, uma atuação deliberadamente precária por parte do Executivo, com o objetivo de diminuir a confiança pública nas instituições, culpar os outros Poderes pelos problemas existentes ou aprofundar a crise para, em seguida, ampliar as atribuições do governante.

Nesse contexto, o artigo analisa o recente caso de *Executive Underreach* no Brasil, especificamente na atuação do governo federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19. A pergunta central é: o que uma Corte Constitucional ou Suprema Corte - o Supremo Tribunal Federal (STF), no caso brasileiro - deve fazer diante do *Executive Underreach*? A hipótese da pesquisa é que o STF pode contribuir significativamente no combate à ineficiência proposital, exigindo publicidade e justificação dos órgãos públicos, bem como dando especial proteção a grupos vulneráveis.

Como metodologia de pesquisa, além da tradicional análise bibliográfica e documental, serão apresentados dois casos em que o STF precisou tratar do *Executive Underreach*: a proteção de grupos indígenas durante a pandemia e a constitucionalidade da vacinação obrigatória. Quanto à estrutura, o artigo está dividido em três tópicos. No primeiro, são analisados termos importantes para a

pesquisa, como os conceitos de democracia liberal, erosão constitucional e *Executive Underreach*. No segundo tópico, são apresentados alguns casos de *Executive Underreach* no Brasil, ressaltando-se a ADPF 709 – que trata da proteção de grupos indígenas – e as ADIs nº 6.586, 6.587 e 6.341 – que trataram da constitucionalidade da vacinação obrigatória e da competência federativa comum para promover a saúde pública. Por fim, o terceiro tópico apresenta o papel que o STF deve desempenhar diante da deliberada ineficiência do Executivo.

2. APÓS O FIM DA HISTÓRIA: A CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

Em 1992, Francis Fukuyama (1992) publicou a primeira edição de “O Fim da História”. Em meio às profundas transformações geopolíticas do final do século XX, especialmente a dissolução da União Soviética em 1991, o autor anunciava a vitória do liberalismo político como base para a organização político-econômica dos Estados. Fukuyama não afirmou que inexisteriam novos grandes acontecimentos ou que todas as sociedades se tornariam liberais da noite para o dia. Na verdade, argumentava que a disputa ideológica entre liberalismo, fascismo e comunismo havia terminado, com o triunfo da democracia liberal como modelo de organização sociopolítica para o Ocidente.

A democracia constitucional liberal, considerada o projeto vitorioso, possui algumas características relevantes. Primeiramente, todos os cidadãos devem ser reconhecidos como livres e iguais, ainda que sustentem diferentes visões morais, religiosas e filosóficas. Segundo, há uma prioridade do justo sobre as diferentes ideias de bem, ou seja, a esfera pública não é dominada por uma visão de mundo específica (TUSHNET, p. 1368-1369, 2017). Assim, cada cidadão pode viver conforme suas crenças e buscar seu ideal de felicidade particular, desde que reconheça e respeite o direito de seus concidadãos fazerem o mesmo.

Um dos principais autores a tratar da viabilidade de uma democracia liberal foi John Rawls. Logo no início do livro “O Liberalismo Político”, Rawls deixa claro qual pergunta guia a sua obra: “[...] como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se mantêm profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?” (RAWLS, 2000, p. 20).

Parte desse questionamento é respondido com a ideia de um consenso sobreposto entre as diferentes doutrinas abrangentes razoáveis. Tendo em vista a inescapável pluralidade das sociedades modernas, é ingênuo esperar que a comunidade política esteja baseada em uma única visão de bem (SERAFIM, 2022, p. 56-57). Para viabilizar a convivência de pessoas que discordam sobre muitos aspectos, a sociedade liberal deve se fundar em um consenso sobreposto, em que as doutrinas razoáveis – as diferentes visões de mundo dos indivíduos - endossem a concepção política liberal, cada qual a partir de seu ponto de vista (RAWLS, 2000, p. 179-180). Segundo Rawls, em uma sociedade democrática, as doutrinas razoáveis

endossam uma concepção política liberal, que reconhece todos os cidadãos como livres e iguais, ainda que sustentem diferentes visões morais, religiosas e filosóficas, chamadas por ele de doutrinas abrangentes. Para o autor, uma doutrina abrangente é razoável quando verdadeiramente apoia o consenso sobreposto, ou seja, o grupo que a adota não está apenas esperando a primeira oportunidade para suprimir o dissenso³. Na verdade, os diferentes grupos sinceramente concordam com a liberdade e a diversidade, estando comprometidos com a sua preservação.

Rawls reconhece que não existe um único liberalismo. Apesar disso, afirma que todas as concepções liberais têm os seguintes elementos comuns: uma lista de direitos e liberdades básicas; uma prioridade especial para os referidos direitos e liberdades; e medidas que assegurem que todos os cidadãos façam adequado uso de suas liberdades (RAWLS, 1997, p. 773-774). Todas as concepções de liberalismo endossam a visão de cidadãos livres e iguais e da sociedade como um justo sistema de cooperação que se prolonga no tempo.

Para assegurar o respeito à dignidade e a liberdade do indivíduo, o constitucionalismo liberal limita o princípio majoritário, exigindo: que o Estado defenda a dignidade e a liberdade dos indivíduos; que todas as manifestações de poder político encontrem limites e sejam fiscalizadas, garantindo-se, também, a alternância de poder. Por isso, os direitos fundamentais, a separação de poderes, um Judiciário imparcial e independente, a separação entre Estado e religião, o *rule of law* e a publicidade são elementos tão relevantes para o constitucionalismo democrático (ZAKARIA, 1997, p. 25-26). Em resumo, apesar das diferentes concepções existentes, o liberalismo possui como compromissos fundamentais o reconhecimento de que todos são iguais em dignidade e detentores de liberdades individuais, bem como possuem o direito de serem governados por um poder limitado e que esteja a serviço do povo⁴.

Apesar da aparente vitória na década de 1990, a democracia liberal não estava tão segura como Fukuyama supunha. Desde o início do século XXI, é possível identificar um processo de recessão, com o declínio no número e na qualidade dos regimes democráticos (DIAMOND, 2015, p. 141-142). Isso se deve aos mais diversos fatores: golpes militares; eliminação do sistema de freios e contrapesos; chefes do Executivo que concentram excessivos poderes; supressão da oposição política; cerceamento das liberdades individuais; perseguição a grupos minoritários, que possam ser tratados como cidadãos de segunda categoria (LANDAU, 2013).

Contudo, enquanto no século passado a principal ameaça à democracia eram os golpes militares, com tanques ocupando as ruas e execuções sendo realizadas, a

³ Para Rawls o consenso sobreposto é diferente de um simples *modus vivendi*. No último caso, os grupos sociais toleram as diferenças apenas porque não tem poder suficiente para suprimi-la. Contudo, caso consigam um maior controle do poder político, aproveitarão a oportunidade para impor sua visão de mundo (RAWLS, 2000, p. 193-194).

⁴ "Liberal, democratic constitutionalism as a normative political theory is committed to the protection of rights, to checked power, to the defense of the rule of law, and to liberal values of toleration, pluralism, and equality." (SCHEPPELE, 2018, p. 562).

atual ameaça possui uma forma mais sutil (LOPES; MEYER; LINHARES, 2020, p. 104-105). Hoje, o regime democrático decai gradualmente, na medida em que os seus fundamentos são atacados por agentes internos (SARMENTO; PONTES, 2021, p. 71). Estudiosos do fenômeno têm utilizado diferentes expressões para tratar das formas de ataque à democracia: putrefação constitucional (BALKIN, 2017); legalismo autoritário (SCHEPPELE, 2018); infralegalismo autoritário (VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2022); captura constitucional (KONCEWICZ, 2018); erosão democrática (ROZNAI; BRANDES, 2020); constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013); constitucionalismo iliberal (MEYER, 2022); dentre outros.

Em síntese, a erosão democrática pode ser compreendida como uma gradual queda na qualidade do regime democrático liberal, na medida em que agentes internos atacam elementos que lhe são essenciais. Jack Balkin (2017, p. 150-153) aponta algumas práticas que contribuem para a erosão: políticos eleitos desrespeitam regras consolidadas na política; perseguem opositores; minam a confiança dos cidadãos no Estado e criam atrito entre as instituições; utilizam emendas constitucionais e leis para concentrar o poder no Executivo e dificultar a ascensão da oposição ao poder; e adotam medidas que diminuem a independência de órgãos responsáveis por fiscalizar a sua atuação, especialmente as Cortes Constitucionais. Além disso, a intensa polarização política, a fragmentação partidária e a baixa confiança nas instituições contribuem para a erosão democrática (MENDONÇA; DOMINGUES, 2022, p. 21-22). O fenômeno já foi identificado em países como Venezuela, Rússia, Hungria, Turquia, Nicarágua e Polônia (DIAMOND, 2015, p. 145).

As práticas elencadas no parágrafo anterior contribuem para a putrefação constitucional (BALKIN, 2017), tornando o sistema político menos democrático e menos republicano. Menos democrático, por ser menos responsivo à vontade popular. Menos republicano, já que os atores políticos não estão comprometidos com o bem comum, mas apenas em promover os seus interesses e de seus associados. Em vez de se tornar uma ditadura, o regime se transforma no que Fareed Zakaria (1997, p. 22-23) definiu como democracia iliberal. Mais do que um conceito teórico, o iliberalismo é reconhecido expressamente por alguns líderes autoritários como um projeto político em andamento. Em discurso proferido em 2014, Viktor Órban, Primeiro-Ministro da Hungria, defende expressamente a transição para uma democracia iliberal:

O que está acontecendo hoje na Hungria, portanto, é que a liderança política dominante tenta assegurar que o trabalho e os interesses pessoais das pessoas, que devem ser reconhecidos, estejam intimamente ligados à vida da comunidade e da nação, e que este relacionamento é preservado e reforçado. Em outras palavras, a nação húngara não é simplesmente um grupo de indivíduos, mas uma comunidade que deve ser organizada, reforçada e de fato construída. E assim, nesse sentido, o novo Estado que

estamos construindo na Hungria é um Estado lliberal, um Estado não liberal. Não rejeita os princípios fundamentais do liberalismo como a liberdade, e eu poderia listar mais alguns, mas não faz dessa ideologia o elemento central da organização do Estado, mas inclui uma abordagem nacional diferente, especial⁵.

Em momentos de crise, como a pandemia de Covid-19, governantes com tendências autocráticas podem identificar uma oportunidade para intensificar a erosão constitucional em seu país e fortalecer os seus poderes (DALY, 2020). A atuação de Viktor Orbán é um bom exemplo de como um líder autocrata pode aproveitar uma grave crise para fortalecer seus ataques à democracia. Em 30/03/2020, foi aprovada uma lei que concedia poderes legislativos extraordinário a Órban (EL PAÍS, 2020). Com isso, o Primeiro-Ministro poderia editar decretos, suspender leis, limitar a circulação de informações e até definir a duração da crise sanitária sem precisar de aprovação do Legislativo (LOPES; MEYER; LINHARES, 2020, p. 109). Os poderes emergenciais só foram revogados pelo Parlamento húngaro após forte pressão de organizações de direitos humanos e da Comissão Europeia. Não à toa, em resposta à erosão democrática que ocorre na Hungria, o Parlamento Europeu, no dia 15/10/2022, aprovou relatório que identifica o país como uma autocracia eleitoral, tendo em vista a crescente ameaça à separação de poderes, à independência judicial, ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais (CNN, 2022).

Entretanto, a concentração excessiva de poderes no Executivo não é a única possibilidade. Durante a pandemia, uma nova ameaça foi identificada. Até então, os estudos sobre o tema focavam no chamado *Executive Overreach*, ou seja, na adoção de medidas pelo chefe do Executivo com o objetivo de ampliar os seus poderes, como fez Orbán, favorecendo a sua permanência no governo e dificultando a atuação de grupos de oposição. Contudo, constatou-se que o oposto também ocorre: o governante atua aquém do que poderia e deveria fazer, fomentando a crise existente e diminuindo a confiança pública na capacidade do Estado de enfrentar o problema existente. Kim Lane Scheppele e David Pozen (2020) nomeiam o fenômeno de *Executive Underreach*.

Os autores definem *Executive Underreach* como uma situação em que o governo nacional intencionalmente falha em enfrentar um problema público importante, estando jurídica e funcionalmente preparado para gerenciá-lo (POZEN;

⁵ “What is happening in Hungary today can accordingly be interpreted by stating that the prevailing political leadership has today attempted to ensure that people’s personal work and interests, which must be acknowledged, are closely linked to the life of the community and the nation, and that this relationship is preserved and reinforced. In other words, the Hungarian nation is not simply a group of individuals but a community that must be organised, reinforced and in fact constructed. And so in this sense the new state that we are constructing in Hungary is an illiberal state, a non-liberal state. It does not reject the fundamental principles of liberalism such as freedom, and I could list a few more, but it does not make this ideology the central element of state organisation, but instead includes a different, special, national approach.” (HUNGRIA, 2014).

SCHEPPELE, p. 609, 2020). Aqui, é importante deixar claro que não se trata de falta de competência ou aptidão técnica para tratar do problema (LOPES; MEYER; LINHARES, 2020, p. 110). Pelo contrário, o Executivo é capaz de atuar, mas decide não o fazer. Se o governo tentou enfrentar o problema, mas não conseguiu, isso não configura *Underreach*.

Mas por que o governo adotaria um posicionamento enfraquecido em vez de aproveitar o momento de crise para ampliar suas atribuições? Os autores (POZEN, SCHEPPELE, 2020, p. 610-615) apresentam algumas razões: o governo pode fazer isso para evitar responsabilização por eventuais fracassos; por medo de perder apoiadores que iriam preferir a passividade em detrimento de uma atuação engajada na resolução do problema; por não querer contrariar promessas eleitorais, como a de reduzir a atuação estatal; para estimular o caos e culpar outras instituições pelo fracasso na solução da crise; para criar distrações de outras falhas do Executivo; para agravar o problema e, depois, aproveitar a piora para acumular poderes. Todas essas atuações podem comprometer princípios da democracia liberal, já que: favorecem uma futura expansão de poderes do Executivo; colaboram para que os cidadãos se decepcionem e esperem cada vez menos do Poder Público, diminuindo a confiança nas instituições políticas; enfraquecem a capacidade estatal de enfrentar crises; e agravam desigualdades socioeconômicas.

Definidos os conceitos importantes para a pesquisa, resta analisar como o *Executive Underreach* se manifestou no Brasil durante a pandemia e como foi levado até o STF.

3. EXECUTIVE UNDERREACH NO BRASIL E AS OMISSÕES DO GOVERNO FEDERAL NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19.

Em meio à crise de saúde pública global, que gerou mais de 688.907 mortes no Brasil⁶, esperava-se que o governo de Jair Bolsonaro adotasse uma atuação “autocrática oportunista”, aproveitando o momento de instabilidade para ampliar os poderes do Executivo com base na emergência (LOPES; MEYER; LINHARES, 2020, p. 109). No entanto, o *Executive Overreach* não ocorreu, embora o ex-presidente Bolsonaro até tenha revelado a intenção de ampliar os seus poderes em virtude da pandemia. No evento do dia 07/07/2021, afirmou que convocaria o Conselho da Defesa para analisar a possibilidade da decretação de um Estado de Sítio (BBC, 2021). Tendo em vista a forte repercussão negativa de sua fala, a proposta não se concretizou. Assim, os ataques de Bolsonaro à democracia vieram, principalmente, por meio do *Executive Underreach*.

Em abril de 2020, em coletiva de imprensa no Palácio da Alvorada, Bolsonaro proferiu a frase que sintetiza a atuação do governo federal no enfrentamento à pandemia de Covid-19. Durante a entrevista, uma jornalista afirmou: “A gente ultrapassou o número de mortos da China por covid-19”. Bolsonaro, então, respondeu:

⁶ Número de óbitos acumulados divulgado pelo Ministério da Saúde, na data em que este artigo foi concluído. (BRASIL, 2022).

“E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre” (G1, 2020).

Alguns exemplos mostram como o governo federal atuou de forma deliberadamente insuficiente no combate à pandemia, comprometendo valores democráticos importantes como a transparência, a *accountability* e a credibilidade governamental. Em uma tentativa de esconder os dados da pandemia, o governo promoveu um verdadeiro “apagão” de informações relacionadas ao tema (SMITH, 2020, p. 81-82). Em 04/06/2020, o Ministério da Saúde, sem prévia justificativa, passou a não divulgar o número total de mortes e de casos da doença, anunciando que as divulgações diárias passariam a contabilizar somente as mortes por Covid-19 ocorridas nas últimas 24 horas (LOPES; MEYER; LINHARES, 2020, p. 101-102). Com a nova regra, estariam excluídas as mortes ocorridas em datas anteriores, cujo diagnóstico de Covid só tenha sido confirmado nas últimas 24 horas. O resultado seria uma redução artificial no número de vítimas. À época, o jornal O Estado de São Paulo (2020), em consulta com informantes do governo, divulgou que as regras para a contagem de vítimas foram alteradas após o ex-presidente determinar que o número de mortes ficasse abaixo de mil por dia.

O segundo caso foi a reiterada recusa do Ministério da Saúde às ofertas formais de fornecimento de vacina contra a Covid (G1, 2021). O governo recusou seis ofertas de Coronavac, oferecidas pelo Instituto Butantan. Conforme apurado pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Senado Federal (BRASIL, 2021a), encarregada de investigar a atuação do governo federal no combate à pandemia, há três ofícios assinados pelo diretor do Instituto Butantan, Dimas Covas, oferecendo o imunizante. O primeiro, datado de 30 de julho de 2020, e o segundo, de 18 de agosto, ficaram sem resposta. O terceiro documento foi entregue pessoalmente por Dimas Covas ao então Ministro da Saúde, o general Eduardo Pazuello, em 07/10/2020. Como os documentos não tinham resposta, o Instituto Butantan realizou três videoconferências com integrantes do Ministério da Saúde para realizar a oferta, mas as negociações não avançaram. Há, ainda, mais três ofertas formais feitas pelo laboratório Pfizer. A primeira delas foi feita em agosto de 2020, quando a farmacêutica colocou à disposição do Brasil 70 milhões de doses para serem entregues em dezembro. As outras duas ofertas formais, feitas por meio de documentos, foram confirmadas pelo laboratório. Segundo o Ex-Secretário de Comunicação da Presidência, Fabio Wajngarten (EL PAÍS, 2021), já que o Ministério da Saúde ignorava as propostas da Pfizer, como fez com o Butantan, ele próprio tentou promover uma negociação formal com o Presidente da República e o Ministro da Economia, Paulo Guedes, mas sem resultados positivos.

As omissões federais não foram denunciadas apenas na CPI da Covid, outras instituições também questionaram a deliberada ineficiência governamental. Ao participar de evento promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU), o presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Fernando Pigatto, denunciou o governo federal pela forma como conduzia o combate à pandemia. Em suas palavras: “Por ação e omissão, o governo brasileiro violou os direitos humanos, especialmente o direito humano à saúde e à vida de milhões de brasileiras e

brasileiros ao não providenciar ou ao retardar a implementação da orientação adequada e da necessária proteção contra a pandemia.” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2021).

Além disso, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao analisar a atuação do governo federal na pandemia, constatou que a União não desempenhou adequadamente suas atribuições de planejadora central para a elaboração de cenários, identificação de riscos e estabelecimento de ações necessárias ao combate e ao enfrentamento da pandemia. Nas palavras do Ministro Vital do Rêgo:

O que se tem observado, no âmbito deste processo de acompanhamento das ações de governança do Centro de Governo, é uma certa hesitação do governo central em assumir a protagonismo que dele é esperado na condução das ações de combate à essa grave crise de saúde, de sorte a bem coordenar a adoção de ações nas diversas áreas de atuação estatal e em conjunto com os demais entes federados (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021).

Por fim, a inércia governamental também foi levada ao STF. Ainda em 2020, duas ações com pedidos semelhantes questionavam as políticas de saúde governamentais na proteção das comunidades indígenas e quilombolas. A primeira ação foi a ADPF nº 709, que trata das omissões da União na proteção das comunidades indígenas durante a pandemia de Covid-19. No julgamento da medida cautelar, confirmada pelo Plenário do Tribunal em 05/08/2020, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, fixou algumas importantes medidas para a proteção dos grupos indígenas: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC); criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Oswaldo Cruz, do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e dos representantes das comunidades indígenas (BRASIL, 2020a, p. 33-35).

A inércia governamental apresentava grande risco aos povos indígenas que, além de uma vulnerabilidade imunológica e sociocultural, também são vulneráveis politicamente, visto que são um grupo minoritário e insuficientemente representado nas instituições majoritárias. “Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde” (BRASIL, 2020a, p. 6).

Ação semelhante é a ADPF nº 742, também de 2020, ajuizada contra ações e omissões do governo federal em relação ao enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas (BRASIL, 2020b). Em 23.02.2021, o STF julgou a ação, determinando que a União elaborasse, no prazo de 30 dias, um plano nacional de enfrentamento da pandemia da Covid-19, com providências e protocolos destinados à população quilombola. Além disso, o Plenário determinou que o governo federal deveria constituir, em até 72 horas, um grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do plano de imunização, com integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, da Fundação Cultural Palmares, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva e de representantes das comunidades quilombolas.

Por fim, é importante mencionar a obrigatoriedade da vacinação contra Covid, tema discutido em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). Na ADI nº 6.586, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) requereu que o STF determinasse que os Estados têm competência para fixar a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19. Em sentido oposto, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que faz parte da bancada governista, ajuizou a ADI nº 6.587, na qual solicitava que o STF reconhecesse a inconstitucionalidade da vacinação obrigatória.

Ao decidir a questão, o STF entendeu que o Poder Público pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação, medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação. No julgamento das ADIs, o STF determinou que:

"(A) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e

- i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes,
- (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes;
- (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas;
- (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e
- (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente;
- (vi) Tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e

Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência (BRASIL, 2020c, p. 2-3).

Após o julgamento das ações, Jair Bolsonaro utilizou a decisão do STF para justificar a atuação insuficiente do governo federal no combate à pandemia, culpando o Tribunal e os governos estaduais pelo aumento no número de mortes. Exemplo disso foi sua fala a José Luiz Datena (TV Band), no dia 15/01/2021, afirmando que o STF proibiu o governo federal de adotar qualquer ação contra o coronavírus. Nas palavras do ex-presidente, “Eu fui impedido pelo Supremo Tribunal Federal de fazer qualquer ação em combate a coronavírus em Estados e Municípios. Eu tinha que estar na praia numa hora dessa. Pelo Supremo Tribunal Federal, eu tinha que estar na praia agora, Datena, tomando uma cerveja. O Supremo falou isso para mim.” (VEJA, 2021). Após a fala, o STF emitiu nota para desmentir as suas declarações, reiterando que o Tribunal decidiu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência concorrente na área de saúde pública (BRASIL, 2021b). Assim, é responsabilidade de todos os entes da federação adotarem medidas em benefício da população brasileira no combate à pandemia.

Portanto, a atuação do governo federal durante a pandemia de Covid-19 reúne as características atribuídas ao *Executive Underreach*, pois houve falha de enfrentamento de problema público, mesmo o Estado (União) tendo capacidade para gerenciá-lo através do Sistema único de Saúde. Resta saber como o STF deve responder à judicialização da ineficiência proposital do Executivo.

4. O STF DIANTE DA INEFICIÊNCIA DO EXECUTIVO: PROMOVENDO TRANSPARÊNCIA E JUSTIFICAÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A pergunta central do artigo é: o que uma Corte Constitucional ou Suprema Corte – o STF, no caso brasileiro – deve fazer diante da judicialização do *Executive Underreach*? Defende-se que a atuação do Tribunal deve promover três elementos fundamentais à democracia⁷: a publicidade, a justificação e a proteção de grupos vulneráveis.

Muito se fala sobre a *accountability* da Administração Pública, isto é, a importância da prestação de contas e da responsabilização do Poder Público por suas escolhas (ROCHA, 2011, p. 84-85). Uma Administração Pública pouco afeita à justificação pode fazer sentido no que Richard Posner⁸ chama de modelo cínico de

⁷ “First, it is important to recognize that whether one adopts either a procedural or substantive vision of democracy, democratic theorists agree that democracy serves four important values: (1) impartiality; (2) accountability; (3) transparency; and (4) deliberation.” (ALBERT, 2008, p. 7).

⁸ Em *Law, Pragmatism and Democracy*, Richard Posner, apesar de reconhecer a pluralidade de sentidos da palavra democracia, afirma que existem duas concepções principais que divergem sobre como é e como deve ser um regime democrático. A primeira engloba as teorias da democracia deliberativa, definidas pelo autor como modelos ideais e excessivamente teóricos. Por outro lado, a segunda concepção compreende modelos que enxergam o processo democrático como uma luta

democracia. Nesse caso, a participação do povo se resume a uma aprovação periódica. De tempos em tempos, novas eleições são realizadas e os cidadãos mostram em qual projeto de governo depositam sua confiança. Essa visão de democracia pressupõe uma legitimidade de investidura que sempre irá acompanhar as futuras decisões políticas.

Por outro lado, a democracia participativa e deliberativa não se resume às eleições, englobando também o que acontece no intervalo entre diferentes pleitos eleitorais. Nesse período, o Poder Público, ainda que democraticamente eleito, precisa justificar suas escolhas diante dos cidadãos (THIBAU, 2009, p. 36), especialmente em momentos de crise. O modelo deliberativo pressupõe uma cultura de justificação, na qual as decisões dos agentes públicos não são sustentadas apenas pelo medo ou pela força, mas pela qualidade dos argumentos (MUREINIK, 1994, p. 32).

Diretamente ligados à justificação, estão o dever de publicidade da Administração Pública e o direito fundamental à informação. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, XIV, assegura o direito fundamental à informação, que possui uma dupla dimensão: o direito de emitir e receber informações e o dever de informar, o qual não se aplica apenas à imprensa, mas também aos órgãos públicos (OLIVEIRA; RAMINELLI, 2014, p. 164). Quanto à publicidade, o art. 37, *caput*, estabelece-a como princípio fundamental da Administração Pública direta e indireta e, em seu §3º, II, determina que os usuários de serviços públicos podem ter acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo. Para complementar, o art. 163-A determina que os entes federados devem disponibilizar suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais. Em um contexto de crise, como a pandemia de Covid-19, a publicidade das informações que o governo possui e que embasam as suas decisões se torna ainda mais relevante, exatamente para evitar uma deliberada ineficiência governamental (LOPES; MEYER; LINHARES, 2020, p. 108).

Mas como uma decisão judicial pode contribuir com a publicidade e a justificação do Poder Público? Scott e Sturm (2006, p. 582-583) ajudam a responder essa questão. Segundo os autores, a intervenção judicial gera a reflexão, pelos gestores públicos, de suas escolhas, questionando suas opiniões assentadas em preconceitos ou opiniões não fundamentadas, fazendo com que sejam responsabilizados pelas consequências de suas decisões.

Isso não significa que os juízes substituem os órgãos administrativos, revendo todas as informações fáticas e tomando as decisões finais sobre o tema. Porém, eles não se restringem à deferência. O magistrado deve analisar se o órgão que tomou a decisão adotou uma fonte qualificada de informações, capaz de resolver o

entre os membros da elite política para obter o apoio do povo. Nessa perspectiva, os integrantes da elite não precisam ser movidos por interesses altruístas ou direcionados ao bem comum. Enquanto isso, os cidadãos são vistos como desinteressados e pouco informados sobre questões políticas. O autor define a segunda concepção, sua preferida, como realista, cínica e pragmática (POSNER, 2003, p. 130-131).

problema em questão (SILVA, 2008, p. 598). Segundo os autores, a fiscalização judicial pode exigir três importantes qualidades das decisões administrativas técnicas: excelência, independência e transparência (SCOTT; STURM, 2006, p. 583-584).

Por razões democráticas, um órgão público não está vinculado pelo parecer de um técnico, mas deve apresentar razões para afastá-lo, e essas razões devem estar em um patamar de relevância semelhantes às razões técnicas que não foram aceitas. Portanto, em um cenário de *Executive Underreach*, quando um juiz reconhece uma deliberada omissão governamental violadora de direitos fundamentais, deve exigir que os gestores públicos justifiquem as suas decisões e apresentem alternativas para aprimorá-las. A publicidade dada ao caso pode contribuir para atrair a atenção da opinião pública sobre o tema, aumentando a pressão para que os órgãos públicos cumpram com os seus deveres constitucionais (MATTOS; VALLE, 2021, p. 207).

Apresentando posicionamento semelhante, Mattias Kumm (2007) defende o controle judicial de constitucionalidade porque ele institucionaliza a prática socrática da contestação, fazendo com que as autoridades demonstrem que suas decisões estão fundamentadas em boas razões. O autor afirma que a democracia liberal tem dois compromissos complementares: que as eleições promovam o igual direito ao voto e que a contestação socrática garanta que os indivíduos tenham o direito de pedir a justificativa dos atos públicos. Enquanto o Legislativo realiza o compromisso com a igualdade política, o *judicial review* representa o compromisso da justificação, exigindo que decisões públicas restritivas de direitos sejam devidamente fundamentadas. Segundo o autor:

A maneira mais provável de um cidadão mudar os resultados de um processo político nacional é indo ao tribunal e alegando que seus direitos foram violados pelas autoridades públicas. Se os tribunais forem persuadidos pelos seus argumentos em vez dos contra-argumentos feitos pelas autoridades públicas, você terá efetivamente dito “não, não assim!” de uma forma que realmente muda os resultados. No mundo real da democracia territorial moderna, o direito de persuadir um tribunal a vetar uma política é pelo menos tão empoderador quanto o direito de votar para mudar a política⁹.

No julgamento das ADIs nºs 6.586 e 6.587, é possível identificar como o STF contribuiu para a promoção da publicidade e da justificação do governo federal.

⁹ “The most likely way that a citizen is ever going to change the outcomes of a national political process, is by going to court and claiming that his rights have been violated by public authorities. If courts are persuaded by your arguments rather the counterarguments made by public authorities, you will have effectively said ‘no, not like this!’ in a way that actually changes outcomes. In the real world of modern territorial democracy, the right to persuade a court to veto a policy is at least as empowering as the right to vote to change policy.” (KUMM, 2007, p. 174).

Em meio à crise sanitária, com a polarização política em torno da questão, o Tribunal deixou claro que, em matéria de saúde pública, as decisões do governo devem ser baseadas em razões públicas¹⁰, especialmente em dados científicos comprovados por fontes idôneas. O Poder Público não deve, portanto, fundamentar suas ações e omissões apenas em crenças ou senso comum, mas sim em justificativas técnicas. A ministra Carmen Lúcia ressaltou o dever de fundamentar políticas públicas de saúde em dados científicos:

A determinação de que políticas públicas sejam implementadas com base em evidências científicas está em consonância com a Constituição da República. Sobre o tema, este Supremo Tribunal tem consolidada jurisprudência pela qual o processo decisório na implementação das políticas públicas de saúde deve ser guiado pela medicina baseada em evidências (BRASIL, 2020c, p. 145).

Além disso, o Tribunal ressaltou que o pacto federativo não pode ser utilizado como desculpa para a omissão do Poder Público. Como ressaltando pela ministra Carmen Lúcia (2020c, p. 118), o federalismo brasileiro precisa realçar o comprometimento, a congruência e a convergência federativa, sem que o governo federal possa, com mera referência ao federalismo, escusar as entidades locais de assumir suas responsabilidades institucionais.

Ao julgar a ADI nº 6.341, a qual questionava a competência exclusiva da União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais, o Tribunal também ressaltou a importância da justificação das decisões tomadas pelo Executivo, bem como o direito dos cidadãos de conhecerem e questionarem as referidas razões. Em seu voto, o relator da ação à época, ministro Marco Aurélio, afirmou que:

A primeira dessas premissas é aquela segundo a qual a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado de Direito Democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também, para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado de Direito Democrático garante também o que, como é conhecido na teoria

¹⁰ Ao explicar a ideia de razão pública, Rawls (200, p. 261-262) afirma que todo agente racional, individual ou coletivo, tem uma forma de articular planos, ordenar seus fins e de tomar decisões de acordo com esses procedimentos. A forma como uma sociedade política formula seus planos, estabelece suas prioridades e objetivos, bem como justifica suas decisões fundamentais é a sua razão pública. A razão pública é característica de um povo democrático, é a razão dos cidadãos livres e iguais. O seu objetivo é viabilizar o debate e a decisão sobre as questões políticas fundamentais de uma sociedade profundamente plural, com doutrinas abrangentes divergentes (CASIMIRO; BRANDÃO, 2022, p. 4-8).

do Direito Constitucional, Madison chamava de liberdade pública, ou seja, o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. *Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações* (grifou-se) (2020d, p. 33-34).

Ao contrário das afirmações de Bolsonaro, a decisão do STF não objetivava retirar competências da União e transferi-las aos Estados e Municípios. Na verdade, o Tribunal ressaltou o dever comum de cooperação federativa na proteção da saúde pública e no enfrentamento da pandemia, atuação esta que deveria ser pautada pela transparência e pelo embasamento em fontes científicas idôneas. Em meio a uma grave crise de saúde, com um governo federal relutante em cumprir suas obrigações constitucionais com máxima efetividade, é importante que a Corte Constitucional aponte as omissões existentes e ressalte o dever do Poder Público de promover a transparência de suas decisões e a *accountability*. Em seu voto na ADI nº 6.341, o ministro Edson Fachin ressaltou a gravidade das omissões governamentais diante de uma séria crise de saúde, especialmente quando referida inércia ocorre sob o argumento de que a atuação dos Estados e Municípios violariam o pacto federativo:

Uma terceira premissa que assento neste voto, Senhor Presidente, é que o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo a omissão em relação às ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave do ponto de vista constitucional, quer sob o manto de competência exclusiva ou privativa, que sejam premiadas as inações do Governo Federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados-membros e os Municípios (BRASIL, 2020d, p. 34).

Por fim, diante do *Executive Underreach*, as Cortes Constitucionais devem promover a proteção dos direitos fundamentais de grupos minoritários, exercendo o seu papel contramajoritário. O STF desempenhou essa função durante a pandemia, especialmente nos julgamentos das ADPFs 709 e 742. As duas ações levaram ao Tribunal litígios estruturais, que podem ser definidos como conflitos coletivos, nos quais os direitos da coletividade não são violados por uma ação específica da outra parte, mas decorrem de um estado de coisas contrário ao direito, cuja mudança depende, geralmente, da reestruturação de uma política, programa ou instituição pública (VITORELLI, 2020, p. 340).

Em litígios assim, o STF costuma ser a última instância a qual os grupos vulneráveis em questão podem recorrer, fazendo com que o Tribunal funcione

como um fórum de protestos para segmentos sociais ameaçados (CASIMIRO; MARMELSTEIN, 2022, p. 431-434). Nesses casos, o Judiciário é visto como uma instância na qual os movimentos sociais e políticos podem defender e comunicar sua agenda política (LOBEL, 2004, p. 479-480), obtendo visibilidade para violações aos seus direitos fundamentais que, até então, eram ignoradas pelos outros Poderes. Isso não significa que uma decisão favorável do Tribunal resolverá todos os problemas do grupo em questão, mas fornece importante contribuição para a sua proteção e para o debate público relacionado a proteção de seus direitos fundamentais (LOBEL, 2004, p. 480).

Nos dois casos, a atuação do STF se assemelha ao que Sabel e Simon (2004, p. 1019-1020) chamam de atuação experimentalista do Judiciário. Nesse modelo, o órgão judicial busca promover o diálogo entre as partes afetadas, fixa parâmetros gerais que devem orientar o diálogo, determina medidas emergenciais de proteção do grupo vulnerável e promove transparência e *accountability* do Poder Público (SABEL; SIMON, 2004, p. 1019-1020). O objetivo do experimentalismo é criar um ambiente deliberativo, capaz de produzir acordos provisórios que gerem uma transformação progressiva, levando em conta a complexidade do problema e a pluralidade de interesses envolvidos. Decisões experimentalistas têm dois importantes efeitos em potencial: desestabilizar instituições públicas que falham na proteção de direitos fundamentais, inviabilizando a permanência do *status quo*; e democratizar o processo de tomada de decisão, incorporando novos atores e ouvindo as pessoas afetadas pela violação de direitos (BLANDÓN, 2021, p. 138).

A decisão cautelar que determinou a criação de uma sala de situação na ADPF 709 mostra a preocupação com a inclusão do grupo afetado no enfrentamento do problema. É comum o pensamento de que, em situações de crise, não seria útil conversar com o grupo afetado, uma vez que poderia haver atraso na resolução do problema. Assim, se estamos em meio a uma grave pandemia, por que perder tempo dialogando com os representantes indígenas quando, na verdade, precisamos estabelecer medidas urgentes? Enfrentando esse argumento, o ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da medida cautelar, afirmou:

Tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis (BRASIL, 2020a, p. 22-23).

Aqui, o STF, além de atuar para proteger o direito à vida e à saúde de grupos vulneráveis e com pouca representação política, ressaltou a importância de tratá-

los como parceiros na solução do problema. Trata-se de medida que reforça a democracia participativa, possibilitando que segmentos sociais excluídos dos centros de tomada de decisão política possam influenciar a criação das medidas sanitárias que terão impacto direto em sua sobrevivência.

Dessa forma, com base nos casos estudados, constata-se que o STF buscou promover os valores democráticos da publicidade e da justificação diante do *Executive Underreach* na pandemia, promovendo também a proteção de grupos vulneráveis, que possuem menor força política para enfrentar a inércia governamental nos Poderes majoritários. Na medida em que os ataques de Bolsonaro à Constituição e à democracia se intensificaram, o Tribunal adotou posições mais rígidas para tentar proteger os fundamentos de nossa democracia e manter o mínimo de transparência e justificação do governo federal (VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2022, p. 601-602).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de democracia liberal – projeto vencedor dos embates políticos e ideológicos do século passado – enfrenta graves ameaças à sua existência. No lugar de militares tomando o poder em prol de um projeto totalitário, como ocorreu no século XX, a ameaça surge de dentro das instituições liberais. Líderes eleitos utilizam emendas constitucionais e a legislação para ampliar suas atribuições, enfraquecer o sistema de freios e contrapesos, perseguir opositores políticos e facilitar a permanência no poder por tempo indefinido.

Em um contexto de erosão democrática, é fácil pensar que o líder autoritário busca apenas ampliar as suas atribuições e exercer com maior discricionariedade suas competências. Contudo, a erosão democrática também pode ocorrer por meio do *Executive Underreach*. Em vez de um Executivo forte, temos um governo que decide ser ineficiente diante de um grave problema social. Tendo meios para remediar a situação, o líder político decide não o fazer. E assim procede por diversas razões: para responsabilizar a oposição ou os outros Poderes pelo fracasso em superar o problema; para aprofundar a crise e, em seguida, defender a ampliação dos poderes do Executivo; para estimular a descrença dos cidadãos na capacidade do Poder Público em lidar com questões relevantes; e para conseguir o apoio de sua base eleitoral.

No Brasil, experimentamos o *Executive Underreach* em plena pandemia de Covid-19. Jair Bolsonaro, junto com outros membros do governo, especialmente os que integraram o Ministério da Saúde, adotaram uma postura negacionista em relação à vacinação. Diante da judicialização das omissões governamentais, o STF proferiu importantes decisões, tendo sido ressaltado aqui as ADIs nºs 6.586, 6.587 e 6.341 e a ADPF nº 709.

A partir da atuação do STF nos referidos casos, defende-se que, diante do *Executive Underreach*, as Cortes Constitucionais possuem três funções principais: promover a publicidade das decisões governamentais, tendo em vista que a falta

de transparência favorece a ineficiência proposital do governo; exigir a justificação das decisões governamentais, que devem estar embasadas critérios técnicos, especialmente em questões relacionadas à saúde pública; e proteger grupos vulneráveis que não recebem adequada proteção governamental, como foi o caso dos grupos indígenas e quilombolas durante a pandemia de Covid-19. A atuação do STF foi pautada por esses três objetivos. Não se tratou de um ativismo solipsista, no qual o Judiciário tenta tomar para si as competências dos outros Poderes e ignora as repercussões práticas de suas decisões. Pelo contrário, o objetivo do Tribunal era retirar o governo federal da inércia deliberada, promover transparência estatal e proteger os grupos mais afetados pela crise sanitária.

Para que os pilares da democracia liberal permaneçam íntegros, não só o Judiciário, mas as demais instituições, e especialmente os cidadãos, precisam se mobilizar para defender os valores essenciais à democracia. Ainda assim, decisões pautadas na publicidade, justificação e proteção de grupos vulneráveis têm um papel importante a desempenhar: denunciar a atuação inconstitucional do Executivo e sua deliberada omissão, bem como chamar a atenção dos cidadãos e das autoridades públicas para o risco democrático do *Executive Underreach*.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. **Counterconstitutionalism**. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, p. 1-54, 2008.

BALKIN, Jack M. **Constitutional crisis and constitutional rot**. *Maryland Law Review*, v. 77, n.1, p. 147-160, 2017.

BBC. **7 de Setembro: o que é o Conselho da República**, citado por Bolsonaro em discurso contra STF. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58480923>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BLANDÓN, Luisa Fernanda Cano. **Los límites de la iusticia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia**. *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 131-158, 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. 2022, online. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Brasil poderia ter sido primeiro do mundo a vacinar, afirma Dimas Covas à CPI**. 2021a, online. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/27/brasil-poderia-ter-sido-primeiro-do-mundo-a-vacinar-afirma-dimas-covas-a-cpi>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020c. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2020d. Disponível em <https://redir.stf.ius.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709**. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Diário Oficial da União. Brasília, 2020a. Disponível em: <http://portal.stf.ius.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 742**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário Oficial da União, Brasília, 2020b. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia**. 2021b, online. Disponível em: <https://portal.stf.ius.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 01 ago. 2022.

CASIMIRO, Matheus; BRANDÃO, Rodrigo. **Diálogo institucional e razão pública**: revisitando o debate entre John Rawls e Jeremy Waldron. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, v. 43, n. 91, p. 1-31, 2022.

CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. **O Supremo Tribunal Federal Como Fórum de Protestos**: Por Que o Simbolismo Importa em Processos Estruturais?. Direito Público, v. 19, n. 102, p. 412-440, p. 431-434, 2022.

CNN. **Hungria “não pode mais ser considerada democracia plena”, diz Parlamento da UE**. 2022, online. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/hungria-nao-pode-mais-ser-considerada-democracia-plena-diz-parlamento-da-ue/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Presidente do CNS denuncia na ONU “omissão” do governo federal na pandemia**. 2021, on-line. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2239-presidente-do-cns-denuncia-na-onu-omissao-do-governo-federal-na-pandemia#:~:text=%E2%80%9CPor%20a%C3%A7%C3%A3o%20e%20omiss%C3%A3o%2C%20o,necess%C3%A1ria%20prote%C3%A7%C3%A3o%20contra%20a%20pandemia>. Acesso em: 17 mar. 2023.

DALY, Tom Gerald. **Democracy and the global emergency: Shared experiences, starkly uneven impacts**. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/democracy-and-the-global-emergency-shared-experiences-starkly-uneven-impacts/>. Acesso em: 29 jul. 2022.



DIAMOND, Larrv. **Facing up to the democratic recession**. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, p. 141-155, 2015.

EL PAÍS. **Por coronavírus, Hungria permite que ultradireitista Orbán governe por decreto indefinidamente**. 2020, online. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-30/lei-aprovada-na-hungria-permite-que-orban-amplie-indefinidamente-o-estado-de-alarme-devido-a-pandemia.html>. Acesso em: 29 jul. 2022.

EL PAÍS. **Waingarten liga Bolsonaro à omissão na compra de vacinas da Pfizer em sessão tumultuada da CPI**. 2021, online. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-13/waingarten-liga-bolsonaro-a-omissao-na-compra-de-vacinas-da-pfizer-em-sessao-tumultuada-da-cpi.html>. Acesso em: 01 ago. 2022.

FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Nova York: The Free Press, 1992.

G1. **“E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê?”**, diz Bolsonaro sobre mortes por coronavírus: “Sou Messias, mas não faço milagre”. 2020, online. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2022.

G1. **CPI da Covid: Governo Bolsonaro recusou 11 vezes ofertas para compras de vacina**. 2021, online. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/octavio-guedes/post/2021/04/27/cpi-da-covid-governo-bolsonaro-recusou-11-vezes-ofertas-para-compras-de-vacina.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2022.

HUNGRIA. **Prime Minister Viktor Orbán’s Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp**. 2014. Disponível em: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>. Acesso em: 05 nov. 2022.

KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. **The capture of the polish constitutional tribunal and beyond: of institution (s), fidelities and the rule of law in flux**. *Review of Central and East European Law*, v. 43, n. 2, p. 116-173, 2018.

KUMM, Mattias. **Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review**. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. *University of California, Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

LOBEL, Jules. **Courts as forums for protest**. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004.



- LOPES, Mariana Tormin Tanos; MEYER, Emilio Peluso Neder; LINHARES, Emanuel Andrade. **Pandemia e Erosão da Democracia Constitucional: uma análise dos ataques à transparência no Brasil**. *Direito Público*, v. 17, n. 96, p. 93-122, 2020.
- MATTOS, Karina Denari Gomes de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Da efetividade decisória à transformação social: o investimento institucional em coordenação, monitoramento e transparência como peça-chave para a modernização da prestação jurisdicional**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 66, n. 2, p. 185-212, 2021.
- MENDONÇA, Ricardo Fabrino, DOMINGUES, Letícia Birchal. **Protestos contemporâneos e a crise da democracia**. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 37, p. 1-36, 2022.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitucionalismo Iliberal**. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2595-2622, 2022.
- MUREINIK, Etienne. A bridge to where?. **Introducing the Interim Bill of Rights**. *South African Journal on Human Rights*, v. 10, n. 1, p. 31-48, 1994.
- O ESTADO DE SÃO PAULO. **Mudança de divulgação ocorreu após Bolsonaro exigir número de mortes por covid abaixo de mil por dia**. 2020, online. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral/mudanca-de-divulgacao-ocorreu-apos-bolsonaro-exigir-numero-de-mortes-abaixo-de-mil-por-dia,70003328525>. Acesso em 19 ago. 2022.
- OLIVEIRA, Rafael Santos de; RAMINELLI, Francieli Puntel. **O direito ao acesso à informação na construção da democracia participativa: uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook**. *Sequência*, n. 69, p. 159-182, 2014.
- POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- POZEN, David E.; SCHEPPELE, Kim Lane. **Executive underreach, in pandemics and otherwise**. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 4, p. 608-617, 2020.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. Ática: São Paulo, 2000.
- RAWLS, John. **The idea of public reason revisited**. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.
- ROCHA, Arlindo Carvalho. **Accountability na administração pública: modelos teóricos e abordagens**. *Contabilidade Gestão e Governança*, v. 14, n. 2, p. 82-97, 2011.

ROZNAI, Yaniv; BRANDES, Tamar Hostovsky. **Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine.** *Law & Ethics of Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 19-48, 2020.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: How public law litigation succeeds.** *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante e imunidade material dos parlamentares: limites constitucionais aos discursos de deputados e senadores.** *Revista da AJURIS*, v. 47, n. 149, p. 67-94, 2021.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Autocratic legalism.** *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 545-584, 2018.

SCOTT, Ioanne; STURM, Susan. **Courts as catalvsts: re-thinking the iudicial role in new governance.** *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2006.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Jeremy Waldron e a sabedoria da multidão: a importância do Legislativo na resolução de desacordos de moralidade política.** *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 48, p. 53-74, abr. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, iudicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SMITH, Amy Erica. **COVID vs. Democracy: Brazil's Populist playbook.** *Journal of Democracy*, v. 31, n. 4, p. 76-90, 2020.

THIBAU, T. C. S. B.. **As ações coletivas e a iudicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites.** *MPMG jurídico*, v. 17, p. 33-36, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1533/2021.** Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-2468136%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 17 mar. 2023.

TUSHNET, Mark. **The possibility of illiberal constitutionalism.** *Florida Law Review*, v. 69, p. 1367-1384, 2017.

VEIA. **STF desmente versão de Bolsonaro sobre crise no Amazonas.** 2021. online. Disponível em: <https://veia.abril.com.br/coluna/radar/stf-desmente-versao-de-bolsonaro-sobre-crise-no-amazonas/>. Acesso em: 01 ago. 2022.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.** Revista de Processo, vol. 284, p. 333-369, out. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro.** **Novos estudos CEBRAP**, v. 41, n. 3, p. 591-605, 2022.

ZAKARIA, Fareed. **The rise of illiberal democracy.** Foreign Affairs, v. 76, n. 6, p. 22-43, 1997.