

JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

CRISIS JURISPRUDENCE AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Estêvão Mallet*

Flávio da Costa Higa**

Fernanda Antunes Marques Junqueira***

We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others.¹

RESUMO: O artigo tem por objeto de investigação a chamada “Jurisprudência de Crise”, nomenclatura utilizada para designar o conjunto de decisões tomadas sob conjunturas de escassez excepcional. A partir da assunção do pressuposto de que a sociedade se desenvolve num contexto de necessidades infinitas para recursos finitos, afirma que a carência de insumos é agudizada em contextos de exceção, que impõem maior austeridade fiscal. Ambiciona, com esse postulado, desenvolver o corolário de que as legislações de urgência impactam – inexoravelmente – as políticas públicas de implementação de direitos e garantias fundamentais, de modo a exigir uma abordagem epistemologicamente distinta na interpretação/aplicação das normas jurídicas. Tem como argumento central a crítica aos métodos tradicionais de análise, edificados a partir de valores abstratos e conceitos indeterminados que servem tão somente à elaboração de um discurso decisório dúctil à volição do julgador. Por conseguinte, instila algumas propostas para superar o problema e auxiliar na construção de um anteparo teórico mais idôneo e consentâneo com o Estado Democrático de Direito, por permitir a aferição de sua validade mediante escrutínio de suas premissas, conclusões, métodos e paradigmas estruturais.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência de Crise. Direitos Fundamentais. Limites Epistêmicos.

ABSTRACT: *The main purpose of this paper is to investigate the so-called “Crisis Jurisprudence”, a nomenclature used to designate the set of decisions taken under circumstances of exceptional scarcity. Based on the assumption that society develops in a context of infinite needs among finite resources, it states that the lack of inputs is*

* *Livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP e advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2755952655065224>. E-mail: estevao@mallet.adv.br.*

** *Juiz do TRT da 24ª Região e doutor pela USP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6830435343695531>. E-mail: flaviochiga@hotmail.com.*

*** *Juíza do TRT da 14ª Região e doutoranda pela USP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9530891114280834>. E-mail: fernanda.junqueira@trt14.jus.br.*

1 CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: Norton & Company, 1978. p. 17.

greater in contexts of exception, which impose greater fiscal austerity measures. Having that in mind, it aims to develop the corollary that urgent laws impact – inexorably – public policies for the implementation of fundamental rights and guarantees, in order to demand an epistemologically different approach in the interpretation/application of legal norms. Its central argument is the criticism of traditional methods of analysis, built on abstract values and indeterminate concepts that only serve to elaborate a ductile decision making discourse, maleable to the judge's personal inclination. Therefore, it instills some proposals to overcome the problem and assist in the construction of a theoretical framework more suitable and in line with the Democratic Rule of Law, by allowing the verification of its validity through scrutiny of its premises, conclusions, methods and structural paradigms.

KEYWORDS: Crisis Jurisprudence. Fundamental Rights. Epistemic Limits.

1 – Introdução

O verbete “crise” é tão onipresente na lexicografia jurídico-econômica que se justifica indagar se tamanha ubiquidade não torna anódina a identificação de uma “jurisprudência” que lhe seja peculiar, sem cair em uma armadilha tautológica. Sob o prisma fenomênico, tem-se a impressão de experimentar “a normalidade da exceção”, na qual “o mundo tem vivido em permanente estado de crise”². Em um panorama inexoravelmente limitado, todas as investidas para concretizar – à moda do *Welfare State*, do *État-Providence* ou de qualquer outro modelo – “uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo”, enquanto projeto civilizatório, “caracteriza-se por crises”, sendo certo que a crise de financiamento “parece estar por trás de todas”³.

A própria finitude de recursos é uma característica financeira estrutural à qual Sen denominou *budget constraint*⁴, ou seja, todos – no âmbito público ou privado – só podem gastar aquilo que possuem. Os meios são limitadores inefectíveis dos fins. Nesse sentido, “atacar a reserva do possível é lutar contra moinhos de vento, pois a escassez é um dado de realidade”⁵. “É inútil combater o inevitável”⁶. Deve-se, portanto, abdicar dessa batalha quixotesca para perscrutar métodos de alocação eficiente que melhor atendam aos interesses da sociedade.

A alguns parece escapar, entretanto – ao menos no plano discursivo –, o postulado (axiomático) de que o Direito não possui força ilimitada. Talvez

2 SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

3 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56-58.

4 SEN, Amartya. *Identity and violence: the illusion of destiny*. London: Penguin Books, 2006.

5 SCAFF, Fernando Facury. Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 5 jun. 2020.

6 SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 76.

o exemplo mais didático seja o de transplante de órgãos. Se existe apenas um rim e dois enfermos que dele necessitam, serão obsoletos os mais belos panegíricos que glorifiquem o valor supremo da vida e da dignidade humana, mas não decidam o caso concreto: quem, afinal, será o agraciado pela doação? Antes, pelo contrário, a crença pueril de que o poder do legislador ou do magistrado é capaz de promover o milagre da multiplicação, aliada à imaturidade obtusa do “negacionismo” frente à premência de escolhas difíceis⁷, fornece o combustível e o comburente da combustão de tragédias, porquanto só é capaz de administrar problemas quem os admite e decide. Por outro lado, conquanto o recurso ao princípio da dignidade humana e a outras categorias genéricas ou indeterminadas não seja uma ferramenta supérflua em decisões bioéticas⁸ – como também não o são muitos outros – é forçoso reconhecer que a sua significação tem sido extremamente vaga⁹.

Se o elemento “crise” é, então, uma constante perpétua – *rectius*, se as necessidades sociais serão sempre infinitas diante de uma oferta finita de recursos –, soa mesmo paradoxal cogitar-lhe um tratamento específico. Até porque o ordenamento tem por escopo o “Desarrollo Progresivo”, o que equivale à busca pelo pote de ouro ao “final” do arco-íris, já que o objetivo é o de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos (...) en la medida de los recursos disponibles”¹⁰, ou seja, por mais próspera que seja a sociedade, as demandas aumentarão à medida que houver mais riquezas.

Nem todas as crises, entretanto, são idênticas. As situações já conhecidas de exiguidade de meios para consecução de fins – por serem previstas ou previsíveis – contam com um aparato regulatório devidamente interpretado por uma jurisprudência que se pretende estável, íntegra e coerente, tudo em benefício da segurança jurídica e da consequente pacificação social. Há, contudo, casos em que a alteração na quantidade (a intensidade da crise) implicará

7 Para aprofundamento, vide: HOFFMASTER, Barry; HOOKER, Cliff. Tragic choices and moral compromise: the ethics of allocating kidneys for transplantation. *Milbank Quarterly*, Sep. 2013, v. 91, n. 3, p. 528-557. Doi: 10.1111/1468-0009.12025.

8 ANDORNO, Roberto. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? *Revue Générale de Droit Médical*, n. 16, 2005, p. 95-102.

9 “Force est de reconnaître que si l’expression ‘dignité humaine’ est de plus en plus souvent employée, elle l’est avec une signification vague.” (SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d’organes? *Raison Publique*, 2012/2 [n. 17], p. 219-238, p. 220)

10 Excertos do art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. (COSTA RICA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* [Pacto de San José]. 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020)

mudança na qualidade¹¹, a ponto de transmudar seu *status* e demandar respostas jurídicas distintas. Em *Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135 (1921), a Suprema Corte norte-americana assinalou que alguns temas que seriam estritamente privados em circunstâncias ordinárias (locação de imóveis) poderiam ter mudanças tão acentuadas no tempo e no espaço (o contexto era o Pós-Guerra) a ponto de adquirir interesse público e justificar a intromissão mais enérgica do Estado¹².

Escoimada a inferência fetichista de que o Direito dispõe de todas as fórmulas prontas e acabadas para eventos sem precedentes, torna-se factível edificar construtos teóricos epistemologicamente válidos para a interpretação e aplicação de normas jurídicas em situações insólitas. Quando o contexto apresentado é anômalo, mera subsunção pode não ser suficiente, porquanto “a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral”¹³.

O contexto que estimula – mas não exaure – a confecção do presente texto é a Pandemia da Covid-19. Desde que a doença passou a receber esta taxonomia pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020¹⁴, o quadro infeccioso teve escalada vertiginosa no mundo. A Johns Hopkins University descortina um mundo de quase 7 milhões de infectados, sendo o Brasil o 2º colocado na classificação mundial, com mais de 600 mil pessoas nessa condição¹⁵. E os dados atuais permitem lobrigar um cenário bastante crepuscular: o Banco Mundial prevê uma retração de 5% (cinco por cento) no PIB brasileiro, em 2020¹⁶. Já o Imperial College London adverte para a possibilidade de, na ausência de medidas de controle voltadas a conter a curva de contágio, prog-

11 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio (1830)*. Texto completo com os adendos orais. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1. p. 214.

12 “(...) circumstances may so change in time or so differ in space as to clothe with such an interest what at other times or in other places would be a matter of purely private concern”. (EUA. United States Supreme Court. *Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135 [1921])

13 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 155.

14 “We have therefore made the assessment that covid-19 can be characterized as a pandemic” (WHO. Director-General’s opening remarks at the media briefing on covid-19. 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 5 jun. 2020).

15 JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE. *Covid-19 dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)*. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

16 “Brazil is expected to contract by 5.0 percent in 2020, facing three shocks: weak external demand, oil prices (Brazil is a net oil exporter), and the economic disruption from virus-containment.” (WORLD BANK. Semiannual report of the Latin America and Caribbean Region. *The Economy in the Time of Covid-19*. Disponível em: <https://olc.worldbank.org/>)

nóstico de que a epidemia continuará a crescer de forma exponencial¹⁷. Não há, portanto, paradigma histórico idôneo para o enfrentamento jurisdicional de uma crise de tamanha magnitude em termos mundiais. Mesmo a Gripe Espanhola de 1918, a despeito de sua devastadora impetuosidade, não pode ser tomada em consideração sem levar em conta as enormes diferenças no tráfego de pessoas, no desenvolvimento industrial, no comércio internacional, na globalização da economia, na Medicina, na evolução dos direitos sociais, etc.

A ilusão de negar os impactos do problema no campo jurídico e, por conseguinte, as transformações que devem ser operadas servem apenas para adiar – e agravar – as dificuldades¹⁸. Não há uma “mão invisível”, guiada apenas pelo regramento da “normalidade”, que leve ao bem comum, desde que todos se esforcem exclusivamente à garantia de maximização de preferências individuais¹⁹. Ao contrário, “ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons”²⁰. Perspicaz, nessa senda, a Corte Constitucional da Lituânia, ao afirmar que a distribuição dos ônus em períodos de privação tem que observar os imperativos de solidariedade, justiça e harmonia social²¹.

Não se trata, evidentemente, de promover a erosão do Estado Democrático de Direito, a partir da errônea intelecção de que as crises mais graves têm o condão de transmutar o ordenamento em um “vale-tudo”, em que todos os alicerces civilizatórios desmoronam em nome de exigências orçamentárias. A Corte de Cassação italiana acertadamente pontuou que “il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto (...) non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali”, pois, na realidade, “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di

17 “In the absence of the introduction of further control measures that will more strongly curb transmission, Brazil faces the prospect of an epidemic that will continue to grow exponentially.” (MELLAN, Thomas A.; HOELTGEBAUM, Henrique H.; MISHRA, Swapnil *et al.* *Estimating Covid-19 cases and reproduction number in Brazil*. Imperial College London [08-05-2020], doi: <https://doi.org/10.25561/78872>)

18 CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip, *op. cit.*

19 *Mutatis mutandis*, essa é a síntese do pensamento liberal de: SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of the nations*. London: Oxford University Press, 1981. p. 18.

20 Foi a enfática assertiva de Hardin, ao tratar especificamente de bens comuns, como recursos naturais. (HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, 13 Dec. 1968, v. 168, n. 3859, p. 1243-1248. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/162/3859/1243>. Acesso em: 5 jun. 2020)

21 “One has to follow the constitutional imperatives of solidarity, social harmony and justice in the course of redistributing the corresponding burden that has fallen upon the state among members of society.” (LITUANIA. Constitutional Court of the Republic of Lithuania. *Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05-17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03*. 20 April 2010)

questo a condizionarne la doverosa erogazione”²². A singularidade do momento, porém, “demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada”²³, a fim de acomodar as necessidades às possibilidades.

Definitivamente, não é uma empreitada fácil. Se há uma característica comum entre as mais variadas decisões judiciais em que se enfrentou o problema é a de que todas elas foram muito criticadas²⁴. Mas é justamente este o desafio a que se propõe o trabalho: fornecer alguns subsídios para auxiliar o Poder Judiciário, quando instado, direta ou indiretamente, a alocar recursos em contextos extremados.

2 – Demandas infinitas v. recursos finitos

Como a balança entre carências e possibilidades tem uma tendência ontológica ao desequilíbrio – pendendo sempre para o lado da primeira –, há necessidade de disciplinar a distribuição dos bens. A gestão de recursos é importante pelo simples fato de que eles são escassos, ou seja, existem limites materiais que obstam a satisfação de todos os bens e serviços que as pessoas desejam²⁵. Fossem as riquezas infinitas ou bastantes para todos, não haveria nada a equacionar. O factual, porém, impõe-se avassaladoramente sobre quimeras. Bem por isso, a Corte Constitucional da Colômbia asseriu que “la efectividad del Estado Social de Derecho depende de la realización de una serie de actos que suponen gastos económicos”. Existe, portanto, uma estreita relação “entre la concreción de los fines que se predicen del Estado en materia social y la necesidad de contar con una estructura macroeconómica que permita no sólo el cumplimiento de tales objetivos sino, además, el normal funcionamiento del Estado”²⁶.

22 ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 275/2016*. Pubblicazione in G. U. 21/12/2016 n. 51. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=275>. Acesso em: 5 jun. 2020.

23 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 5 jun. 2020.

24 MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 10.

25 Conforme escólio de Mankiw: “The management of society’s resources is important because resources are scarce. Scarcity means that society has limited resources and therefore cannot produce all the goods and services people wish to have. Just as each member of a household cannot get everything she wants, each individual in a society cannot attain the highest standard of living to which she might aspire”. (MANKIW, Gregory N. *Principles of economics*. 8. ed. Boston: Cengage Learning, 2018. p. 4)

26 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1064/01*. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#_ftnref24. Acesso em: 5 jun. 2020.

Os diplomas normativos que resguardam, *e.g.*, o direito à “busca da felicidade” (“the pursuit of happiness”), prometida tanto na Declaração de Direitos da Virgínia (1776)²⁷ quanto na Constituição do Japão (1946)²⁸, ou que asseguram o direito de “toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille” – e o plexo de garantias que isso implica²⁹ –, o fazem tendo como pressuposto lógico necessário a existência de mecanismos financeiros à sua implementação.

Nessa perspectiva, são, no mínimo, inconsequentes³⁰ as decisões que, *v.g.*, interferem em políticas públicas para garantir determinado tratamento ou medicamento a alguém³¹, sem elucidar – já que assumida uma agenda de ingerência – a sua fonte de custeio, como se o orçamento fosse um “poço sem fundo”. A honestidade imporá esclarecer que determinado indivíduo terá o *seu* direito individual à saúde preservado, às custas do cancelamento de alguma campanha de vacinação, da não aquisição de uma ambulância para determinada comunidade, da diminuição da oferta de medicamentos da lista da Anvisa, etc. Sem isso, há apenas populismo judicial. Pior, ainda, é desacreditar uma premissa tão comezinha: essencialmente, há pouca ou nenhuma diferença entre essa credence e a noção de realidade de uma criança que chora em frente à loja de brinquedos por querer todos eles, ignorando a limitação financeira de seus pais.

Portanto, as regras jurídicas – e, bem assim, as interpretações judiciais que lhes delimitam o sentido e o alcance – não podem dar as costas para a realidade, garantindo aquilo que deveras não são capazes de assegurar. “The legal acts may not require the impossible (‘lex non cogit ad impossibilia’)”³². “O Direito

27 EUA. *The Virginia Declaration of Rights*. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 5 jun. 2020.

28 “Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.” (JAPÃO. *The Constitution of Japan*. Promulgated on November 3, 1946. Disponível em: <https://japCoan.kantei.go.jp>)

29 Como o direito à alimentação, ao vestuário, à moradia e ao aprimoramento das condições existenciais, conforme art. 11 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NATIONS UNIES. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 5 jun. 2020)

30 Abstraido, por força do recorte metodológico, o debate acerca da legitimidade dessa usurpação de competência legislativa.

31 Gouvêa afirma que o discurso sobre direitos humanos sobre apropriação pelos mais abastados, que detêm mais acesso à informação, recursos para custeio de advogados e capacidade de influência em decisões judiciais, ou seja, na prática, a retórica de proteção torna-se uma ferramenta de transferência inversa de renda, em detrimento dos mais pobres entre os mais pobres. (GOUVÊA, Carlos Portugal. Social rights against the poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 7, 4/2013, p. 454-475)

32 LITUÂNIA. Constitutional Court of the Republic of Lithuania. *Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05-17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03*. 20 April 2010.

não é um fim em si mesmo, mas decerto um processo dinâmico com finalidades sociais”. Assim, “as decisões judiciais devem ser avaliadas relativamente à sua potencialidade de resolver e pacificar conflitos reais, (...) maximizando a normatividade do ordenamento jurídico e promovendo o bem-estar social, sem que o magistrado possa se descuidar dos limites de sua própria função e do problema da capacidade institucional”³³.

As leis que versam sobre direitos fundamentais não são cartas de boas intenções. São mandamentos de otimização cujo cumprimento é mandatório. Sob esse ângulo, o juiz torna-se um dos personagens “da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supraindividuais”³⁴ em situações de excepcionalidade, na medida em que pode conformar a interpretação/aplicação das regras às circunstâncias do caso”³⁵. “A Constituição é um documento vivo, em constante processo de significação e de ressignificação, cujo conteúdo se concretiza a partir das valorações atribuídas pela cultura política a que ela pretende ser responsiva”. Ademais, suas “valorações são mutáveis, consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, o que repercute diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico, e vice-versa”³⁶. Mesmo em países como a Alemanha, onde o artigo 97 da Lei Fundamental³⁷ prescreve que o juiz está vinculado apenas à lei, “essa vinculação deve ser entendida como ao Direito”³⁸.

Para essa missão, “a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas”, porque as leis “são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes” e “para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método”³⁹ de avaliação da eficiência. Não se trata, por óbvio, de fixar na Economia uma condicionante absoluta das soluções jurídicas, mas de contar com um aparato eficaz para que “o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instru-

33 FUX, Luiz. Prefácio da obra de: MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

34 CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 49.

35 Aristóteles constrói uma metáfora com a “Régua de Lesbos” ao vaticinar: “tal como essa régua não é rígida, podendo ser flexibilizada ao formato da pedra, um decreto especial é feito para se ajustar às circunstâncias do caso” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 173).

36 FUX, Luiz. *Op. cit.*

37 ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Art 97. (1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_97.html.

38 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

39 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

mentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos⁷⁴⁰.

São muitas as críticas a esse tipo de abordagem, desde a afirmação (rasa) de que tudo não passa de um estratagema para satisfazer uma agenda orçamentária – “una artificiosa invenzione, supportata da argomenti retorici finemente esposti ma palesemente strumentali, una invenzione volta all’appagamento delle esigenze facenti capo alla crisi, assiomaticamente poste quali punti di partenza e di arrivo dei ragionamenti dei giudici”⁷⁴¹ – até a asserção (verdadeira) de que os juízes não possuem formação para elaborar prognósticos econômicos⁷⁴².

O problema, entretanto, é que ela é inescapável. Negar as inevitáveis limitações a que está sujeito o Direito, desprezar as consequências econômicas de uma decisão ou suas projeções econométricas é flertar com uma realidade paralela, na qual o elemento volitivo basta – *per se* – para que as determinações judiciais sejam viáveis. Esse devaneio mortifica a hermenêutica, deteriora a exegese, frustra os escopos do Direito e corrompe o próprio Contrato Social, porquanto “o soberano (...) não pode impor aos súditos nenhum grilhão inútil à comunidade; nem mesmo pode querê-lo; pois sob a lei da razão nada é feito sem causa, do mesmo modo que sob a lei da natureza”⁷⁴³. Pela sua origem e função, “la interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado responda a las realidades nacionales”⁷⁴⁴.

Conforme mencionado alhures, não é uma tarefa simples. A própria definição dos lindes em que o julgador se mantém para não atravessar a fronteira da separação harmônica de Poderes causa bastante polêmica. A autocontenção no emprego de conceitos indeterminados⁷⁴⁵, como, por exemplo, o de “razoa-

40 POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 621-622.

41 RUGGERI, Antonio. *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali*: con specifico riguardo alla materia pensionistica. *Dirittifondamentali.it* – Fascicolo 1/2017

42 A admoestação veio da Suprema Corte brasileira, nos seguintes termos: “Os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico” (STF, *RE 565.089/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio, 25 set. 2019).

43 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 40.

44 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1064/01*. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#_ftnref24. Acesso em: 5 jun. 2020.

45 Sintomático desse problema é o fato de a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) ter seu preocupado especificamente com decisões desse jaez, delas exigindo que: “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

bilidade”, exige policiamento constante – diante de seu alto grau de abstração –, pois, de acordo com a Suprema Corte do Canadá, o que é razoável variará de acordo com o contexto, levando em consideração a natureza do interesse violado e o esquema legislativo que se pretende implementar⁴⁶.

Preocupa, outrossim, na valoração judicante a respeito da interpretação e aplicação de regras jurídicas a questão informacional, notadamente em uma quadratura histórica pautada por “pós-verdades” e *fake news*⁴⁷. Basta uma pequena imperfeição nos dados para gerar profundo impacto no equilíbrio e contaminar todas as enunciações decisórias⁴⁸.

No campo deontológico, necessário orientar as decisões de modo a não reificar o ser humano, fim em si mesmo que é⁴⁹, a partir da ideia de que os seus direitos fundamentais compõem estruturas básicas de cidadania que são a expressão jurídica de um sistema de valores que constituem o fundamento jurídico da ordem e da paz social, como assentou o Tribunal Constitucional da Espanha⁵⁰.

São muitos e intrincados, enfim, os obstáculos a debelar para erigir as diretrizes mínimas de uma “jurisprudência de crise” e seus limites epistêmicos, que serão detalhados nos capítulos subsequentes, com o objetivo de contribuir para um debate tão importante e atual.

46 No original, lê-se: “What is reasonable will vary with the context, regard being had to the nature of the interest infringed and the legislative scheme sought to be implemented” (CANADÁ. Supreme Court of Canada. *R v Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 713. Disponível em: <https://app.justis.com/case/r-v-edwards-books-and-art-ltd/overview/c4KdoWGto1Wca>. Acesso em: 5 jun. 2020).

47 SHU, Kai *et al.* Fake news detection on social media: a data mining perspective. *ACM SIGKDD Explorations Newsletter*, v. 19, n. 1, Sep. 2017, p. 22-36. <https://doi.org/10.1145/3137597.3137600>.

48 “Even a small amount of information imperfection could have a profound effect on the nature of the equilibrium.” (STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, v. 92, n. 3, p. 460-501, Jun. 2002)

49 Consoante o imperativo categórico kantiano: “O ser racional existe como fim em si, como um valor absoluto, e não como meio para outros fins, como um valor relativo (a estes outros fins). Pela autonomia, isto é, por se submeter à lei moral dada por si próprio, é que o ser racional torna-se uma pessoa, que não possui preço, mas ‘um valor absoluto’, uma ‘dignidade’” (KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004).

50 “Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, como dice el art. 10 de la C.E., el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’.” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso prévio de inconstitucionalidade. *Sentença 53/1985*. Publicado em 18 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.boe.es>)

3 – Limites epistêmicos e métodos de avaliação das legislações de urgência

Falar em jurisprudência de crise pode parecer um desatino a conduzir o leitor a um percurso disparatado. As razões para isso são óbvias. Espera-se, tanto aqui, em terras de *civil law*, quanto acolá, em países de tradição de *common law*, que a jurisprudência seja estável⁵¹, bastante a gerar legítimas e fundadas expectativas de que determinada eleição comportamental está a se compaginar com as ordenanças do Poder Judiciário. Nessa senda, o estado de crise, com aptidão de atacar o Estado, enquanto prestador e fomentador de políticas públicas, não teria, *a priori*, o condão de desestabilizar sua sólida jurisprudência, que se manteria íntegra e estável⁵².

No entanto, o mesmo dilema das ciências econômicas aparece no âmbito das ciências sociais, a exigir, diante da finitude de recursos, a eleição de soluções menos drásticas, com vistas a preservar, o quanto possível, o núcleo essencial dos direitos fundamentais⁵³. A atual crise pandêmica serve de exemplo e a autenticidade de suas características exige do Direito uma postura equilibrada e intermediária, sem excesso de rigidez, a ponto de ignorar a realidade estampada em seus olhos; sem ilimitada flacidez, a ponto de convalidar qualquer peripécia engendrada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, a divisa entre o estado de legalidade e o estado subversivo é de pouca espessura e, por ora, não existem soluções prontas e acabadas a desanuviar o caminho. A utilização de princípios e conceitos jurídicos indeterminados pode atender a um e a outro, a depender da enunciação decisória eleita. Em referência ao Tribunal Constitucional português, Novaes anota que a Corte, a orientar-se pelo pronunciamento de uma não inconstitucionalidade da intervenção restritiva, “recorre a uma plêiade de fuga (...)”⁵⁴. Esses subterfúgios podem pendular para o despautério,

51 O art. 926 do CPC/2015, sobre a questão, expressamente vaticina, em tons mandamentais, que: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

52 Por crise, na concepção de Antônio Casimiro Ferreira, entende-se a situação de excepcionalidade, ou seja, quando um fato, ou uma série de fatos, desencadeiam a alteração lógica costumeira de determinada sociedade. Essa mudança pode se dar no âmbito do Direito, da Economia, das instituições morais, a depender do tipo de excepcionalidade enfrentada. In: FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempos de crise. Trabalho em funções públicas de crise: que direito(s)? *Ata da I Jornada de Direito do Emprego Público*. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013. p. 54.

53 Não se desconhece, é certo, a crítica de Jorge Reis Novais à tese do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo em conta que, “pese embora o sucesso da fórmula e a sua invocação frequente, a garantia do conteúdo essencial não desempenha, hoje, qualquer papel autônomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efectivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais”. Para maior aprofundamento, que não cabe no presente texto, ver: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 786.

54 NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 793.

tal como em *Korematsu v. United States*⁵⁵, caso no qual, a pretexto de proteção da segurança nacional, legitimou-se uma política segregacionista claramente contrária ao Direito, sob a justificativa de que “the power to protect must be commensurate with the threatened danger”⁵⁶.

De outro, pode pendular para um razoável – malgrado questionável – equilíbrio, a despeito da intervenção restritiva a direitos e garantias fundamentais⁵⁷. Portugal mesmo serve de exemplo. Como decorrência da crise financeira impulsionada pela queda dos *Lehman Brothers*, no ano de 2008, o Estado lusitano, entre os países severamente afetados do globo, firmou acordo conjunto com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, assumindo o compromisso de redução do *déficit* orçamentário público. Nesse diapasão, a Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2011 (Lei nº 55-A/2010), em seus arts. 19, 20 e 21, propôs a redução dos vencimentos do funcionalismo público, incluindo os ocupantes dos cargos de Presidente da República, Primeiro-Ministro, Deputados da Assembleia da República, Juízes do Tribunal Constitucional, bem como toda a magistratura nacional e membros do Ministério Público. Inconformados com a medida, alguns deputados federais questionaram sua validade, instando o Tribunal Constitucional a pronunciar-se. Fosse pela sólida jurisprudência cimentada pela Corte, já se sabia, de antemão, o desfecho da peregrinação processual, a dar ao ato legislativo a pecha da reprovação⁵⁸. Todavia, para a surpresa dos

55 323 U.S. 214, 219-20 (1944). Em resposta ao ataque japonês à Pearl Harbor, durante a Segunda Guerra Mundial, o governo dos Estados Unidos decidiu exigir, por alegada necessidade de preservar a segurança nacional, que os nipo-americanos residentes na costa-oeste se mudassem para campos de realocação. O Presidente Franklin Roosevelt assinou a Ordem Executiva 9066 em fevereiro de 1942, dois meses após o incidente. Fred Korematsu, um nipo-americano que vivia na cidade de San Leandro, preferiu permanecer em sua residência, rebelando-se contra a ordem emanada. Por isso, foi recolhido à prisão e, posteriormente, condenado. A seguir, trecho da *opinion* de Justice Black: “(...) We uphold the exclusion order (...). In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens. But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier. Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direst emergency and peril, is inconsistent with our basic govern. But when, under conditions of modern warfare, our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger”. O voto divergente, encaminhado por Justice Murphy, mais lúcido do que a maioria, acusou a Corte de ter sido “arroubada pelo racismo”. E acrescentou: “(...) no immediate, imminent and impending public danger could justify such a racially motivated restriction?”.

56 323 U.S. 214, p. 219-20 (1944).

57 Entre os autores que defendem a validade da medida restritiva, ver: DRAY, Guilherme Machado. O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, jan./set. 2015.

58 Assim restou decidido nos acórdãos ns. 303/90; e 141/02, referentes, em ordem cronológica, à Lei do Orçamento do Estado de 1989, que determinou a redução salarial dos vencimentos de um conjunto de

autores e de muitos outros acadêmicos e juristas, o resultado inusitado, em uma compreensão do estado de excepcionalidade experimentado pelo país, inclinou sua conclusão para a constitucionalidade das normas que implicavam a redução salarial. Entre as razões apresentadas, o Tribunal Constitucional reforçou o caráter temporal da medida, válida para atender a um estado de crise agudo, transitório e excepcional, a demandar o sacrifício do direito à irredutibilidade salarial frente à prossecução do interesse público em reequilibrar as contas do Estado e alavancar sua economia⁵⁹.

Portanto, no juízo de ponderação de valores, naquela ocasião excepcional, conferiu-se maior densidade ao interesse público, pese embora custasse a imolação dos princípios da proteção à confiança e segurança jurídica, tão caros ao Estado Democrático de Direito⁶⁰, além de quebra de direitos individuais expressamente protegidos. Aliás, a eleição drástica foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional que, em referência ao princípio da proteção à confiança, em sinal de reconhecimento, pontuou que “as reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas”⁶¹. Por sua vez, na linha de argumentação jurídica adotada pela decisão, preservou-se o princípio da proporcionalidade, já que a redução dos vencimentos não só se apresentou idônea, como, sobretudo, necessária em face da crônica crise econômica. No que concerne ao princípio da igualdade, enfatizou-se que o agente público não se nivela ao particular e, nessa qualidade, pode sofrer o contingenciamento dos seus ganhos, raciocínio inaplicável na esfera privada, prevalecendo o princípio da irredutibilidade salarial. E, por fim, destacou a natureza excepcional e tran-

professores e à Lei do Orçamento do Estado de 1992, a qual, ao fixar o limite máximo do vencimento do Primeiro-Ministro, implicou, em alguns casos, na redução salarial de determinados funcionários ocupantes de cargos públicos.

59 Excerto do acórdão nº 396/2011. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 22 maio 2020.

60 Em comentário ao acórdão, Dray pondera que se está diante de uma “redutibilidade salarial condicionada no que diz respeito à atuação do legislador ordinário: por um lado, o legislador pode diminuir a retribuição dos trabalhadores, por via legislativa, desde que tal redução obedeça a critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade e não afete o princípio da igualdade; por outro lado, essa diminuição salarial não pode pôr em causa, mesmo em um contexto de emergência e de grave crise econômica, o direito a uma sobrevivência minimamente condigna, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Este último princípio, na sua projeção laboral, consubstancia-se precisamente, nos termos acima assinalados, no princípio da proteção ao trabalhador.” In: DRAY, Guilherme Machado, *op. cit.*, p. 184.

61 Excerto do acórdão nº 396/2011. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 22 maio 2020.

sitória da medida, com o escopo de atender à situação anômala experimentada pela nação lusitana⁶².

A propósito desse rol epistêmico, em Lituânia, a Suprema Corte também se posicionou a respeito do natural e característico confronto travado entre a edição de medidas regulatórias ajustadas para o enfrentamento de circunstâncias desordenadas e a restrição a direitos e liberdades constitucionalmente assegurados. A decisão, sobre a validade de norma promotora de redução de pensionamentos e vencimentos do funcionalismo público, declara, minudentemente, que, em razão de um cenário de crise econômico-financeira de grande repercussão, permite-se o contingenciamento de direitos e liberdades fundamentais, entre eles, o direito de receber um salário justo pelo trabalho prestado, observadas, no entanto, as seguintes condicionantes: (i) implementação mediante ato legislativo emanado de autoridade representativa da soberania popular; (ii) sejam as restrições levadas a cabo em uma sociedade democrática; (iii) haja a preservação da natureza e da essência dos direitos afetados; (iv) seja guiada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, traduzido em coluna do Estado de Direito; (v) esteja a lei em conformidade com os objetivos legítimos aspirados pela sociedade, e, por fim, (vi) seja a restrição necessária e na medida do necessário para o alcance do fim colimado⁶³.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi inundado de ações fiscalizatórias de constitucionalidade, questionando a validade da antiga Medida Provisória nº 927/2020⁶⁴, que autorizava empregadores a adotarem medidas de urgência em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia causada pela covid-19⁶⁵. Ainda em análise, mas cujo objeto se

62 Essa mesma linha argumentação foi utilizada pela Corte Constitucional colombiana, ao tempo da edição da Lei nº 628 de 2000, a qual inaugurou “El Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31º de 2001”. Entre as medidas adotadas, promoveu a perda substancial do padrão remuneratório, a despeito da manutenção do salário nominal. Por sua vez, a Corte Constitucional, justificada pela conjuntura econômica adversa por que passava o país, declarou a constitucionalidade da norma, sob os seguintes fundamentos: (...) ha de tenerse presente que los criterios anteriormente resumidos comportan una limitación, del derecho de los servidores públicos ubicados en las escalas salariales superiores, que es de carácter temporal mientras subsista la actual coyuntura económica y social. Esto, en la medida en que corresponde a la vigencia fiscal de 2011 comprendida por la ley demandada y en que resulta de interpretar la Carta teniendo en cuenta el contexto real del país”. Disponível em Corte Constitucional da Colômbia; Sentencia C – 1064/01. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.br. Acesso em: 26 maio 2020.

63 *Constitutional Court of the Republic of Lithuania*. Cases n. 41/2000 et al. 20 de abril de 2010.

64 A MP nº 927/2020, em razão da inércia do Poder Legislativo, caducou em data de 19.07.2020.

65 São elas: ADI 6.342; ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista; ADI 6.344, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; ADI 6.346, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos; ADI 6.348, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro; ADI 6.349, Partido Comunista do Brasil, Partido Socialismo e Liberdade e Partido dos Trabalhadores, conjuntamente; ADI 6.352, ajuizada pelo Partido Solidariedade; e ADI 6.354, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria.

perdera, o Ministro-Relator Marco Aurélio, por ocasião do pronunciamento de seu voto, anunciou que inexistia norma a transgredir o espírito constitucional, na medida em que “(...) visou atender uma situação emergencial e preservar empregos, a fonte do sustento dos trabalhadores que não estavam na economia informal”. Prosseguiu dizendo que: “o Presidente da República pode e deve atuar provisoriamente nos campos das relações de trabalho, (...) não cabendo atuar com açodamento, sob pena de aprofundar-se, ainda mais, a crise aguda que maltrata o país”, em referência à necessidade de aguardar-se a posição definitiva do Poder Legislativo⁶⁶.

Como se vê, todas essas arestas, desacompanhadas de certo objetivismo, podem servir a “dois senhores” simultaneamente⁶⁷. Os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança, da proporcionalidade e razoabilidade são divisas a dirigir o trabalho judicial, mas, sozinhos, não solucionam o dilema. Na intrincada relação entre meios e fins, cabe ao operador do direito, ao longo do processo investigativo de validade do texto de lei de urgência, verificar se a medida adotada é justificada pelo fim que se quer alcançar. Não é tarefa fácil. Já se viu em *Korematsu* que a realocação da população nipônica não impediria e nem dificultaria a comunicação de possíveis detratores. Ainda assim, conferiu-se maior densidade à segurança nacional para se avaliar ato subversivo e autoritário. Por outro lado, em Portugal, há corrente que defende o esforço para o ajustamento das contas públicas, a justificar o contingenciamento do direito à irredutibilidade salarial. Na primeira hipótese, os fins não justificaram os meios. A lógica, em Portugal, foi inversa, no sentido de que os fins justificaram os meios validamente empregados⁶⁸, por isso a insistência de Holmes, em *Block v. Hirsch*, ao advertir que: “(...) the private may be affected with a

66 Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 maio 2020. O Poder Legislativo, em vista da MP nº 936/2020, já cumpriu seu papel constitucional, sendo a Lei nº 14.020/2020, que estabelece o Programa Emergencial do Emprego e da Renda, sancionada em 06.07.2020.

67 Livro de Mateus, 6:24: “Ninguém pode servir a dois senhores; pois odiará um e amará o outro, ou se dedicará a um e desprezará o outro (...)”.

68 Em duras críticas à necessidade e adequação da medida legislativa, pondera Hespanha que nada mais é do que a figuração de “uma posição formalista, orientada para a titularidade do poder de ponderação de interesses”. (HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico – crise, Direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Org.). *A crise e o direito*. Almedina: Lisboa, 2013. p. 116). No mesmo sentido o alerta de Alexandrino, ao pontuar que o “Tribunal Constitucional, por um lado, não revelou um suficiente compromisso com o texto da Constituição, que em muitas destas decisões esvaziou ou ignorou, preferindo o tortuoso caminho da Constituição *prima facie*; por outro lado, não deixou de nos empurrar para o desolador desfecho da sobrecarga fiscal – induzida pelos estrangimentos exteriores, omnipresente nas soluções políticas sucessivamente apresentadas desde 2010, mas resultante afinal também do injustificado esvaziamento jurisdicional das garantias constitucionais do contribuinte” (ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência de crise. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto: Coimbra, n. 11, 2014. p. 165).

public concern, allowing governmental action otherwise not considered”⁶⁹. Mas isso não responde ao principal questionamento que urge levantar: quais são os parâmetros de validade do ato legislativo que impõe intervenção restritiva a direitos e garantias fundamentais? Até agora, a invocação de axiomas principiológicos apenas constituiu instrumento argumentativo em branco, o qual funciona como tópico fundamentador de uma decisão, a significar que as Cortes já *pré-compreenderam* e *pré-elegeram* o resultado, sem que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais desempenhasse algum papel decisivo na solução encontrada⁷⁰.

Sugere-se, então, a esta altura, o auxílio do método investigativo conhecido por *strict scrutiny*, gestado e desenvolvido ao longo da história constitucional norte-americana, com o propósito de salvaguardar os direitos das minorias em face de indevidas interferências de autoridades públicas, e cujas bases podem servir de anteparo para a construção de um mecanismo avaliativo das legislações de urgência, agregando aos limites epistêmicos já mencionados maior objetividade.

3.1 – O método *strict scrutiny* e sua contribuição para a conformação de teste avaliativo de leis restritivas a direitos fundamentais

A Constituição, como lei suprema de uma nação, de vasto conteúdo simbólico e ideológico, presta-se como filtro hermenêutico de avaliação das legislações de urgência. Ela própria contém boa parte da normatividade para administrar certas crises, como o estado de sítio, ou, então, a implementação de políticas flexibilizatórias, entre elas, a redução de vencimentos e jornada de trabalho, em ordem a preservar a empregabilidade e minorar os impactos econômicos e sociais.

Destarte, sujeita-se aos métodos interpretativos, cujo resultado normativo poderá oscilar de geração para geração, de tempos em tempos. Nesse movimento dialógico, aparece a jurisprudência não só como caudatária da função interpretativa, mas, sobretudo, como meio evolutivo da legislação em si, dando-se conta da complexidade das relações existentes no meio social, de determinada região, em determinada época. Em paralelo, compreende e apreende situações de crise no processo de conformação jurídica de certo período excepcional e

69 256 U.S. 135 (1921).

70 CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249823.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

transitório, sem perder de vista que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁷¹.

Ao longo desse trabalho hermenêutico, nada impede que construtos teóricos do direito comparado possam lhe servir de subsídio. O art. 8º da CLT é expresso em mencioná-los, ombreando-os às demais fontes do direito, como a jurisprudência, a analogia e os costumes. O peso do direito comparado não vem de agora. Já continha previsão na Lei da Boa Razão. A propósito, o art. 386 do Decreto nº 848/1890, responsável pela organização da Justiça Federal brasileira, indicava que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”. A jurisprudência do STF, no início da República, também foi construída com o uso de marcos jurídicos norte-americanos, a exemplo do HC 3.539, de relatoria do Ministro Pedro Lessa, julgado em 1914 e impetrado pelo então Senador Ruy Barbosa. Isso se repete até os dias atuais. A extinção do financiamento compulsório sindical, por exemplo, que contou com a chancela da Corte Suprema, citou, em seu acórdão, o precedente fixado em *Janus* pela Suprema Corte norte-americana⁷². E isso se justifica, porque, na pesquisa do direito estrangeiro, há possibilidade de se encontrar um farto manancial aproveitável para compreensão e aplicação do direito nacional. Não se trata de importar institutos em sua integralidade, tarefa praticamente hercúlea e fadada ao insucesso, pois que frutos de uma história constitucional diversa, deitada em raízes jurídicas de distintas linhagens. Mas a essência pode ser compreendida e integrada à práxis, se orientada para imprimir maior efetividade e segurança jurídica.

No respeitante às legislações de urgência, para enfrentamento de situações anômalas, a exemplo da crise ocasionada pela rápida disseminação da covid-19, a avaliação de sua validade deve passar por um escrutínio mais rigoroso, em razão da afetação de direitos e garantias fundamentais. Ordens de isolamento social e de quarentena, emitidas por autoridades municipais, estaduais e federais, implicam a intervenção restritiva do direito à liberdade, do direito à propriedade, do direito ao lazer, entre outros tantos afetados pelas medidas sanitárias adotadas na maior parte do globo.

Aparece, neste ponto, a necessidade de se dialogar com a experiência norte-americana na averiguação de validade de leis, federais e estaduais, que interferem restritivamente nos direitos conformadores da *equal protection*

71 Art. 5º da LINDB.

72 585 U.S. ____ (2018).

clause, a receber o nome de *strict scrutiny*. Trata-se de fórmula rascunhada pelo Poder Judiciário, amplamente aceita, com vistas a assegurar a implementação de valores constitucionais, eleitos pela sociedade como vitais para a sanidade da democracia. Inicialmente vocacionado para a proteção dos direitos consagrados nas Quinta e Décima Quarta Emendas Constitucionais, o método *strict scrutiny* consiste no teste avaliativo a que estão sujeitos os atos legislativos restritivos a direitos e garantias constitucionais, entre eles, a igualdade de tratamento por motivo de raça, origem e religião⁷³, condicionada a constitucionalidade ao atendimento a um interesse governamental de grande peso e envergadura, sem o qual se poderia ocasionar efeitos deletérios à ordem social, política e jurídica⁷⁴.

Sua gênese remete ao ano de 1938, ao tempo do julgamento de *United States v. Carolene Products*⁷⁵, mais conhecido pela nota de rodapé nº 4 do que pela decisão em si. Stone, pela primeira vez, fez referência à necessidade de proteção dos direitos das minorias, a demandar maior rigor investigativo na validade de leis que permitem seu contingenciamento⁷⁶. A doutrina consolidou-se mais tarde, por ocasião das leis raciais⁷⁷. O refinamento, por sua vez, aconteceria já na década de 60, em *Shapiro v. Thompson*⁷⁸, momento em que a Suprema Corte, ineditamente, sustentou que “all classifications bearing on the distribution of fundamental rights trigger strict scrutiny”⁷⁹. Brennan, redigindo pela Corte, destacou que “any classification which serves to penalize the exercise

73 Em *Johnson*, 543 U.S., p. 505, a classificação foi levada a efeito com base em critérios raciais; por seu turno, em *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, p. 371-72 (1971), a seletividade foi operada em razão da origem.

74 “Statutes will be pronounced unconstitutional unless they are necessary or narrowly tailored to serve a compelling governmental interest”. (FALLON, Richard H. Jr. *Strict judicial scrutiny*. *UCLA Law Review*, v. 54, n. 5, June 2007. p. 1273)

75 304 U.S. 144 (1938).

76 Reproduz-se, a seguir, a integralidade da nota de rodapé nº 4, pela sua pertinência: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. 304 U.S. 144, p. 152, n. 4 (1938) (citações omitidas).

77 A exemplo de *Brown v. Board of Education of Topeka*, 163 U.S. 537 (1896).

78 394 U.S. 618 (1969).

79 394 U.S. 618 (1969), p. 634.

of a fundamental constitutional right, unless shown to be necessary to promote a compelling governmental interest, is unconstitutional”⁸⁰.

Doravante, como observado por Fallon, o método *strict scrutiny* assumiu sua moderna abordagem: para satisfazer o escrutínio mais rigoroso, a autoridade governamental necessita demonstrar um interesse público de grande envergadura, inexistindo outro meio, menos invasivo, a alcançar o fim desejado⁸¹. São, portanto, elementos do *strict scrutiny*: (i) identificação do direito ou interesse fundamental a ser contingenciado pelo ato normativo; (ii) verificação de sua adequação e necessidade, e (iii) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição ao exercício do direito constitucionalmente protegido.

A se referir às medidas legislativas de urgência, na medida em que interfiram diretamente no gozo e no exercício de direitos fundamentais, a base teórica do *strict scrutiny* poderia servir de anteparo para a depuração e o aprimoramento ao atual estado da técnica, à míngua de precedentes fáticos que tenham se debruçado sobre o tema em uma conjuntura tão delgada. Nessa senda, dentro de uma lógica comparativa entre os vetores principiológicos existentes, ordinariamente invocados, e as exigências do método norte-americano, poder-se-iam catalogar os limites epistêmicos segundo o rol a seguir assinalado: (i) caráter temporário e excepcional da medida, pois que visa a atender ao enfrentamento de situações de crise; (ii) identificação do direito ou interesse fundamental a ser afetado pelo ato legislativo; (iii) verificação de sua adequação e necessidade (a que recebe o nome, nos países romano-germânicos, de princípio da proporcionalidade); (iv) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição do direito constitucionalmente protegido, cujo ônus recai sobre o ente público. Atendidas as premissas do teste avaliativo, a lei estaria a salvo de reprovação pelo Poder Judiciário. O filtro, em *ultima ratio*, presta-se a evitar o exagero da máxima ciceriana de que em tempos de guerra, a lei se cala (*inter arma, silente legges*)⁸².

80 394 U.S. 618 (1969), p. 634.

81 “(...) Strict scrutiny had assumed its modern doctrinal form: to satisfy strict scrutiny, the government must demonstrate a compelling interest, and it must further show that a challenged statute or regulation is either necessary, narrowly drawn, or narrowly tailored to protect that interest.” (FALLON, Richard H. Jr. *Strict judicial scrutiny*. *UCLA Law Review*, v. 54, n. 5, June 2007. p. 1283)

82 Entre os filósofos morais, acredita-se amplamente que alguns direitos têm *status* moral ou ontológico, enraizados em respeito ao ser humano, a proibir sua violação apenas para promover alguma utilidade, alcançar boas consequências ou evitar certos malefícios. De outra banda, importantes filósofos deontológicos reconhecem que, mesmo os direitos dotados do mais alto nível de relevância, não são imantados de indisponibilidade absoluta, mas, do contrário, permitem exceções para as hipóteses de caos ou catástrofe de qualquer ordem. Para maior aprofundamento, ver: FRIED, Charles. *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University, 1978; DWORKIN, Ronald. *The rights of myrom farber*. 3. ed. New York: New York Review of Books, 1978.

Nesse contexto, o ato legislativo editado para atender a uma situação de emergência, afilitivo a direito fundamental de singular realce, somente teria sua validade confirmada se, além de adequado, fosse necessário, inexistindo meio alternativo igualmente eficaz e menos invasivo, com vistas a satisfazer um interesse governamental demasiado relevante, cuja inércia avalizaria uma situação irremediavelmente catastrófica. No final das contas, o método em si nada mais é que uma extensão da arquitetura constitucional projetada. Em suas funções democraticamente catalogadas, os demais Poderes devem prezar pelo respeito e preservação dos direitos fundamentais, só se valendo de medidas restritivas quando vitais para a sanidade da democracia e preservação do bem comum. A diferença é que se confere maior objetividade no processo de investigação. As Cortes Constitucionais, concebidas por Häberle como “Tribunais Constitucionais de Alternativas”⁸³, institucionalizam o caminho para alternativas possíveis e necessárias a exigir “del juez constitucional una vinculación a la razonabilidad (Zwang zur Rationalität), como garantía de un proceso democrático estable”⁸⁴.

4 – Conclusão

Em vista do exposto ao longo do texto, podem-se tecer as seguintes considerações conclusivas:

(i) Tais e quais as carências da economia, a demandar a eleição de soluções drásticas, frente às necessidades sociais, essencialmente infinitas, o Direito enfrenta semelhante dilema, ainda que essa percepção, no plano discursivo, por vezes, revele um panorama contrário.

(ii) A escassez de recursos é potencializada pelas situações de crise, na medida em que atacam o Estado no seu papel de promotor de políticas públicas. A política de enfrentamento de seus efeitos, em regra, é acompanhada de legislações de urgência restritivas a direitos e garantias fundamentais.

(iii) Na medida em que interferem restritivamente na esfera de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, as legislações de urgência necessitam de maior rigor na avaliação de sua validade. Por isso, em substituição à utilização pura de valores jurídicos abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, perscruta-se a construção de um anteparo teórico, inspirado na metodologia

83 HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado – B.O.E; 1994.

84 CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249823.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

do *strict scrutiny*, para melhor investigar o conteúdo das legislações editadas para o enfrentamento de situações de crise.

(iv) Os limites epistêmicos, próprios à investigação da constitucionalidade de medidas afitivas a direitos fundamentais, poderiam ser desse modo catalogados: (a) caráter temporário e excepcional da medida, já que tem por escopo o enfrentamento de situações de crise; (b) identificação do direito ou interesse fundamental a ser restringido pelo ato legislativo; (c) verificação de sua adequação e necessidade (relação entre os meios e os fins); (d) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição do direito constitucionalmente protegido.

5 – Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce A. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, p. 713-746, February 1985.

ACKERMAN, Bruce A. Liberating abstraction. *The University of Chicago Law Review*, n. 59, p. 317-348, 1992.

ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência de crise. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, Coimbra, n. 11, p. 159-165, 2014.

ANDORNO, Roberto. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? *Revue Générale de Droit Médical*, n. 16, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARANGER, Denis. *Penser la loi: essai sur le législateur des temps modernes*. Gallimard, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Elogio della mitezza e altri scritti morali*. Il Saggiatore: Milano, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: Norton & Company, 1978.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249823.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DRAY, Guilherme. O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, jan./set. 2015, p. 155-188.

DWORKIN, Ronald. *The rights of Myrom Farber*. 3. ed. New York: New York Review of Books, 1978.

DOCTRINA

EPSTEIN, Lee *et al.* The Supreme Court during crisis: how war affects only non-war cases. *New York University Law Review*, v. 80, n. 1, p. 1-116, April 2005.

FALLON, Richard H. Jr. Strict judicial scrutiny. *UCLA Law Review*, v. 54, n. 5, p. 1267-1338, June 2007.

FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempos de crise. Trabalho em funções públicas de crise: que direito(s)? *Ata da I Jornada de Direito do Emprego Público*. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013.

FRIED, Charles. *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University, 1978.

GOUVÊA, Carlos Portugal. Social rights against the poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 7, 4/2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado – B.O.E; 1994.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, 13 Dec. 1968, v. 168, n. 3859, p. 1243-1248. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/162/3859/1243>. Acesso em: 5 jun. 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio (1830)*. Texto completo com os adendos orais. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1.

HOFFMASTER, Barry; HOOKER, Cliff. Tragic choices and moral compromise: the ethics of allocating kidneys for transplantation. *Milbank Quarterly*, Sep. 2013, v. 91, n. 3.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LUSKY, Louis. Footnote redux: a carolene products reminiscence. *Columbia Law Review*, v. 82, n. 6, p. 1093-1109, October 1982.

MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANKIW, Gregory N. *Principles of economics*. 8. ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

MELLAN, Thomas A.; HOELTGEBaum, Henrique H.; MISHRA, Swapnil *et al.* *Estimating Covid-19 cases and reproduction number in Brazil*. Imperial College London (08-05-2020), doi: <https://doi.org/10.25561/78872>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 5 jun. 2020.

MÜLLER, Friedrich. *Fundamento da teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais e estruturantes da República portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DOCTRINA

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 4, n. 8, 2007.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

POWELL, Lewis F. Jr. Carolene products revisited. *Columbia Law Review*, v. 82, n. 6, p. 1087-1092, October 1982.

RUGGERI, Antonio. *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali*: con specifico riguardo alla materia pensionistica, *Dirittifondamentali.it – Fascicolo 1/2017*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SACHS, Lori. September 11, 2001: The Constitution during crisis: a new perspective. *Fordham Urban Law Journal*, v. 29, n. 4, p. 1715-1754, April 2002.

SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d'organes? *Raison Publique*, 2012/2 (n. 17).

SCAFF, Fernando Facury. Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 5 jun. 2020.

SEN, Amartya. *Identity and violence: the illusion of destiny*. London: Penguin Books, 2006.

SHAKESPEARE. *Hamlet*. Porto Alegre: L&PM, 2018.

SHU, Kai *et al.* Fake news detection on social media: a data mining perspective. *ACM SIGKDD Explorations Newsletter*, v. 19, n. 1, Sep. 2017.

SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, v. 92, n. 3, Jun. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMAS, Robert. *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

URBANO, Maria Bendita. A jurisprudência da crise no divã – diagnóstico: bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de A.; COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O tribunal constitucional e a crise*. Coimbra: Almedina, 2014.

Recebido em: 28/03/2022

Aprovado em: 02/06/2022