O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE DUAS CALAMIDADES: SAÚDE PÚBLICA E INSTITUCIONAL

Fernando Clemente da Rocha, Juiz de Direito, professor da Escola Judicial de Sergipe (Ejuse) e Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP).

RESUMO: Aborda a atuação da jurisdição constitucional em tempos de calamidade pública, sendo a pandemia da COVID-19 a crise de momento, e ainda associada, no contexto atual, a movimentos políticos geradores de instabilidade institucional. Nessa trajetória, o STF tem revelado um protagonismo intenso nas graves questões nacionais com que se deparou nos últimos tempos, não somente quando provocado por ações constitucionais diversas, senão também por manifestações públicas de seus membros. Diante de tais dilemas, a análise a ser aqui procedida diz respeito, sob um aspecto, dadas as consequências da crise para o conjunto da população brasileira, a tensões que normalmente surgem nos embates em que se confrontam concepções de justiça social (distribuição) e eficiência (aspecto econômico), a balizar as decisões do STF no curso da crise pandêmica. Sob outro aspecto, enfatizados os perigos para a democracia quando negligenciados os necessários diálogos institucionais, avalia os efeitos negativos do surgimento de crises institucionais com resultados imprevisíveis no processo de desenvolvimento do país.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Protagonismo. Crises institucionais. Justiça e eficiência.

ABSTRACT: It addresses the performance of constitutional jurisdiction in times of public calamity, with the COVID-19 pandemic being the crisis of the moment, and still associated, in the current context, with political movements that generate institutional instability. In this trajectory, the STF has revealed an intense role in the serious national issues that it has faced recently, not only when provoked by diverse constitutional actions, but also by public manifestations of its members. Faced with such dilemmas, the analysis to be performed here concerns, in one aspect, given the consequences of the crisis for the Brazilian population as a whole, to tensions that normally arise in the clashes in which concepts of social justice (distribution) and efficiency are confronted (economic aspect), to guide STF decisions in the course of the pandemic crisis. In another aspect, emphasizing the dangers for democracy when neglecting the necessary institutional dialogues, it assesses the negative effects of the emergence of institutional crises with unpredictable results in the country's development process.

KEYWORDS: Constitutional jurisdiction. Protagonism. Institutional crises. Justice and efficiency.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido e escrito sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional no Brasil, variando as análises de acordo com o ambiente em que são travados os debates. O interesse pelo tema em questão, força reconhecer, já há algum tempo não se circunscreve aos nichos especializados, sobretudo a academia (docência/pesquisa), a produção de doutrina (jurídica, filosófica, sociológica, econômica e outros ramos das ciências sociais) ou aos meios operativos jurídicos (tribunais, peças processuais, arrazoados etc.), ganhando corpo igualmente em diversos outros segmentos da sociedade.

Tomado a partir de um prisma de engajamento político mais amplo, próprio a um regime de democracia participativa, pode-se afirmar que esse interesse, hodiernamente, perpassa todos os setores da sociedade brasileira, praticamente sem exceção. Com efeito, os holofotes populares, aí incluídos canais múltiplos de manifestação de opiniões, desde aqueles numericamente mais simples (partidos políticos, organizações não governamentais, entidades religiosas, associações de classes, sindicatos, movimentos sociais e outros), até aqueles mundialmente amplificados (redes sociais), estão com os focos permanentemente direcionados ao Supremo Tribunal Federal – STF.

Seja qual for o meio ou a perspectiva desses agentes engajados nas discussões, os pontos em destaque quase sempre dizem respeito aos limites tidos como legítimos de intervenção da jurisdição constitucional nos diversos setores da vida nacional, e praticamente nada escapa ao crivo do STF. Nessa mirada, aí entram as questões relacionadas ao ativismo judicial, vale dizer, até que ponto o Poder Judiciário, sobretudo na atuação do seu órgão de cúpula, pode se imiscuir em assuntos tradicionalmente da esfera de análise dos outros poderes da República. No âmbito legislativo, do parlamento, arena típica das discussões políticas, o protagonismo da Corte induz ao fenômeno conhecido como judicialização da política, por vezes confundido com ativismo judicial, embora signifiquem modos diversos de atuação da jurisdição constitucional (BARROSO, 2012).

Nenhum dos fenômenos (ativismo judicial/judicialização da política) constitui objeto de fundo das ligeiras reflexões vertidas neste artigo, embora ambos tangenciem em larga medida nas abordagens da atuação do STF nesses tempos presentes de calamidade pública. A Corte, nesse contexto de agruras sociais amplificadas, subitamente irrompidas por uma pandemia letal, tem sido provocada em questões a ela relacionadas. E múltiplos são os questionamentos e distintas as vias de provocação, somando até o momento mais de um mil e setecentos processos ajuizados com mais de um mil e quinhentas decisões proferidas[1]: desde habeas corpus (maioria esmagadora), conflitos federativos, flexibilização de normas trabalhistas ou temas afins na esfera laboral, competências e ritualística de processos legislativos, temas fiscais e orçamentários, limitações viárias e outros, tudo na perspectiva das ações de combate à Covid-19.

No caso específico das relações de emprego, certamente um dos mais sensíveis em termos de impactos sociais e econômicos, exemplo recente e eloquente foi o julgamento pelo plenário do STF – em sede liminar – de um conjunto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas por partidos políticos contra a Medida Provisória nº 927/2020 (BRASIL, 2020). A Corte, dentre outras deliberações, suspendeu temporariamente, por maioria, a eficácia de dois dispositivos da referida MP (artigos 29 e 31), no que significou considerar a contaminação do trabalhador em atividade pela Covid-19 como doença ocupacional.[2]

A circunstância da pandemia, portanto, lançou sobre a quase totalidade dos países do planeta, sem distinção de ricos ou pobres, desenvolvidos, semidesenvolvidos ou subdesenvolvidos, dotados de instituições democráticas ou antidemocráticas, dramas e incertezas sem precedentes na trajetória da humanidade, ao menos na amplitude deste momento de crise. Aqui e alhures, sem embargo de diferenças pontuais nas estratégias de enfrentamento do problema que é mundial, ditadas por realidades distintas entre os países, sejam sociais, econômicas, culturais, geográficas, populacionais ou outras, parece haver um consenso unificado das sociedades em torno da atuação minimamente sincronizada de suas instituições, dialogicamente interconectadas.

Na quadra aflitiva atual, para além das questões econômicas, fiscais e orçamentárias, cuida-se do necessário fortalecimento do capital social, prioritariamente, mesmo porque "se as

[1] Disponível em https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmen, acesso em: 7 maio 2020.
[2] Disponível em http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355, acesso em: 5 maio 2020.

relações sociais estão baseadas na reciprocidade e na expectativa de cumprimento mútuo – caso contrário haveria sanção social –, os motores da ação coletiva serão a confiança e a cooperação" (HIGGINS, 2005, p. 29). No caso do Brasil, conforme se verá no curso deste trabalho, um dado em particular tem contribuído para a fragilização das ações estratégicas de enfrentamento da pandemia da Covid-19, somando-se aos obstáculos deste enorme desafio outros não oriundos da área da saúde pública.

Trata-se do ambiente ainda polarizado politicamente, profundamente marcado por diferenças ideológicas desde o último pleito das eleições presidenciais no país, a partir de então com o crescente recrudescimento de radicalismos panfletários. Assim, conquanto em uma democracia o confronto de ideias seja uma marca saudável do pluralismo político, exercício pujante da cidadania, as suas instituições são os pilares fundamentais de garantia da convivência pacífica e do debate civilizado, notadamente quando integram as estruturas dos poderes da República.

Nesse sentido, Executivo e Legislativo devem assumir o protagonismo das ações reclamadas pela sociedade e que o grave momento histórico exige, cada esfera de poder a seu tempo e modo, segundo o figurino constitucional. Assumem destaque, nessa concertação institucional, a elaboração e execução de políticas públicas nas áreas da saúde e da economia, prioritariamente e quase sempre nessa ordem, envolvendo todos os entes da federação, respaldadas por uma produção rápida e eficaz de normas jurídicas na proporção dos desafios da calamidade pública instaurada.

O grande problema surge, justamente, quando fracassam as condições de estímulo e consolidação desse necessário capital social, ainda que não represente traço cultural historicamente marcante no Brasil. De fato, há quem debite à nossa herança ibérica uma certa propensão atávica à falta de coesão social, o que levaria a uma "singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem solidariedade e ordenação", conforme análise antropológica de Sérgio Buarque de Holanda (2015, p. 37-38). Ninguém menos que o próprio presidente da República, como se alheio aos dramas de momento, esmera-se na tomada de atitudes, veladas ou mesmo com objetivos deliberados do confronto institucional, reveladoras do apreço pela volta a modelos autoritários de condução do país em que a democracia fica relegada a um plano formal, meramente simbólico.

É nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal, conforme será sustentado no trabalho, deve exercer o necessário protagonismo como o fiel de garantia da higidez dos pilares da democracia e do Estado de Direito, o verdadeiro Estado constitucional. É por isso que o exercício da jurisdição constitucional, considerada a excepcionalidade da crise pandêmica e que a ela, perigosamente, outra se insinua, a institucional que já corre em paralelo por meio de sinais cada vez mais evidentes, criadora de tensões sociais adicionais, deve se expandir para além de suas funções clássicas contramajoritárias.

Isso significa mergulhar diretamente nos debates públicos, reafirmar, ainda que fora dos limites formais de um processo instaurado, as liberdades, sobretudo a de imprensa e de expressão de opiniões, valendo-se até mesmo dos canais de mídias diversas. Mais ainda quando se cuida da salvaguarda de direitos fundamentais, cuja tutela pelo STF parece decorrer da perda de centralidade dos outros poderes face a outras variantes de escolha pública, aí incluído o Poder Judiciário (CAMPILONGO, 2011). Trata-se, pois, de uma exigência que se acentua pela referida excepcionalidade circunstancial, sem que se justifique, reitere-se, investidas além dos limites constitucionais de legitimação democrática.

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MOMENTOS DE CRISES

O constitucionalismo, desde sua origem embrionária representada pelas Declarações de Direitos das revoluções americana (1776) e francesa (1789), passando pela versão moderna dos

períodos de pós-guerra, revela o traço universalista do movimento, expandindo-se modelos de cartas constitucionais de uns países para outros. Essa característica parece ter facilitado, em boa medida, o domínio da compreensão e o enfrentamento pelas Cortes Constitucionais de questões novas, trazidas pelo fenômeno da globalização, ao menos em sua acepção considerada moderna, coincidente com o surgimento de organismos internacionais multilaterais e de blocos econômicos.

Surge, assim, um chamado Direito Global, a significar um novo modelo normativo/regulatório de integração planetária, e ter de conviver com ele "significa buscar compreender os mecanismos que fornecem a estrutura jurídica para todos esses processos complexos e contraditórios de integração e exclusão" (SUNDFELD, 1999, p. 11), típicos da globalização. Elogios e críticas à parte acerca do fenômeno ("basta de realidades, queremos promessas", ecoavam em 1985 manifestantes mexicanos antiglobalização), fez-se ele como uma realidade incontrastável, um caminho sem volta, e que se na sua trajetória são percebidos inúmeros benefícios pelo livre trânsito de riquezas, quase sem conhecer fronteiras, nela igualmente circulam crises de proporções mundiais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem se revelado protagonista ativo nos arranjos institucionais necessários ao enfrentamento de crises, domésticas ou internacionais, mostrando a Corte ter uma clara percepção de que elas, "desafiam a autossuficiência dos sistemas, põem em xeque as prioridades estabelecidas e exigem novas estratégias e novas formas de ação sistêmica" (FARIA, 2017, p. 48). Isso se deve, em parte, a uma espécie de cultura sistêmica de judicialização que impera no país, particularmente estimulada após a Constituição Federal de 1988, mesmo porque as crises tendem a afetar inúmeros direitos, individuais e coletivos.

Credita-se, noutra banda, ao perfil vanguardista da Corte construído nos últimos anos, o que, para muitos, traveste-se de um ativismo indesejável, contrário à ordem democrática (RAMOS, 2015). E para outros, diversamente, apenas o exercício salutar de um protagonismo necessário em circunstâncias específicas, mormente quando se instalam crises de origens variadas, seja no campo da economia ou das finanças internacionais (caso do *subprime* nos EUA em 2008/2009, e que se alastrou por vários continentes), ou mesmo de natureza sanitária (saúde pública), o caso presente da pandemia provocada pela Covid-19.

Seja qual for o tipo de crise em que se veja o país imerso, a reclamar a formulação de estratégias de combate por meio da ação conjunta das instituições, aí incluído o STF, invariavelmente haverá de produzir consequências negativas para a população. O grau de afetação dos direitos, quase sempre econômicos e sociais, costuma depender do nível de coesão das instituições e da (in)eficácia das decisões tomadas, além do modo (in)eficiente com que são executadas as ações de enfrentamento da crise. Não basta, assim, a formação de *gabinetes de crise*, fechados em ilhas isoladas nas esferas de cada poder, abdicando de valiosas contribuições que podem emergir em um ambiente de prática democrática de diálogos institucionais.

O contexto de uma crise, qualquer que seja ela, assim foi com a de 2008/2009 (financeira) e agora se verifica com a pandemia da Covid-19, e em tantas outras ainda que de menor escala, faz deflagrar nos tribunais, e o STF não é exceção, o que se convencionou chamar de *jurisprudência da crise*. Pontua Andréa Magalhães, referindo-se ao exercício da jurisdição constitucional pelas cortes constitucionais, que no caso do STF há um grau maior de complexidade, isso porque:

> Esses tribunais assumem maior protagonismo na resposta jurídica a essas demandas não apenas pela repercussão geral, mas pelos efeitos vinculantes e pela força persuasiva de precedentes. O efeito de suas decisões nas contas públicas e privadas e na promoção de direitos universalizáveis é consideravelmente mais amplo. Em razão disso, a análise dessa resposta precisa ser mais cautelosa (2017, p. 10).

A ATUAÇÃO DO STF NAS CRISES E O DILEMA ENTRE JUSTIÇA E EFICIÊNCIA

Conforme salientado no resumo deste trabalho, os momentos de crises vivenciados ao longo da história, ao se pensar em estratégias de enfrentamento, não se pode ignorar que os erros e acertos, fatalmente, terão influência no processo de desenvolvimento do país. E mais, a experiência tem demonstrado, inclusive internacionalmente, não sendo o Brasil nenhuma exceção, que a economia é o setor onde os efeitos negativos são mais sentidos, gerando as maiores inquietações sociais (*é a economia, estúpido!*, diria James Carville, estrategista do candidato Bill Clinton na campanha presidencial americana de 1992)[3].

Com efeito, a propósito das já citadas maiores crises mundiais das últimas duas décadas, a de 2008/2009 e a pandemia da Covid-19 (ainda em pleno curso), a primeira foi enfrentada e debelada por meios de estratégias prioritariamente no mercado financeiro. No caso da segunda, ora vivenciada, distinguindo-se da outra por não envolver um bem material volátil (as finanças internacionais), e sim outro em escala muito mais elevada na tábua axiológica constitucional, imaterial (a saúde e a vida das pessoas, pressupostos indeclináveis da dignidade humana enquanto pilar fundamental da República/art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), natural que surgissem acaloradas discussões acerca do que se deve priorizar.

É dizer, o que deve vir na frente como foco da ação de combate, a proteção da economia ou da saúde da população? Bem, parece evidente que a ordem de colocação das coisas é o que menos importa, porquanto as duas temáticas não podem caminhar dissociadas. De fato, ninguém minimamente dotado de atributos morais de civilidade e humanidade, por mais libertário que seja em suas ideias e concepções acerca do papel do Estado e das instituições, poderia defender que a vida das pessoas, a preservação da saúde, seriam valores subalternos frente aos interesses puramente monetários, ao capital, ao mercado ou algo que o valha, mesmo em uma economia liberal.

Porém, nesses momentos de potencial agravamento da escassez (é certo o crescimento exponencial do déficit público), algo inerente a quaisquer modelos econômicos, sem distinção de orientação ideológica, e que enfrentam o problema comum das demandas infinitas (elevadas a alturas cósmicas em tempos de calamidade pública), não faz sentido ignorar por completo questões de eficiência em favor da atenção exclusiva aos problemas de distribuição (justiça social). No caso presente da pandemia da Covid-19, parece não haver dúvida caber mesmo ao Estado o aumento da intervenção nos campos econômico e social, mediante o estabelecimento de políticas públicas, aí incluídas, por exemplo, aquelas de transferência direta de renda para as faixas mais atingidas da população, criando novas e aperfeiçoando as já existentes. Algo assim quase ao estilo do Plano Marshall dos EUA no 2º pós-guerra, baseado na doutrina Truman, só que não com ações voltadas ao exterior (o caso americano), e sim internamente e nos mais diversos setores da economia.

Voltando à crise de momento, sanitária, espera-se do STF, naquilo que lhe compete em termos de protagonismo institucional, uma atuação sem perder o foco nesses dilemas de combinar justiça social com eficiência. Com efeito, ao se debruçar sobre o texto constitucional, mormente no que mais interessa nessa quadra aflitiva atual, tem-se que o direito à saúde, ao lado de vários outros de natureza social, portanto, fundamental, oponível ao Estado (art. 6º, da CF/88), tornou o Brasil um Estado idealmente prestacional na máxima potência. E pela amplitude de seus deveres, passadas já três décadas de estabilidade institucional e normalidade democrática, mantém-se esbarrando em sérios obstáculos no cumprimento de suas promessas, justamente por se caracterizar como o Estado das tarefas cada vez mais elevadas (HÄBERLE, 2019), o que dirá agora em tempos de pandemia.

---

[3] Disponível em: https://www.institutomillenium.org.br/economia-estpido/. Acesso em: 7 maio 2020.

Então, não deve haver espaço, nesse momento, para se firmar posições panfletárias com predomínio exclusivo da visão distributivista sobre a questão, sem olhar para o futuro com suas prováveis consequências nas finanças públicas. Trata-se de raciocínio estreito, reducionista, na medida em que, imerso na ilusão da autossuficiência de uma dogmática humanitária excessiva (na pandemia valeria tudo, ainda que se apele para a fabricação de dinheiro), perde-se na abstração. Isso porque abdica das contribuições interdisciplinares que permitem à jurisdição constitucional se municiar de elementos da realidade concreta (não exclusivamente, mas essencialmente econômicos), indispensáveis a quaisquer estratégias de combate a crises episódicas, dotadas de eficácia.

Portanto, ainda que se trabalhe com a ideia da equidade, e com isso focando objetivos que se supõe de maior alcance em termos de concretização de direitos da maneira mais larga possível (aqui com destaque para o direito à saúde), daí entendendo o conceito de justiça no significado distributivista, não se pode ignorar a precisa observação do próprio John Rawls, ao sustentar que

> Não podemos, em geral, avaliar a concepção de justiça unicamente por seu papel distributivo, por mais útil que seja esse papel na identificação do conceito de justiça. Precisamos levar em conta suas relações mais amplas, pois, embora a justiça tenha certa prioridade por ser a mais importante virtude das instituições, ainda assim é verdade que, permanecendo constantes as demais condições, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis (2016, p. 7-8).

Tudo isso torna imperioso, nas ações estratégicas e políticas de enfrentamento de crises sistêmicas, sobretudo em uma pandemia com graves reflexos nos campos social e econômico, discutir e refletir sobre a ordem jurídica interna, inclusive no âmbito da jurisdição constitucional, também na perspectiva da eliminação (ou ao menos a redução) das ineficiências dessas práticas institucionais. Reitere-se, o que se está em jogo, ao fim e ao cabo, é a própria trajetória de desenvolvimento do país. O que significa garantir, suficientemente, condições eficazes de preservação da saúde da população (afinal, o desenvolvimento tem como pressuposto e fim último o bem-estar das pessoas), daí a importância da jurisdição constitucional em conferir o peso devido quando são contrapostas questões de justiça (não raro justiça social) e de eficiência, numa palavra, sem descurar de consequências.

Conveniente, nesse passo, ao se ter como relevante nesse trabalho uma análise mais detida dessa temática, uma observação a partir de duas situações, ainda que correndo o risco do estereótipo da visão eficientista/pragmatista. A propósito (e esse é o primeiro aspecto), quando se traz para o debate a questão da eficiência, não se está fazendo a defesa, por certo desavisada, nos moldes daquele eficientismo clássico de Richard A. Posner, idealizado pelo autor na origem de seus escritos como verdadeira teoria da justiça. Nesses primórdios, segundo ele, o indivíduo em sociedade (seja nos mercados explícitos ou implícitos) agiria racionalmente sempre no sentido da maximização da riqueza (ou seja, de forma eficiente, conforme a sua definição) como conceito ético.

Pois bem, e quanto a se extrair daí uma noção de valor (riqueza como valor), estaria este baseado "naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria e não na felicidade que extrairão de sua aquisição" (POSNER, 2010, p. 73) revelador da expressão essencialmente monetária de seu pensamento. Sem embargo, nota-se, nesse ponto, o registro propositalmente tendente a afastar qualquer compreensão de plena identidade da teoria da eficiência de Posner com as bases filosóficas utilitaristas, embora partilhasse em alguns aspectos do pensamento Bhentaniano, ainda que seletivamente.

Discutir sobre conceitos de justiça, mormente em tempos de crise, particularmente na jurisdição constitucional, a qual, no caso do STF nessa quadra pandêmica, provocado que se encontra em múltiplas frentes a se debruçar sobre diversos projetos e ações de combate oriundos dos outros poderes, não representa mero exercício de retórica estéril. Muito pelo contrário, há de firmar a posição da Corte em questões de alta relevância para o futuro do país, blindando-se na medida necessária de eventuais clamores da rua, cancela aberta para ativismos judiciais indesejáveis.

Voltando a Posner, quando tratou de teoria de justiça (ou teoria moral, no dizer do autor) baseada na eficiência, canalizou a ele críticas de diversas frentes, envolvendo juristas, filósofos e economistas das mais variadas tendências acadêmicas. Um dos mais destacados, e em boa medida levado a sério por ele, foi Ronald Dworkin, conhecido crítico da análise econômica do direito, movimento que ele alcunhava de *antiteórico populista*, cujos argumentos não passavam de "exortações vazias à ação em busca de objetivos que eles nem conseguem descrever, muito menos justificar" (2010, p. 108).

No que interessa mais de perto a este trabalho, envolvendo atuação da jurisdição constitucional em tempos de crise, a partir da provocação de que a riqueza social pudesse ser um componente do valor, o referido jusfilósofo em outra obra aponta aí residir o núcleo do problema da tese do autor:

> A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que o comprariam, não fossem os custos da transação. Mas não está claro *por que* a riqueza social é um objetivo digno. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, tal como definida, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade que tem menos, a não ser alguém que cometeu o erro de personificar a sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade está em melhor situação se tem mais riqueza, da mesma maneira que ocorre com qualquer indivíduo? Por que alguém que não cometeu esse erro deveria pensar que a maximização da riqueza social é um objetivo digno? (2005, p. 356).

O conceito de eficiência, portanto, nos termos de Richard A. Posner como serviente a uma teoria de justiça, apoiada em sua expressão monetária, findou por ele mesmo abandonada pelo convencimento do discurso dos valores como base dos sistemas jurídicos, embora com significativos temperamentos. Assim, na forma como emergiu principalmente da crítica de Ronald Dworkin, necessariamente pesados os aspectos filosóficos que o tema envolvia, Posner abraçou o pragmatismo para rever suas posições originárias. Porém, segundo ele mesmo enfatiza, não o pragmatismo filosófico ao estilo de John Dewey e Richard Rorty que rejeita, mas o jurídico (aplicado ao direito), cuja análise por essas lentes teria por meta "afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-la das questões factuais e empíricas" (2007, p. 520), tomadas da experiência prática cotidiana.

Assim, no âmbito da jurisdição constitucional, contrapostas formulações teóricas de justiça sob os prismas da equidade distributiva e da eficiência, força reconhecer a repercussão dessa (quiçá aparente) tensão conceitual na atividade decisória dos ministros do STF em diversas esferas de litígios, não somente na lida de questões envolvendo atos da administração pública. Ao reverso, vai além, abarcando dissensos nas relações privadas, notadamente, como no caso da crise pandêmica da Covid-19 e de forma incisiva, nas relações de emprego, justamente por situar-se, a exemplo dos direitos dos consumidores, sob uma tutela normativa estatal fortemente dirigente e interventiva.

Convém acrescentar nesse desempenho institucional, ainda no campo da filosofia política (porque corre paralelamente a essas concepções de justiça), embora dotado de menor peso em termos de orientação doutrinária, uma outra possível influência, agora de perfil libertário

extremo, reservando ao Estado (e aí se inclui a atividade da jurisdição constitucional) um espaço interventivo mínimo possível. Nessa linha de se encarar problemas de distribuição, e portanto de justiça social, o exercício da jurisdição constitucional há de se prevenir, nesses tempos de crise medonha, até mesmo para eventuais posturas ideológicas de grupos do tipo que defende não haver "nenhuma superioridade moral de outras vidas sobre uma das nossas que resulte em um bem social geral maior" (...), isso no sentido de afirmar, no limite da insensibilidade moral, que "nada justifica que alguns de nós se sacrifiquem em nome dos outros" (NOZICK, 2011, p. 41).

Sustenta-se nesse trabalho, portanto, que a ação do STF, nesses tempos de crise aguda em que se anseia garantir o comprometimento menos danoso possível da trajetória de desenvolvimento do país, diante de questões (aparentemente) conflitantes de aumentar ganhos de equidade (justiça) e reduzir perdas e desperdícios (eficiência), representa certamente um desafio complexo (COUTINHO, 2013). Nesse sentido, a jurisdição constitucional não pode abdicar do dever de análise dessas questões a partir de vetores interpretativos mais abertos, atenta aos excessos desses embates filosóficos/ideológicos que se aprazem em rivalizar ideais de justiça e de eficiência.

Tudo isso, convém frisar, tanto mais se faz necessário em pleno curso de crises severas, volvendo a atenção para um modelo mais objetivo, descritivo/explicativo da realidade, conforme bem pontua Bruno M. Salama. Segundo o autor, algo que possa resolver o problema da pertinência entre os meios jurídicos e os fins normativos (o que aqui se defende para a atuação da jurisdição constitucional), mesmo porque não interessa "saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios" (2017, p. 99-100).

Em resumo da temática, acerca do outro aspecto inicialmente destacado no limiar da discussão, ainda que em ligeiras palavras, não há negar que tais questões podem migrar até mesmo para o campo das ciências políticas. Evidente que o estreito objetivo deste trabalho não permite maiores digressões a respeito, mercê de fugir da específica correlação do problema da atuação da jurisdição constitucional em meio a crises sistêmicas, frente aos objetivos do desenvolvimento do país, embora com ele tangencie em alguns aspectos.

Trata-se da democracia como valor essencial do estado de direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988, portanto, um Estado constitucional. Com efeito, o entendimento da atuação da jurisdição constitucional, aqui pouco importando se no curso ou não de crises generalizadas, como instrumento direto de transformação social, pretensamente vocalizadora de valores morais da sociedade, não raro embalado em verdadeiros ativismos do STF, sem a legitimação correspondente pelos canais tradicionais de representação popular, representa risco para a própria democracia. E nesse ambiente institucionalmente distorcido, salvante exceções do desenho geopolítico globalizado atual (o caso da China), desenvolvimento social, prosperidade econômica, são estados de coisas que comprovadamente casam melhor com regimes democráticos do que antidemocráticos (DALL, 2016).

O STF NA PANDEMIA DA COVID-19 E A AMEAÇA DE CRISE INSTITUCIONAL

Fechando o ciclo discursivo proposto neste artigo, agora em linhas mais enxutas, importante ressaltar um ponto. É que não bastassem os enormes desafios da jurisdição constitucional nesses tempos de crise pandêmica, a todo instante provocada a se manifestar sobre a adequação das políticas públicas de enfrentamento, tanto administrativas quanto legislativas, ao texto da CF/88, o STF depara-se com o recrudescimento de sinais autoritários no país. E não de setores políticos/partidários específicos, as hostes da oposição parlamentar, ou mesmo de grupos de interesses corporativos, mas algo que vai mais além, alcançando, conforme foi salientado no

início deste trabalho, sentimentos ideologicamente beligerantes com origem nas últimas eleições para a presidência da República.

Assim, tratou-se neste trabalho do capital social, essa rede necessária de concertação da sociedade que em muito pode contribuir para os esforços de enfrentamento da pandemia da Covid-19, gerando um sentimento de coesão e identidade de objetivos, vale dizer, a preservação da saúde e da vida de milhões de brasileiros. No entanto, indiferente a tudo isso, o próprio chefe do Executivo Federal insiste em trafegar na rota inversa desses interesses superiores da nação, e o mais grave, aumentando sistematicamente de tom nas declarações antidemocráticas.

Os arroubos autoritários são diversos, beirando perigosamente a fronteira do intolerável, e de que são exemplos as manifestações de apoio a grupelhos barulhentos que se aprazem em menosprezar os valores democráticos. Saudosos da ditadura, ou meros fantoches por imitação rasteira e acrítica de tiranetes, chegam ao extremo da defesa de se obstar o livre funcionamento dos demais poderes da República, ou até mesmo, no limite, o próprio fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. Isso sem falar das reiteradas ameaças ao livre exercício do direito de expressão e informação, avançando na escala de gravidade com agressões físicas aos profissionais da imprensa, algo impensável em uma democracia.

Ainda da autoria sombria do chefe do Executivo Federal, a própria Constituição Federal foi alvo de tentativa de adjudicação como símbolo de personificação ("a Constituição sou eu"), mediante fraseado retoricamente pobre que bem poderia ser verbalizado por uma espécie de pretenso *Presidente-Sol*, versão caricata tupiniquim do *L'Etat c'est moi* do rei francês Luís XIV. Ou ainda, quem sabe, um impulso instintivo que remontaria na filosofia política à ficção medieval dos dois corpos do rei, encarnando-se na mesma pessoa duas faces da mesma moeda do poder, a mística, intangível (o corpo natural) e a real, a do governante que toma decisões (o corpo político) daí que *los dos cuerpos del rey forman, por tanto, uma unidad indivisible, conteniéndose cada uno en el outro* (KANTOROWICZ, 2012, p. 43).

É dizer, algo que, no estágio atual das conquistas democráticas do país, capaz de fazer corar até a ala militar do governo, conforme se pode deduzir de manifestações públicas de seus membros mais graduados. Diga-se, reafirmando-se as forças armadas como instituições de Estado, permanentes, não servientes a governos de ocasião, e nada parece autorizar eventual presunção de insinceridade institucional desse braço armado da nação.

Em bom vernáculo, foi-se o tempo do argumento da força, da bravata inflamada, ainda que tais meios sejam nos dias presentes utilizados no discurso demagógico, contraditório como se no suposto sentido de preservar a democracia, como tem bradado o presidente da República ao se referir à relação entre os poderes Executivo e Judiciário. A retórica autoritária, reitere-se, é contraditória em si mesma, calhando aqui o registro do que há décadas já assentava o filósofo John Dewey, no sentido de que "o princípio fundamental da democracia é que os fins de liberdade e individualidade para todos apenas podem ser obtidos por meios que estejam de acordo com esses objetivos" (DEWEY, 2008, p. 131-132).

Também aqui o STF, no atacado do figurino traçado na CF/88, e a jurisdição constitucional, no varejo da atuação da Corte, há de cumprir e fazer cumprir a autoridade da Constituição, estimulando, prioritariamente, o estabelecimento dos chamados diálogos institucionais. É justamente aqui que "as relações entre jurisdição constitucional, democracia, separação de poderes e, em alguma medida, racionalidade estão no centro" (LEAL, 2019, p. 65), sobretudo por ser o caminho por excelência dotado de maior eficácia em tempos de crises ou fora delas, um signo vivo da própria democracia. Contribui para isso a ação firme da Corte, destemida, sem reverências senão às balizas da Constituição, porquanto aí reside a legitimação da jurisdição constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, a exemplo da quase totalidade dos países nos cinco continentes do planeta, atravessa e sente os graves reflexos da crise provocada pela pandemia da Covid-19. A atuação da jurisdição constitucional, provocada que se acha por inúmeros questionamentos de ordem constitucional acerca das medidas empregadas no combate à calamidade pública, não há de perder o foco das implicações de suas decisões a longo prazo, particularmente na trajetória de desenvolvimento do país.

Nesse sentido, adquire significativa relevância a atenção sobre questões do (aparente) conflito entre conceitos de justiça social (objetivos de distribuição) e de eficiência (objetivos econômicos), sob pena dos legados perniciosos para as gerações futuras. Noutra frente, não deve arrefecer na sua função primordial de controle dos excessos dos demais poderes, sobretudo aqueles que no presente se traduzem por gestos e ações autoritárias do chefe do Executivo Federal.

Com efeito, a democracia é o fim maior a ser preservado, e dela também devem emergir todas as estratégias de manutenção dos ideais democráticos, destacando-se os valiosos diálogos institucionais. Se não há canais receptores com disposição ao diálogo, mantém-se no corpo da Constituição todas as outras opções para a garantia de sua supremacia, papel fundamental da jurisdição constitucional.

Numa palavra final, a pandemia da Covid-19, a despeito dos constrangimentos nas relações entre poderes, insinuantes de crise paralela, institucional, cedo ou tarde há de passar, deixando no seu rastro inexoravelmente destrutivo um leque de experiências acumuladas na atuação do STF. Nesse quadrante histórico e nos futuros, há de se apostar cada vez mais no fortalecimento da democracia, tornando o Brasil, sob o escudo protetor da CF/88, uma nação ainda mais blindada contra investidas autoritárias de governantes de plantão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. (orgs.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPODIVM, 2012.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas de enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm#:~:text=MPV%20927&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,)%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=Art.,-1%C2%BA%20Esta%20Medida. Acesso em: 7 maio 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A crise da representatividade e a perda do espaço público**. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (org.). Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, Desigualdade e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALL, Robert. **Sobre a Democracia**. Tadução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2016.

DEWEY, John. **A democracia é radical**. In: FRANCO, A.; POGREBINSCHI, Tamy (orgs.). Democracia Cooperativa: escritos políticos escolhidos de John Dewey. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

DWORKING, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo:

Martins Fontes, 2005.
---------- **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
HÄBERLE, Peter. **Direitos Fundamentais no Estado Prestacional**. Tradução: Fabiana O. Kelbert, Michael D. Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
HIGGINS, Sílvio Salej. **Fundamentos Teóricos do Capital Social**. Chapecó: Argos, 2005.
HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
KANTOROWICZ, Ernst H. **Los dos cuerpos del rey**: un estudio de teología política medieval. Tradução para o espanhol: Susana A. Araluce, Rafael B. Godoy. Madri: AKAL, 2012.
LEAL, Fernando. **Três desafios à aplicação da metáfora dos "Diálogos Institucionais" para a legitimação da jurisdição constitucional**. In: LEAL, Fernando (org.). Constitucionalismo de Realidade: democracia, direitos e instituições. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise**: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar V. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução: Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
POSNER, Richard A**. A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro F. e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
----------**Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
SALAMA, Bruno M. **Estudos em Direito & Economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: EVG, 2017.

Recebido em: 08.10.2020
Aprovado em: 10.11.2020