

JURISPRUDÊNCIA DA CRISE: EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E POSSIBILIDADES BRASILEIRAS

CRISIS CASE LAW: PORTUGUESE EXPERIENCE AND
BRAZILIAN POSSIBILITIES

JURISPRUDENCIA DE CRISIS: EXPERIENCIA
PORTUGUESA Y POSIBILIDADES BRASILEÑAS

*“Educar e educar-se em direitos humanos é humanizar-se e pretender humanizar as pessoas e as relações. Isto porque os processos de educação em direitos humanos tomam cada ser humano - desde dentro e por dentro -, em relação com os outros. Ora, educar em direitos humanos é promover a ampliação das condições concretas de vivência da humanidade. Neste sentido, a educação em direitos humanos, mais do que um evento, é um processo de formação permanente, de afirmação dos seres humanos como seres em dignidade e direitos e da construção de uma nova cultura dos direitos humanos (nova institucionalidade e nova subjetividade). Este é o sentido profundo da educação em direitos humanos”.*¹

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Compreendendo a crise contemporânea: Zigmunt Bauman e Carlo Bordoni; 2. Crise como padrão decisório; 2.1 A Jurisprudência da Crise; 2.2 A experiência portuguesa; 3. Importação do fenômeno: a jurisprudência da crise e o STF; Considerações finais; Bibliografia.

RESUMO:

O viver em estado constante de crise e a ausência do poder resolutivo estatal podem ser compreendidos como consequências diretas do enfraquecimento do Estado Social e da dissociação entre as tradicionais características estatais de poder e política. O judiciário surge como último refúgio da coerção e como aquele capaz de delimitar os efeitos sociais das crises contemporâneas. Este trabalho objetiva analisar a experiência portuguesa

Como citar este artigo:
VILLAS BÔAS,
Regina, RODRIGUES,
Camila. Jurisprudência
da crise: experiência
portuguesa e
possibilidades
brasileiras. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 37, 2022,
p. 517-549

Data da submissão:
22/08/2022

Data da aprovação:
25/08/2022

de jurisprudência da crise, identificar críticas ao Tribunal Constitucional português e compreender possibilidades da utilização da crise na fundamentação decisória pela justiça constitucional brasileira. Foram utilizadas as metodologias bibliográfica e documental (jurisprudência) e o método dedutivo.

ABSTRACT:

A constant state of crisis and an absence of a State's resolving power can be understood as direct consequences of a weakened Social State and the dissociated traditional characteristics of power and politics. The Judiciary stands as the last refuge of coercion and as the branch capable of delimit the social effects of contemporary crises. This work aims to analyze the Portuguese experience at crisis case law, identify criticism of the Portuguese Constitutional Court and understand possibilities of using the crisis in decision-making by the Brazilian constitutional justice. Bibliographic and documentary methodologies (case law) and the deductive method were used.

RESUMEN:

Un constante estado de crisis y ausencia del poder resolutivo estatal pueden entenderse como consecuencias directas de un debilitamiento del Estado Social y de la disociación entre características estatales tradicionales: poder y política. El poder judicial aparece como último refugio de coerción y como capaz de delimitar efectos sociales de las crisis contemporáneas. Este trabajo tiene como objetivo analizar la experiencia portuguesa de jurisprudencia de crisis, identificar críticas a la Corte Constitucional portuguesa y comprender las posibilidades de utilizar la crisis en la toma de decisiones de la justicia constitucional brasileña. Utilizadas metodologías bibliográficas y documentales (jurisprudencia) y método deductivo.

PALAVRAS-CHAVE:

Estado de Crise. Justiça Constitucional. Jurisprudência da Crise.

KEYWORDS:

State of Crisis. Constitutional Justice. Crisis Case Law.

PALABRAS CLAVE:

Estado de Crisis. Justicia Constitucional. Jurisprudencia de Crisis.

INTRODUÇÃO

A conceituação de Crise Contemporânea comporta tantos fundamentos e consequências como comporta diversas possíveis perspectivas de análise.

Para a delimitação inicial do conceito de Crise na contemporaneidade, o presente artigo escolhe alinhar-se aos posicionamentos expostos pelos sociólogos Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni em “Estado de Crise”. Busca fornecer um caminho histórico e teórico suficientemente robusto para a compreensão da fundamental diferença entre as crises vivenciadas no século passado e as crises da atualidade.

A partir do desenvolvimento histórico-conceitual e desta diferenciação entre crises anteriores e atuais, realizada por Bauman e Bordoni, se chega a uma conclusão como possível resposta ao questionamento quanto à incapacidade resolutiva do Estado, diante de um contexto crítico. Nesse sentido, de início, o material apresentado pelos sociólogos nos serve de plataforma à identificação de justificadores ao fenômeno da judicialização das consequências da crise e da consequente construção de um padrão decisório fundamentado na crise: a jurisprudência da crise.

Logo a seguir, a segunda seção do trabalho se dedica ao estudo da utilização da “Crise” como padrão decisório. Apresenta a “Jurisprudência da Crise” de maneira geral, sua conceituação, características, possível classificação consoante abordagem escolhida pelas cortes à construção dos padrões decisórios baseados no contexto de crise, e ainda classificação de estratégias decisórias, conforme o grau de sinceridade das cortes. Referido item apresenta como fonte principal de pesquisa o estudo produzido pela autora Andrea Magalhães, que se dedica à pesquisa do pragmatismo jurídico, no contexto da jurisprudência da crise.

A experiência portuguesa e as respectivas críticas são apresentadas nos itens seguintes, destacada a escolha do trabalho por dedicar-se ao material crítico produzido por autores portugueses, no lugar de se deter ao material jurisprudencial, já devidamente analisado, exaustivamente, por aqueles.

A identificação das possíveis falhas e vícios do Tribunal Constitucional português, e sua apresentação prévia ao item de estudo das possibilidades da jurisprudência da crise para o Brasil, objetiva fornecer ao interessado, material crítico necessário à avaliação de como a produção

portuguesa pode auxiliar às necessidades brasileiras.

Por derradeiro, a última seção aprecia as possibilidades de a “jurisprudência da crise brasileira” fazer uso de análises doutrinárias, produzidas por Professores e Ministros do Supremo Tribunal Federal, além de ofertar material jurisprudencial (ADI 1764 e ADI 6363 em face da Medida Provisória 936/2020) que possibilita a identificação, na prática, da Corte Constitucional brasileira e dos elementos elencados por seus ministros, em sede doutrinária.

1. COMPREENDENDO A CRISE CONTEMPORÂNEA: ZIGMUNT BAUMAN E CARLO BORDONI

Em “Estado de Crise” Zigmunt Bauman e Carlo Bordoni (2014, p. 7) exploram o significado e as implicações contemporâneas do termo crise, afirmando que

Bordoni teoriza a crise da modernidade e da pós-modernidade representando o interregno contínuo (um fenômeno limitado no tempo que deixou repercussões no presente), enquanto Bauman propõe novas soluções no quadro da sua teoria da sociedade líquida.

Afirmam (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 7) que a crise, ao menos no contexto da sociedade ocidental, designa “*um sinal de mudança profunda*”, envolvendo não apenas um sistema social, mas também, econômico, tendo nos “*efeitos de longa duração*” uma de suas características..

Ao explorar especificamente a crise do Estado, uma interessantíssima correlação entre a culpabilização da crise e a despersonalização da culpabilidade, afirmando que, ao se atribuir ao ente despersonalizado “Crise”, a culpa por qualquer acontecimento adverso, especialmente no âmbito econômico, ocorre a “*libertação do indivíduo de todo e qualquer envolvimento*” e se “*faz alusão a uma entidade abstrata*” (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 9)

Quanto ao afastamento do significado original do termo e da ideia de crise, originalmente, o termo e o seu significado expressavam “*algo positivo, criativo e otimista, envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura*”, ao se vincular essencialmente ao setor econômico passar a assumir uma condição “*complexa e contraditória*”, se caracterizando pela impossibilidade de definição, na qual uma série de causas se com-

binam numa mixórdia de questões conflitantes (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 11).

Por derradeiro, necessária a compreensão do conceito de “*viver em estado constante de crise*”, cuja duração pode ser interpretada como uma das características fundamentais das crises contemporâneas, que ao combinarem com a vagueza e generalidade de suas causas, possibilitam uma constante regeneração do Estado de Crise, conforme afirmado, a seguir (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 15).

[As crises] Progridem muito lentamente, em contraste com a velocidade na qual todas as demais atividades humanas na realidade contemporânea de fato se movem. Todo e qualquer prognóstico de solução é continuamente atualizado e, em seguida, adiado para outra data. Parece que nunca vai acabar.

O texto destacado deixa como contribuição à temática sobre o “Estado de Crise”, que é a percepção da crise contemporânea compreendida como um “hábito cotidiano”, que se torna como regra e não exceção, no lugar da “inconveniência inoportuna ocasional” que passa a viver em um “Estado constante de crise” (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 15).

A crise contemporânea (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 16) destaca uma “contradição endêmica” como característica fundamental, implicando a afirmação de estado de crise, a afirmação de uma “*ignorância da direção que as questões estão prestes a tomar*”, essa “*admitindo um estado de incerteza/ignorância não prognostica exatamente a perspectiva de escolher as medidas certas e, assim, fazer as coisas andarem na direção desejada*”. A análise acerca da ascensão e do enfraquecimento do Estado Social retoma a temática da crise econômica por uma perspectiva comparativa entre a crise econômica atual e a grande crise de 1929.

A diferença crucial estaria na percepção do indivíduo acerca de onde se poderia buscar a solução para a crise enfrentada, considerando que “*as vítimas do colapso da bolsa no final dos anos 1920 tinham poucas dúvidas quanto a onde procurar resgate*”, que a solução estaria no “*Estado forte*”, capaz de “*forçar as circunstâncias gerais a coincidirem com sua vontade*”, “*equipado com os recursos indispensáveis à tarefa*”, quais sejam, “*o poder*” com a sua “*capacidade de levar coisas a cabo*” e “*a política*” com a sua “*habilidade de decidir como as coisas devem ser feitas*” (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 17), afirmando, ainda, os autores que

as consequências do colapso estenderam até o limite o modelo pós-westfaliano de Estado munido de soberania absoluta e indivisível sobre seu território e tudo o que ele continha, mesmo sob formas tão variadas quanto as economias: soviética, administrada pelo Estado; alemão, regulamentada pelo Estado; e norte-americana, estimulada pelo Estado.

Apresentam (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 17) o “*modelo pós-westfaliano de Estado territorial onipotente*”, e o seu fortalecimento e expansão no período de pós 2ª Guerra Mundial, como responsável direto pelo Estado Social, e a confiança na potencialidade do Estado, podendo corresponder às ambições protetivas do indivíduo, que, nesse período, mostra o Estado Social como aquele que “*protege todos os seus cidadãos dos caprichos do destino, de desventuras individuais e do medo das humilhações sob as formas que assombraram as gerações pré-guerra*”.

Seguindo a investigação acerca dos fundamentos da crise contemporânea ocidental, orientando a análise para o momento de enfraquecimento de referido modelo de Estado Social é apresentada a ideia de um Estado Neoliberal, que se se vê fortalecida nos anos 1970, a partir de contexto de desemprego crescente, inflação incontável e de “*incapacidade crescente dos Estados de cumprirem suas promessas de cobertura abrangente*” (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 18), extraída daí, a confiança da pessoa naquele que, anteriormente, se apresentava como o grande guardião e solucionador de infortúnios, lecionando que

Aos poucos, ainda que de modo cada vez mais grave, os Estados manifestaram a incapacidade de cumprir com suas promessas; aos poucos, mas em aparência de forma incontável, a fé e a confiança na potência do Estado começaram a se erodir.

A retirada de monopólios do resguardo do Estado e as consequentes privatizações surgem como soluções em setores em que anteriormente eram amplamente considerados como “obrigação e missão inegável do Estado” (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 18), destacando os autores, na mesma página, um ponto essencial à compreensão da essencialidade das crises atuais, neste momento histórico em análise, o Estado não só apenas deixa de ser percebido pelo indivíduo, como também, solucionador dos problemas, passando, todavia ao causador dos infortúnios econômicos vividos, sendo Estado *rebaixado da posição de motor mais poderoso do*

bem-estar universal, àquela de obstáculo mais odioso, pérfido e prejudicial”.

Em novo giro de confiança, o indivíduo é investido na “*mão invisível do mercado*” como solucionador dos problemas não solvidos pelo Estado forte (Estado Social), o qual não consegue destrinchá-los, afirmando Bauman que:

Dessa vez, a confiança do público foi investida na mão invisível do mercado. É decerto (...) nos poderes mágicos da ganância dos padeiros, em quem todos os que desejam pão fresco diariamente à mesa do café podem confiar (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 19).

E continua:

Desregulamentação, privatização, subsidiarização haveriam de alcançar aquilo que regulamentação, nacionalização e empreendimentos comunais dirigidos pelo Estado deixaram, de forma tão abominável, de obter. Funções do Estado tinham de ser e seriam deslocadas (transferidas, terceirizadas e/ou contratadas) para o mercado, esse espaço reconhecidamente sem políticas; ou deixadas sobre os ombros dos indivíduos humanos, agora em tese capazes de suprir individualmente, conforme inspirados e postos em movimento por suas ganâncias, aquilo que não tinham conseguido produzir de modo coletivo, inspirados e movidos pelo espírito comunal (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 19).

Após esta breve caminhada, consideradas as características e mutabilidades das crises do século XX, chega-se à contemporaneidade e às suas respectivas crises. E aqui é retomado o ponto inicial, no qual Bauman (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 20) afirma que a admissão de uma crise não implica o reconhecimento de sua solução, conforme exposto, a seguir

Todas as velhas maneiras de levar as coisas a cabo estão desacreditadas, e as maneiras novas, na melhor das hipóteses, estão na prancheta de desenho ou em estágio de experimentação. Ninguém é capaz de jurar, de mão no peito, sobre a eficácia de nenhuma delas.

O autor destaca que a quebra de confiança na solução anteriormente eleita, e que o mercado autorregulado, não implicam a identificação de nova força resoluta à crise, conforme se observa, a seguir

Conscientes das esperanças malogradas, nenhum de nós tem alternativas potenciais em que apostar. A crise é um momen-

to de decidir que procedimento adotar, mas o arsenal de experiências humanas parece não ter nenhuma estratégia confiável para se escolher (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 20).

Questiona, então, sobre a possibilidade de retorno a um Estado forte e resolutivo de crises, como anteriormente exposto: ***“devemos - e antes de tudo, podemos - retornar aos mecanismos outrora desdobrados, ainda que hoje não utilizados ou subutilizados, de supervisão, controle, regulamentação e administração pelo Estado?”*** (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 21), não se aprofunda na questão do “dever” retornar, mas quanto ao “poder” retornar o autor se posiciona pela impossibilidade.

E isso, não se resolve pelo próprio Estado, que não é mais o mesmo, como também pelas próprias expectativas do indivíduo, por não serem mais as mesmas. O que o indivíduo espera que o Estado se torne para o deslinde da crise também não é mais equivalente ao que se esperava naquele momento pós-guerra.

Justifica ainda, e agora de maneira mais “material”, a atestada incapacidade resolutiva do Estado atual na ausência de meios e recursos para realizar as tarefas que exigem a supervisão e controle, além da administração e regulação do mercado (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 21).

Aprofundando e chegando ao final da análise inicial de Bauman em “Estado de crise”, o divórcio entre o poder e a política (ambas características anteriormente natas do Estado) é trazido como fator fundamental do enfraquecimento Estatal e consequência direta do fortalecimento do Poder Privado como resolutor de crises.

Essa política, divorciada do poder, ao menos em sua concepção originária, e que segundo Bauman se encontra “cronicamente assolada pelo déficit de poder” e esvaziada de coerção, passa a ter que controlar crises agora influenciadas por “poderes emancipados do controle político” (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 21).

O Estado foi expropriado de uma parcela grande e crescente de seu antigo poder imputado ou genuíno (de levar coisas a cabo), o qual foi capturado por forças supra estatais (globais) que operam num “espaço de fluxo” (termo de Manuel Castells) politicamente incontrolável - haja vista o alcance efetivo das agências políticas sobreviventes não ter progredido além das fronteiras do Estado

Neste aspecto e, após todo o raciocínio apresentado, se chega ao po-

sicionamento final de Bauman sobre a incapacidade no controle da crise atual.

O “divórcio entre o poder e a política” tem como resultado a “ausência de agências capazes de fazer o que toda ‘crise’, por definição, exige: escolher de que modo proceder” e executar as escolhas feitas (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 22).

O que se pretende apresentar a partir deste ponto é o posicionamento de que em um Estado com poder e política desconectados, esvaziado de coerção, incapaz de apontar com eficiência um caminho a seguir e em um habitual vácuo resolutivo, a judicialização dos problemas concretos de uma crise (os que atingem diretamente o indivíduo em seu dia a dia), acaba sendo um refúgio resolutivo.

Especialmente em referência a um contexto de crise econômica, Andrea Magalhães (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 20), em sua obra “Jurisprudência da crise: Uma perspectiva pragmática”, discorre que:

Há quem pregue medidas de austeridade, há quem estimule o fomento, há quem ainda procure por respostas. Nesse contexto de profunda escassez, o Judiciário se apresenta como a tábua de salvação para assegurar a restituição do status quo ou a redução dos prejuízos sofridos com a crise.

Esse recorrente e constante conclave do judiciário para ação, em um contexto tido como anormal economicamente, sanitariamente, entre outro, pode resultar uma construção de padrões decisórios, pautados, especialmente, pelo contexto crítico, caracterizado por decisões que não seriam tomadas ou, então, não possuiriam determinadas diretivas em contextos típicos (BAUMAN; BORDONI, 2014, p. 20)

Segundo Andrea Magalhães, em um contexto de criticidade econômica, a judicialização e especialmente a Jurisprudência da Crise vem como uma espécie de transferência para o judiciário de um papel de delimitação da crise e de seus contornos sociais (MAGALHÃES, 2017, p. 27).

Se objetivaria então uma delimitação: até que ponto esta Crise vai atingir o indivíduo em sua “vida real”? E esta função recairia sobre o Judiciário, uma espécie de última fonte de coerção, diante das falhas dos demais poderes.

A autora conclama então a atenção para a atuação da jurisdição constitucional neste contexto crítico e seu papel na construção de padrões

decisórios de crise ou de uma Jurisprudência da Crise:

No que tange à jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais a questão é ainda mais complexa. 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 (MAGALHÃES, 2017, p. 10).

O item seguinte objetiva a conceituação da Jurisprudência da Crise, a apresentação de suas características em um contexto português, assim como a atuação do Tribunal Constitucional português e a análise das principais críticas identificadas.

2. CRISE COMO PADRÃO DECISÓRIO

2.1 A Jurisprudência da Crise

Retomando o trabalho desenvolvido por Magalhães, e aproveitando para introduzir uma conceituação possível para a jurisprudência da crise, “em sentido estrito” o fenômeno se caracterizaria pelo “conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade”, enquanto que em um sentido amplo seria uma espécie de “rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica” (MAGALHÃES, 2017, p. 12). Afirma, na mesma página que, dentro de uma perspectiva específica de crise econômica, que é o parâmetro principal da pesquisa de Magalhães, “as exigências das circunstâncias” justificam “a abertura pragmática da atuação jurisdicional”.

Esse posicionamento da autora (MAGALHÃES, 2017, p. 12) é o de que a jurisprudência da crise “não se trata propriamente de flexibilização, termo pejorativo que sugere certa propensão a concessões ao argumento econômico, mas da necessidade de se adotar uma postura sistematicamente mais consequente”.

Conforme será observado posteriormente em um momento de crítica à atuação do Tribunal Constitucional português, é um ponto de divergência entre autores justamente essa linha tênue entre a adequada flexibilização jurisprudencial pela Corte e a concessão livre aos argumentos de

crise econômica justificando a flexibilização de direitos.

Continuando a conceituação e caracterização da jurisprudência da crise, a autora apresenta uma possível classificação orientada pela abordagem escolhida nas cortes constitucionais.

Sendo assim, como primeira possibilidade está a identificação pelas Cortes Constitucionais em que consideram “francamente a crise como justificativa de decisões que em outros tempos não prolatariam. E o fazem de maneira expressa e fundamentada” (2017, p. 24), ou seja, a Corte expressamente declara a crise como fundamento de suas decisões e como justificativa para mudança jurisprudencial do tribunal.

Como segunda possibilidade, a obra apresenta Cortes Constitucionais que “revisitam seus institutos jurídicos, de modo a flexibilizar o campo de proteção dos direitos previstos nas Constituições, sem, contudo, admitir que o fazem em razão do contexto de crise” (MAGALHÃES, 2017, p. 24), ao contrário do caso anterior, aqui o tribunal não apresenta a crise, ao menos de maneira expressa, como fundamento de suas decisões ou de sua mudança jurisprudencial.

Essa abordagem, caracterizada pela ausência de declaração expressa de um momento jurisprudencial de crise, sofre críticas baseadas principalmente na possibilidade de uso de precedentes flexibilizadores de direitos e originados em contexto de criticidade, em um contexto posterior de normalidade.

A declaração expressa de um momento jurisprudencial “anormal” e de crise possibilitaria essa demarcação temporal e de extensão de um precedente ou ainda de seus fundamentos.

Como terceira abordagem possível, Magalhães apresenta Cortes Constitucionais que adotam o “consequencialismo jurídico” (MAGALHÃES, 2017, p. 24), definido pela condução de uma investigação “com os olhos voltados para o futuro, por meio de uma antecipação prognóstica” (2017, p. 13). E, nestes casos, o consequencialismo é tido como um argumento de reforço à necessidade de mudança jurisprudencial ou necessidade de adequação da corte a um contexto crítico, no entanto, não há protagonismo na fundamentação, conforme, a seguir, expõe a autora, realizando um aprofundamento quanto às cortes que utilizam o consequencialismo jurídico em seus fundamentos jurisprudenciais de crise:

Quando condicionada à possibilidade de superação por iniciativa de outros poderes ou tribunais, a consideração de ordem econômica pode também ensejar a criação de incentivos institucionais para a criação de solução conjunta ou dialógica. Incentivos esses que muitas vezes recaem sobre a própria corte, nos casos em que a valorização do argumento econômico é estimulada por forças externas, como pressão de organismos internacionais, imprensa ou opinião pública (MAGALHÃES, 2017, p. 24).

Por fim, se apresenta a abordagem do “transcurso do tempo”, há a espera do fim do momento temporal de crise simplesmente como estratégia de manutenção do status quo (MAGALHÃES, 2017, p. 25). Apresente uma nova maneira de classificação de estratégias decisórias em contexto de crise, nessa situação o parâmetro passa a ser “o grau de sinceridade judicial com que a corte se abre aos influxos econômicos da crise”, classificando o primeiro tipo de estratégia decisória como uma “jurisprudência da crise propriamente dita”:

Os tribunais se valem de institutos hermenêuticos especificamente talhados para a crise, como a temporariedade e a excepcionalidade da decisão, ao lado de outros tantos institutos ordinários, como a proporcionalidade e a igualdade (MAGALHÃES, 2017, p. 25).

A estratégia seguinte é classificada como um tipo de não decisão. O tribunal constitucional deliberadamente escolhe como estratégia o adiamento decisório, o transcurso do tempo é usado como ferramenta em “casos economicamente mais sensíveis e relevantes”, é uma possível mantenedora do status quo e tida como a estratégia menos sincera quanto à “influência do contexto econômico na jurisdição constitucional” (MAGALHÃES, 2017, p. 25).

Outras duas estratégias são apresentadas pela autora, e posicionadas entre os dois extremos acima expostos, seriam a utilização de uma estrutura de incentivos pelo tribunal constitucional, e o que Magalhães batiza de uma estratégia de criptopragmatismo.

Ao utilizar uma estrutura de incentivos a corte admite expressamente que existem consequências sistêmicas específicas em suas decisões e ainda a interconexão destas com os demais poderes e agentes interessados. Mas isto não implica um enfrentamento direto da questão da crise,

propriamente dita, pelo judiciário: “prefere-se a distribuição dos custos de decisão, criando incentivos para soluções negociais, legislativas ou para que atores com maior expertise técnica colaborem na solução dos conflitos” (MAGALHÃES, 2017, p. 26).

O criptopragmatismo, é uma estratégia de Corte Constitucional que utiliza um “comportamento consequente, embora furtivo”. Sendo uma espécie de redimensionamento de institutos jurídicos já consagrados pelo tribunal e de mutabilidade jurisprudencial. Para isso, são traçadas “diretrizes de largo alcance” que possibilitem a obtenção de resultados adaptados ao contexto crítico. Ocorre que “a estratégia coletiva não é admitida, nem muitas vezes acordada”, dificultando a identificação de um caso concreto de criptopragmatismo, recaindo nas críticas, anteriormente direcionadas, aos casos de jurisprudência da crise não admitida, conforme, a seguir, exposto:

Assim como a realidade é mutável, os resultados pretendidos em cada caso também o são. É possível que um tribunal constitucional adote uma ou mais estratégias em uma mesma decisão ou alterne a de maior clareza a depender da composição da corte ou das circunstâncias do caso concreto (MAGALHÃES, 2017, p. 26).

A autora finaliza seu aprofundamento às estratégias possíveis em contexto de crise afirmando que estas maneiras de consideração do argumento econômico (lembrando que a crise econômica é seu objeto específico de estudo, dentro da jurisprudência da crise) não são exaustivas. Após acesso aos conceitos iniciais e possíveis caracterizações da jurisprudência da crise, passa-se à identificação das características específicas deste fenômeno na experiência portuguesa.

2.2 A experiência portuguesa

Em comunicação apresentada na Universidade Católica do Porto durante a Conferência Internacional “Tribunais Constitucionais: entre o político e o jurídico” (2017), Pedro Coutinho objetiva apresentar “uma constatação de um estado de coisas” da construção jurisprudencial de crise do país, no presente item se faz uso de seus apontamentos na ocasião.

Antes de adentrar a experiência portuguesa na construção de sua jurisprudência da crise, é necessário compreender o contexto econômico

prévio em que o país estava inserido e que originou a demanda por um padrão decisório constitucional que considerasse o delicado contexto econômico do momento.

Para Coutinho (2018, p. 88), ao final da primeira década dos anos 2000 Portugal estava sofrendo uma “crise econômica conjuntural sobre uma outra estrutural.

Em 2011, mesmo após a implementação de medidas de austeridade com o aumento de impostos, Portugal estava em situação de pré-insolvência. O governo português pede então formalmente a assistência financeira do Fundo Monetário Internacional (FMI) e de instituições europeias. Em brevíssimo resumo, “as negociações culminaram na assinatura de dois Memorandos de Entendimento (MdE), um com o FMI e o outro com a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. O conjunto das três instituições ficou conhecido como Troika” (COUTINHO, 2018, p. 88).

De pronto, como críticas ao próprio Memorando, alguns objetivos são considerados como exagerados, mas também são considerados como “oportunidade de introduzir reformas estruturais”, expressão que o próprio autor toma como uma “gíria política” vaga (COUTINHO, 2018, p. 88).

Os sentimentos conflitantes frente aos Memorandos e à própria Troika motivam a impugnação de diversas medidas de austeridade junto ao Tribunal Constitucional, sendo o conjunto desse material jurisprudencial conhecido como “jurisprudência da crise” (COUTINHO, 2018, p. 88).

A partir deste momento, furta-se de analisar detidamente cada uma dos acórdãos identificados como integrantes da jurisprudência da crise portuguesa, na maneira como Coutinho faz em seu trabalho original, e se concentra na busca pela resposta à uma questão levantada pelo autor: Como o Tribunal Constitucional fez uso do contexto da crise?

A abordagem adotada pelo Tribunal Constitucional se deu pela simples inscrição da Crise no “habitual juízo de ponderação” realizado pela corte nos juízos de análise de constitucionalidade (URBANO, 2014, pág. 15 apud COUTINHO, 2018, p. 91).

O panorama geral da crise passa a ser então mais uma etapa a ser cumprida quando se estivesse diante de um conflito entre princípios ou normas constitucionais. Para ser tida como constitucional uma medida passa a não ser suficiente a sua necessidade, adequação e proporcionali-

dade em sentido estrito em um contexto de “normalidade”, mas também em um contexto de crise.

Partindo-se para os usos diretos do contexto da crise pelo Tribunal Constitucional, inicialmente o “panorama geral da crise” serviu à uma ponderação da legitimidade das expectativas dos sujeitos versus a necessidade de cortes salariais (especificamente de funcionários públicos) e a sugestão de aumento de impostos para fazer jus às necessidades financeiras do Estado português (aqui incluindo as obrigações assumidas externamente para evitar a solvência) (COUTINHO, 2018, p. 91).

Em seguida, Coutinho apresenta como uso do contexto de crise pelo Tribunal a afirmação de justificativa de “um tratamento diferenciado daqueles que são empregados pelo Estado, permitindo-se cortes nos seus salários”, com o detalhe da necessidade do caráter temporário e transitório desta medida (COUTINHO, 2018, p. 91).

Por fim, Coutinho apresenta como terceiro uso do contexto da crise, mas desta vez em um sentido divergente, o posicionamento do Tribunal Constitucional de considerar que a crise não suspende a Constituição e ainda mais importante que a mera alegação de um “panorama geral de crise” não serve a uma permissão de “restrição livre de direitos e princípios fundamentais” (COUTINHO, 2018, p. 92).

2.2.1 Críticas à jurisprudência da crise portuguesa

Em intervenção realizada na Conferência “Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem”, José Melo Alexandre (2014), professor da Faculdade de Direito de Lisboa, se dedicou a analisar o impacto jurídico da jurisprudência da crise em Portugal, considerando o contexto do painel “O Tribunal Constitucional e os seus críticos”. Inicialmente, Alexandrino apresenta a linha de críticas essenciais construída por Vital Moreira à jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional português entre 2010 e 2014.

A primeira crítica seria a de que o Tribunal Constitucional tem papel de legislador negativo, não lhe competindo legislar através de padrões decisórios de crise. Em segundo. Moreira defende que na análise da constitucionalidade o ônus de prova é de quem alega a inconstitucionalidade, ou seja, não caberia ao tribunal avaliador exigir ao legislador que comprove a constitucionalidade de suas

ações (ALEXANDRINO, 2014, p. 2).

A terceira crítica de Vital Moreira se refere ao fato de que, na generalidade das decisões do Tribunal Constitucional, não estiveram no cerne da questão direitos fundamentais, “mas sim entitlements públicos, razão pela qual é censurável que o Tribunal Constitucional entenda que se trata de cláusulas pétreas”. Em seguida, a quarta crítica apresentada, alude ao uso que o Tribunal Constitucional fez de princípios como se tivessem natureza de regra, Moreira afirma que “há uma distinção clara a fazer entre princípios e regras, na medida em que os primeiros são flexíveis e têm de ser lidos de maneira contextualizada” (ALEXANDRINO, 2014, p. 2).

A quinta e última crítica reporta a possibilidade de o legislador tomar decisões políticas ruins, mas constitucionais. Moreira afirma que não pode ser negada a “fronteira” entre o “plano da bondade política” e o plano da inconstitucionalidade (ALEXANDRINO, 2014, p. 2).

Em comentários às críticas formuladas por Moreira, o autor afirma que se afasta em apenas dois pontos, e ainda assim parcialmente, neste sentido, em referência a segunda e a terceira crítica, o Professor Alexandrino admite se posicionar pela existência de “uma certa repartição do ônus da prova” e que “os direitos fundamentais não deixaram de estar envolvidos na contenda” (ALEXANDRINO, 2014, p. 3).

No que se refere às críticas formuladas pelo próprio professor José Alexandrino, tendo como parâmetros de análise precedentes específicos da corte constitucional portuguesa, o autor constata inconstitucionalidades e defende seu posicionamento citando: A inconstitucionalidade da retroatividade de impostos, em referência ao Acórdão nº 399/2010; A ofensa ao direito de justa remuneração, considerando o decidido no Acórdão nº 794/2013; E ainda os Acórdãos nº 396/2011, nº 353/2012 ou nº 187/2013, afirmando a discordância do posicionamento da Corte em relação ao artigo 104º, nº12 e artigo 105º, nº 4º, ambos da constituição portuguesa (ALEXANDRINO, 2014, p. 5).

O professor José Alexandrino possui outras críticas, ou “censuras e perplexidades”, à construção jurisprudencial de crise da

Corte portuguesa, tendo sido tais censuras formuladas no contexto da obra “O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio crítico”. Afirma que buscou resumir, nestas perplexidades, “as marcas do impacto jurídico negativo da jurisprudência da crise” (2014, p. 6).

Como primeira censura direcionada ao Tribunal Constitucional, Alexandrino aponta a interferência indevida da corte nas opções do legislador (que possui respaldo democrático em suas escolhas, ao contrário do tribunal). Justifica sua censura, entre outras ações, na “ausência de clarificação e distinção dos fenômenos analisados” pelo tribunal e na “ausência de um reforço das exigências de sensibilidade, abertura e responsabilidade” da corte (ALEXANDRINO, 2014, p. 6).

A segunda perplexidade de José Alexandrino faz referência ao respaldo dado pelo Tribunal Constitucional a uma valorização de normas de agentes externos, interessados na implementação de medidas de austeridade, tendo sido preterida a própria constituição portuguesa:

Como pôde o Tribunal Constitucional invocar e reconhecer a vinculatividade do Memorando de Entendimento, à luz das normas do Direito Europeu, sem jamais ter investigado a respectiva compatibilidade com a Constituição de que lhe cumpria ser guardião? (ALEXANDRINO, 2014, p. 6).

A terceira crítica se refere à “tendência do Tribunal Constitucional de fuga das regras”. Aqui Alexandrino se refere especificamente “à legitimação de impostos retroactivos, dos cortes dos salários dos funcionários públicos, da contribuição extraordinária de solidariedade e do aumento do período normal de trabalho na função pública” e afirma que em pelo menos cinco de oito acórdãos caracterizados como jurisprudência de crise, a Corte constitucional foi condescendente com as propostas governamentais, preterindo regras constitucionais (ALEXANDRINO, 2014, p. 6).

Em complemento à terceira crítica, José Alexandrino apresenta sua próxima perplexidade, afirmando que diante da fuga de regras constitucionais, o tribunal constitucional passou a usar como fundamentos de decisão “fórmulas abstratas” ou princípios: “como a igualdade proporcional (em sucessivos acórdãos), a protecção da confiança (sobretudo nos Acórdãos n.ºs. 474/2013 e 862/2013) ou a razoabilidade (no Acórdão n.º 413/2014)” (ALEXANDRINO, 2014, p. 6).

Para o autor, um agravante a esta quarta perplexidade é o fato de que

o uso de princípios abstratos, em desobediência a regras constitucionais expressas, possibilitou a mutabilidade jurisprudencial da Corte e o rompimento com paradigmas jurisprudenciais já estabelecidos (ALEXANDRINO, 2014, p. 6).

A última crítica faz conexão com a primeira perplexidade, e censura o Tribunal Constitucional pela insuficiente diferenciação dos fenômenos analisados em precedentes jurisprudenciais de crise. As constantes ausências de esclarecimentos dos fundamentos jurisprudenciais são nomeadas pelo autor através das seguintes necessidades:

- (i) a distinção entre direitos constitucionais e direitos legais;
- (ii) a distinção entre o controlo de normas de direitos fundamentais constitucionalmente determinados e o controlo de opções que reentram na margem de conformação do legislador (como em matéria de despedimentos na função pública, de reforma do sistema de pensões ou da redução ou extinção dos subsídios de férias ou de Natal);
- (iii) enfim, a distinção entre os diferentes graus de intensidade do controlo (ALEXANDRINO, 2014, p. 7).

Em comentários adicionais, Alexandrino formula ainda críticas específicas em relação à possibilidade de ter havido, no contexto da crise, certa “condescendência” da Corte Constitucional para com o Executivo e o Legislativo e as medidas de austeridade propostas por eles.

Afirma que as justificativas para essa escolha de posicionamento não podem nunca passar pela alegação de “situação de emergência”. Segundo o professor, esse fundamento compromete o próprio Estado de Direito e se estaria fornecendo “fundamento para o Direito Constitucional de Exceção”. (ALEXANDRINO, 2014, p. 5).

Vale mencionar novamente que uma das principais ponderações quanto à jurisprudência da crise é a necessidade de delimitação temporal expressa e adequada justificativa de seus padrões decisórios, para que seja evitado o seu uso em contexto de “normalidade”, fornecendo fundamento para a flexibilização abusiva de direitos.

Alexandrino complementa seu comentário acerca da alegação de condescendência da corte na construção da jurisprudência da crise portuguesa, se posicionando pela sua efetiva ocorrência, mas à justificando em um “declarado esvaziamento do texto da Constituição e numa fuga das regras e, bem lá no fundo, no correlativo temor do colapso financeiro

do Estado” (ALEXANDRINO, 2014, p. 5).

Concluindo as contribuições do professor José Alexandrino a este tópico de críticas à jurisprudência da crise portuguesa, destaca-se a seguir o seu posicionamento final.

Para o autor, o Tribunal Constitucional português, diante de um “tempo de emergência”, “não revelou suficiente compromisso com o texto constitucional”, ignorando regras constitucionais e esvaziando outras, tendo, nas palavras do professor, “preferido o caminho tortuoso da constituição *prima facie*”, empurrando os cidadãos portugueses para um “desolador desfecho de sobrecarga fiscal”, “induzindo constrangimentos exteriores”, tendo protagonismo nas “soluções políticas sucessivamente apresentadas desde 2010”, que acabaram por resultar em um “injustificado esvaziamento jurisdicional das garantias constitucionais do contribuinte” português (ALEXANDRINO, 2014, p. 7).

3. IMPORTAÇÃO DO FENÔMENO: A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E O STF

Antes de adentrar às possibilidades de utilização da jurisprudência da crise no Brasil, e em como o fenômeno se apresentou em um contexto pré e pós pandêmico, cumpre realizar breve aprofundamento no que Oscar Vilhena considerou como uma expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais constitucionais em geral.

Conforme explicitado no item inicial do trabalho, de acordo com Bauman e Bordoni, crises contemporâneas, aqui incluída a já analisada crise portuguesa do início dos anos 2011, possuem como característica o divórcio entre o poder e a política e o enfraquecimento do Estado Social, a impossibilidade de apontar uma caminho, a ausência de confiança do indivíduo no legislativo e no executivo e diante da constatação de que a mão livre do mercado nada poderá salvar diante de uma crise que bate à porta, a judicialização aparece como último refúgio do braço mais coercitivo do Estado.

Ao trazer toda essa reduzida recapitulação para o contexto dos tribunais constitucionais, é possível identificar características comuns da jurisprudência da crise no “fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüentemente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos” (VILHENA VIEIRA, 2008, p. 442).

Essa valorização do judiciário e o enfraquecimento dos poderes que possuem um respaldo democrático direto (executivo e legislativo) e são trazidos por Vilhena como consequência direta:

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporado nas constituições contemporâneas(VILHENA VIEIRA, 2008, p. 443).

Interessante observar que o que atualmente é levantado, no contexto das críticas à jurisprudência da crise portuguesa, como censura à atuação do Tribunal Constitucional, já havia sido elencado por Vilhena (2008, p. 444), como uma das consequências da expansão da autoridade dos tribunais, qual seja, a atuação no judiciário em função legislativa:

Os juízes passam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição. A hipótese fundamental deste texto é de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou no Brasil contornos mais acentuados.

Seguindo para o estudo do fenômeno da jurisprudência da crise no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2020, em contexto pandêmico inicial, o Professor Fernando Leal se perguntava: diante da pandemia, é preciso uma jurisprudência da crise?

Para o debate, trouxe o posicionamento de que “as posturas adotadas pela Corte para lidar com problemas econômicos singulares – e, por que não? também políticos – poderiam ser encaradas como expressões de uma jurisprudência da crise” (LEAL, 2020, n.p).

Apesar de rememorar a expressa rejeição do termo em meados de 2019 por dois ministros (Alexandre de Moraes e Marco Aurélio), afirma que a discussão mais importante não se dá sobre uma expressão ou “sobre as palavras que o tribunal usa”, mas sim “se deve, ou não, abordar uma ‘jurisprudência da crise’ ao decidir casos em momentos de calamidade” (LEAL, 2020, n.p).

Os pontos cruciais, na posição de Leal, seriam, primeiro, a identificação de que posição a Corte de fato adota em momentos de crise, e

segundo, a avaliação de como deve ser compreendida essa posição de crise do Supremo em casos futuros.

Aqui cabe rememorar a necessidade de reconhecimento expresso de uma produção jurisprudencial de crise, conforme já abordado anteriormente, principalmente para resguardar possíveis marcos temporais de decisões flexibilizadoras de direitos.

Retomando o primeiro ponto crucial elencado por Leal, o professor se posiciona no sentido de que, tradicionalmente, o STF não é marcado pelo “enfrentamento direto” (LEAL, 2020, n.p), sugerindo uma tendência de não identificação expressa de qual seria a posição de crise escolhida pela Corte, neste sentido:

A confirmação das medidas, a composição, o adiamento da discussão para um momento distante da adversidade, notadamente pelo uso de mecanismos como o controle da pauta e o pedido de vista, ou o simples silêncio têm sido tradicionalmente os caminhos para o tribunal mostrar deferência a decisões consideradas, em um dado momento, politicamente necessárias para lidar com dificuldades nacionais agudas (LEAL, 2020, n.p).

O professor Leal segue analisando algumas possibilidades diante da complexidade decisória de um momento de crise (no caso, estando o cerne da questão uma crise sanitária, ao contrário do estudo de Magalhães, que tinha como foco uma crise econômica).

A mencionada “complexidade decisória”, característica do momento, torna questionável qualquer decisão tomada pela corte. Questionável em seus próprios termos, caso “as prognoses que embasaram juízos consequencialistas se mostrarem no futuro incorretas”, ou questionável pela perspectiva oposta àquela escolhida pelo tribunal em sua jurisprudência da crise, “quando, por exemplo, argumentos de princípios parecem insensíveis às consequências, ou argumentos consequencialistas forem usados para fundamentar restrições a direitos” (LEAL, 2020, n.p).

Leal comenta ainda a possibilidade de, diante de todas as dificuldades e complexidade decisórias do momento, a corte constitucional ser conduzida ao extremo de simplesmente se manter em silêncio (LEAL, 2020, n.p), caminho já escolhido anteriormente pelo STF em outros contextos críticos, conforme mencionado, a seguir:

Nessa conjuntura, adote-se ou não o rótulo de “jurisprudência da crise”, a formulação de uma postura para lidar com contextos dessa natureza, antes de negada, deve ser reconhecida como algo inevitável. Isso não significa que ela possa ser usada como pretexto para decidir de qualquer maneira.

Entende-se como um dos argumentos mais importantes de assimilação, na contribuição do Professor Fernando Leal, aquele sobre a utilidade do reconhecimento da jurisprudência da crise.

O reconhecimento deste momento crítico e da construção de material jurisprudencial sob o paradigma da crise não fornece um pretexto livre e fundamentos para que se decida de qualquer maneira (LEAL, 2020, n.p), ou que, conforme já mencionado, seja instalado um contexto de direito constitucional de exceção.

O reconhecimento deste estado de anormalidade jurisprudencial ao contrário de libertar ministros do ônus de fundamento deve ser tomado como justificador para a exigência de “esforços excepcionais de fundamentação de decisões complexas:

A crise deve exigir esforços excepcionais para a justificação de decisões complexas, às vezes urgentes, em situações também excepcionais. Tampouco ela deve ser encarada como sinônimo de heterodoxia constitucional. A Constituição continua a mesma, as ferramentas para a sua interpretação seguem disponíveis e a busca pela guarda das suas promessas, sobretudo as mais fundamentais, deve se manter inegociável (LEAL, 2020, n.p).

Interessante observar que do momento temporal em que o artigo original foi produzido, abril de 2020, o autor oferece alternativas para reduzir possíveis problemáticas da judicialização da crise sanitária, que no momento estava começando a ser enfrentada.

Neste sentido, o autor alerta acerca da utilidade do reconhecimento da construção de uma jurisprudência da crise naquele momento, afirmando que a aceitação da singularidade jurisprudencial que “se formará nos próximos meses”, poderia reduzir as “expectativas sobre o alcance dessas decisões de casos futuros quando a pandemia for superada” (LEAL, 2020, n.p).

“O maior mérito de se reconhecer uma jurisprudência da crise, com ou sem o recurso ao rótulo, é aceitá-la como diretriz futura aplicável, no

máximo, para novos casos de crise” (LEAL, 2020, n.p).

E complementa que essa circunscrição das respostas do STF, sob a égide de um contexto de anormalidade e crise, e ainda mais o reconhecimento explícito de uma jurisprudência da crise, poderia, nas palavras do autor, “ser o caminho para que o Executivo não encare o comportamento do tribunal neste cenário como o padrão que passará a reger as relações entre os dois poderes” (LEAL, 2020, n.p).

Diante do momento temporal de privilégio em que nos encontramos, para a análise do que foi sugerido pelo autor no início do período pandêmico, é possível atestar a extrema utilidade que tal reconhecimento teria para evitar diversos pontos de divergência e ataques entre os poderes executivo e judiciário, após cada decisão tomada pelo supremo em relação a medidas de contenção ao vírus Covid-19.

Em artigo publicado também em abril de 2020, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, estuda os possíveis caminhos constitucionais para uma jurisprudência da crise brasileira.

O Ministro afirma que, conforme seu entendimento, o contexto de crise pandêmica, “inequivocamente” demanda ao STF uma “abertura hermenêutica da jurisdição constitucional”, exigindo uma manifestação jurisprudencial que compreenda e se conforme à realidade econômica e social enfrentada (MENDES, 2020, n.p).

Citando Konrad Hesse, que usa como fundamento principal de seu posicionamento de possibilidade de abertura constitucional pelo pensamento do possível, Gilmar Mendes afirma que a “necessidade não conhece princípio”, e se manifesta por uma “defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do Estado de necessidade ou do estado de emergência” (MENDES, 2020, n.p).

Introduzindo o fenômeno da jurisprudência da crise, o autor relembra a experiência portuguesa através das “tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção de Direitos Sociais em regimes de excepcionalidade financeira” e citando a atuação do Tribunal Constitucional frente às políticas de austeridade implementadas (MENDES, 2020, n.p).

Apresenta então seu posicionamento que alia a construção jurisprudencial de crise a uma interpretação constitucional pelo “pensamento do possível”. As normas jurídicas, de maneira geral, e em especial as normas constitucionais, não devem ser encaradas em um contexto de crise como

obstáculos à implementação das medidas emergenciais necessárias. Gilmar Mendes defende que, na realidade, a constituição é “um caminho necessário e seguro para a solução da crise”. Esse caminho seria possível pela preferência à compatibilização entre aparentes contradições e abertura à alternativas constitucionais, ao invés de uma simples leitura fria e seca do texto, distante da realidade crítica do momento (MENDES, 2020, n.p).

O Ministro cita então, como sustentação aos seus apontamentos, as reflexões do Professor Gustavo Zagrebelsky, trazendo a aplicação do elemento da “concordância prática” aos contextos de grande complexidade e de valores em contradição, sugerindo a tentativa de se buscar, na prática, uma proteção simultânea de princípios, que na teoria possam parecer absolutamente contraditórios, diante do contexto crítico (MENDES, 2020, n.p).

Considerando a importância da concordância prática como método para a justiça constitucional:

Daí porque afirma a importância de uma “concordância prática”, a qual se realiza não por meio da “simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto” (ZAGREBELSKY, 1999, p.16 apud MENDES, 2020, n.p).

Objetivando evitar “simples amputações de potencialidades constitucionais”, Gilmar Mendes segue defendendo uma jurisprudência da crise que considere um “modo de pensar do possível”. Com uma atitude mental possibilista, representando para o pensamento constitucional o que uma concordância prática representa para a ação constitucional (ZAGREBELSKY, 1999, p. 17 apud MENDES, 2020, n.p).

Peter Häberle é trazido ainda como fundamento para a utilização do pensamento jurídico do possível pela jurisdição constitucional.

Gilmar Mendes destaca que, considerando a concepção de Häberle de direito constitucional como vinculado aos diversos aspectos da sociedade (cultura, filosofia, realidade contemporânea, etc), não seria possível defender uma interpretação constitucional isolada (2020).

É interessante destacar, especialmente para uma utilização do pensamento do possível ou “pensamento pluralista de alternativas” em contexto de crise, que a abertura da perspectiva constitucional para

novas interpretações não significa obrigatoriamente que a adaptação interpretativa contemporânea seja melhor do que a anterior.

“A realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor” (HÄBERLE, 1980, p. 3 apud MENDES, 2020, n.p).

Caminhando para a conclusão, o ministro Gilmar Mendes reafirma seu posicionamento de que a interpretação constitucional, que considere um contexto de crise, não pode conceber a Constituição como um obstáculo, “é preciso enxergá-la como um caminho necessário”, capaz de efetivar “políticas públicas, buscando-se alternativas que contemplem os valores constitucionais, entre os quais se destacam a função do Estado de proteger a vida e a saúde pública” (MENDES, 2020).

Como alerta final destaca que, da mesma maneira que a leitura da norma constitucional que ignore o contexto de excepcionalidade pode acabar por colocar a Constituição contra suas próprias finalidades protetivas do indivíduo, a alegação da crise como fundamento constitucional não pode servir “à toda sorte de ações”. “De fato, o debate deve ser sério e fundamentado em alternativas que contemplem os valores essenciais da Constituição e do Estado Democrático de Direito” (MENDES, 2020).

Objetivando a identificação na prática jurisprudencial dos elementos defendidos doutrinariamente pelo Ministro Gilmar Mendes, se inicia agora breve análise de sua relatoria na ADI 1764 e de seu voto proferido em plenário para julgamento da ADI 6363 em face da Medida Provisória 936/2020.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1764 apresenta a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. LEI 9.601/1998. CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO. 3. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. 4. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA PELO TRIBUNAL PLENO. 5. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADI 1764, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-134 DIVULG 28-05-2020 PUBLIC 29-05-2020)

Ajuizada em 1998, objetiva a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9601/98 que dispõe sobre o contrato de trabalho por tempo indeterminado.

A relatoria do Ministro Gilmar Mendes, realizada em abril de 2020, se manteve coerente com o posicionamento doutrinário exposto anteriormente, prestigiando os conceitos da jurisprudência da crise elencados por ele, assim como o pensamento do possível de Häberle.

Para sustentar seu posicionamento de constitucionalidade do contrato de trabalho por prazo determinado e inexistência de retrocesso social em matéria de direito do trabalho, o Ministro apresenta a experiência portuguesa na jurisdição constitucional de crise e demonstra como se deu a adaptação jurisprudencial da corte em contexto de crise econômica.

Com a crise econômica mundial de 2008, questões relacionadas a políticas de austeridade foram submetidas ao Tribunal Constitucional português, gerando o que se convencionou chamar de “jurisprudência da crise”. Nesses casos, o Tribunal português, reiterando a jurisprudência iniciada na década de 80, procurou adaptar, todavia, a solução às demandas específicas advindas da situação econômica vivida pelo país e das exigências fiscais da União Europeia para superar a crise (ADI 1764, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 28-05-2020 PUBLIC 29-05-2020).

O ministro direciona sua interpretação do princípio da proibição do retrocesso de direitos sociais (alegada como fundamento para a ADI) para um paradigma de crise e contexto de anormalidade socioeconômica e sugere que os direitos que buscam efetivar os deveres prestacionais do Estado podem ser reinterpretados à luz do contexto fático:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de se compreender cum grano salis tal garantia e de não se lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças.

(ADI 1764, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 28-05-

2020 PUBLIC 29-05-2020).

Dessa maneira, conclui em sua relatoria que os contratos de trabalho por tempo determinado não violam o núcleo essencial dos elementos estruturantes das garantias constitucionais dos trabalhadores, não suprimem direitos fundamentais e não inviabilizam ou prejudicam trabalhadores, resultando, por fim, em uma ausência de identificação de retrocesso social.

Vale ainda ressaltar o comentário feito pelo ministro ao final de sua relatoria. Atenta para o fato de que, apesar de ajuizada em 1998, a demanda apresenta questões contemporâneas ao ano de 2020, seja no contexto das discussões sobre a reforma trabalhista (fundada, também, em alegada crise socioeconômica), seja no contexto pandêmico (crise sanitária). Finaliza afirmando que muitas das questões relativas às referidas crises irão ao STF para análise de constitucionalidade, possivelmente gerando, na visão do ministro, uma jurisprudência da crise própria da Corte Constitucional brasileira.

“O Tribunal, por maioria, conheceu em parte da ação direta e, nessa parte, julgou improcedente o pedido, nos termos do voto do Relator, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, a Ministra Rosa Weber” (ADI 1764, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 28-05-2020 PUBLIC 29-05-2020).

Em seguida, segue-se para a análise do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes em sede de ADI em face da Medida Provisória nº 936/2020. A referida medida provisória, diante do já profundo contexto pandêmico, criou o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e introduziu medidas trabalhistas complementares para enfrentar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, entre estas medidas estavam a redução salarial e a suspensão de contratos de trabalho mediante acordos individuais.

Em relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, houve a concessão parcial do pedido cautelar, restando decidido que os acordos individuais de redução de jornada e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho previstos na Medida Provisória nº 936/2020 somente seriam considerados válidos se os sindicatos de trabalhadores fossem notificados em até dez dias e se manifestassem sobre sua validade. Nesse prazo, a falta

de manifestação representaria anuência com o acordo individual.

Ocorre que o plenário não referendou a concessão parcial do relator, prevalecendo a tese aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, concedendo eficácia integral à Medida Provisória em análise e autorizando a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, por meio de acordos individuais, com a mera comunicação ao sindicato, independentemente da sua anuência.

De acordo com o posicionamento do Ministro, a exigência de aguardar a atuação de sindicatos, considerando o contexto de crise sanitária, geraria insegurança jurídica e aumento de desemprego. Considerou ainda a existência de excepcionalidade e limitação temporal para reconhecer que a regra prevista em medida provisória estaria em conformidade com a proteção constitucional à dignidade do trabalho e à manutenção do emprego.

EMENTA Decisão: O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferiria em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

(ADI 6363 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 23-11-2020 PUBLIC 24-11-2020)

O Ministro Gilmar Mendes se alinhou à tese divergente. No segundo item de destaque em seu voto o Ministro apresenta a “incompletude do texto constitucional e o pensamento do possível”, fundamentos já elencados por ele na ocasião de análise doutrinária de uma jurisdição constitucional de crise no Brasil.

No referido item, é lembrado inicialmente o julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF, (julgada em 2001), contexto fático do apagão:

No âmbito da qual se discutia a constitucionalidade de dispositivos da Medida Provisória n.º 2.152-2, de 1º de junho de

2001, que instalava a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelecendo diretrizes para programas de enfrentamentos da chamada “crise do apagão”.

(ADI 6363 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 23-11-2020 PUBLIC 24-11-2020).

O Ministro adverte então que este momento histórico de insegurança energética e jurídica, esta excepcionalidade, deve ser recordada para conduzir o contexto atual.

“Nos tempos em que nós estamos vivendo – e passamos por diversas crises – a “emergência do apagão” nos vem à memória como um caso que podemos catalogar, como fazem os amigos portugueses, na chamada “jurisprudência de crise” (ADI 6363 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 23-11-2020 PUBLIC 24-11-2020).

De maneira resumida, o Ministro aborda de maneira geral a grave crise econômica global causada pela covid-19, a queda na arrecadação tributária de estados e municípios - correlacionando com o indicativo de fechamento de empresas e a queda no faturamento de empreendimentos de pequeno e médio porte.

E novamente sustenta a utilização dos ensinamentos de Häberle como parâmetro interpretativo para flexibilização de posicionamentos jurisprudenciais e adequação às demandas sociais em contexto de crise através do “pensamento do possível:

Eu lembrava então que, diante de desafios de interpretação do texto constitucional como esse, impõe-se que nós lembremos as lições do professor Peter Häberle dizendo que, mesmo em tempos de suposta normalidade, nós devemos estar abertos a um pensamento de possibilidades. (Möglichkeitendenken) (ADI 6363 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 23-11-2020 PUBLIC 24-11-2020).

Trazendo o contexto da crise pandêmica para o centro da fundamentação do segundo item de seu voto, finaliza afirmando que a obrigatoriedade de manifestação sindical para que os acordos sejam efetivos poderia, “muito provavelmente”, custar o emprego de milhões de brasileiros, tornando assim em “inútil” a própria discussão do tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da Crise Contemporânea a partir de seus conceitos e características e principalmente objetivando a diferenciação entre um contexto de crise no século XX e na atualidade, forneceu a compreensão, formulada por Bauman e Bordoni, de se viver em estado constante de crise. A partir da assimilação da abstração dos contextos de crise na atualidade, e de sua capacidade de auto regeneração e retroalimentação, se assimila a compreensão de um Hábito de Crise.

Essa mudança de paradigma, entre a crise passageira e a crise tão persistente ao ponto de se tornar regra e não exceção, permitiu que se adentrasse nos fundamentos de Bauman e Bordoni para a crise contemporânea.

Se introduz assim a contradição endêmica dos contextos críticos atuais, a admissão da crise não indica, obrigatoriamente, que se identifica uma solução, muito menos que se delimita uma origem, uma justificativa ou até mesmo uma amplitude para a crise que se vivencia.

O fundamento principal, que também se conecta à proposta de solução apresentada pelos autores, perpassa o enfraquecimento do Estado Social, que anteriormente possuía como características fundamentais o Poder e a Política.

A política como aquele que diz para onde ir em um momento de crise, que escolhe o que fazer e como fazer. O poder como aquele que leva as coisas a cabo, que torna real o que a política decidiu como solução.

Este Estado enfraquecido e cronicamente afetado pelo déficit de poder é rebaixado de motor do bem-estar social para seu maior inimigo. Segundo Bauman, um retorno para um momento em que o Estado se fortaleça e possa novamente ocupar um espaço de grande resolutor de crises depende de um novo casamento entre estas forças: o poder e a política.

A judicialização dos efeitos da crise aparece justamente como uma consequência desta busca por resolução. O judiciário aparece então como

um último refúgio estatal de poder coercitivo e é escolhido como responsável por delimitar os contornos sociais e os efeitos práticos da crise.

A jurisprudência da crise surge a partir da constante busca por essa delimitação, e um material jurisprudencial que toma o contexto de crise como fundamento passa a ser construído.

Como principal característica do fenômeno se objetivou destacar a possibilidade de mutabilidade constitucional conforme necessidade sociais, destacando o entendimento, compartilhado entre diversos autores portugueses e brasileiros, de que a readequação do entendimento de um Corte Constitucional não representa necessariamente um retrocesso social, mas sim uma busca pelo resguardo de valores conectados ao interesse público comum.

Nesse sentido, é essencial destacar entre as considerações finais algumas críticas à atuação da corte constitucional portuguesa, principalmente como ponto de atenção para a avaliação da jurisprudência da crise brasileira, que, conforme demonstrado, está em construção.

Entende-se que os pontos principais de atenção da justiça constitucional seriam: O cuidado em não atuar como legislador positivo, interferindo de maneira abusiva nas decisões de um poder que possui respaldo democrático; A prudência no uso de princípios abstratos, em detrimento de regras constitucionais expressas, para flexibilizar direitos em contexto de crise; A valorização de agentes externos e do respaldo de normas externas em detrimento da conformidade com as normas constitucionais internas; A não justificação abusiva de flexibilização de direitos com base somente em uma alegação de situação de emergência, um contexto de crise não dá respaldo para a ausência de fundamentação adequada de uma corte constitucional.

Por derradeiro, o principal ponto de atenção situa-se na necessidade de admissão expressa de uma situação jurisprudencial de crise para: limitar a abrangência de suas decisões a um contexto expresso de crise, impedindo o uso do material jurisprudencial em um contexto de normalidade, que pode gerar flexibilizações abusivas de direitos; criar delimitações temporais para os efeitos de suas decisões, impedindo efeitos prolongados de maneira desnecessária; e, ainda permitir uma facilitação na interlocução entre os poderes, visto estar expresso que, uma vez ausente o contexto de crise, o comportamento jurisprudencial da corte deve mudar.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, J. M. **O Impacto Jurídico da Jurisprudência da Crise.** *Em: DEBATES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE EM TEMPO DE VIRAGEM*, 2014, Correia da Serra - Portugal. **Anais [...]**. Correia da Serra - Portugal: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson, 2014. p. 7. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.p df. Acesso em: Abril 2022.

ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito.** Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BAUMAN, Zygmunt; AGUIAR, Renato; BORDONI, Carlo. **Estado de crise.** Tradução Renato Aguiar. - 1.ed. - Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CARBONARI, Paulo César Carbonari. **Educação em direitos humanos:** esboço de reflexão conceitual. Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 152-163.

COUTINHO, Pedro. **“Crise, disse ela”: A jurisprudência da crise do tribunal constitucional português - uma visão panorâmica.** Revista Julgar, Editora Almedina, Coimbra - Portugal, nº 34, p. 87 - 99, janeiro - abril, 2018. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/JULGAR-34-04B-PC.pdf>>. Acesso em: Junho de 2022.

LEAL, Fernando. **O Supremo e a pandemia: é preciso uma jurisprudência da crise?** JOTA. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/stf-pandemia-crise-jurisprudencia-01042020>>. Acesso em: Abril de 2022.

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

MENDES, Gilmar. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais.** Observatório Constitucional. CONJUR. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: Abril de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF. **ADI 6363 MC-Ref**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE

DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 23-11-2020 PUBLIC 24-11-2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **ADI 1764**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 28-05-2020 PUBLIC 29-05-2020

VILLAS BÔAS, Regina Vera; VÉRAS, Gustavo Rodrigues. A desconstrução do princípio da separação dos poderes e a ascensão do ativismo judicial: a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional. **Revista Argumenta Journal Law**, nº 36, jan/abr/2022 (pp. 395-415),.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; FERNANDES, Francis T. Prática de ativismo judicial ou diálogos contemporâneos entre áreas do conhecimento? Efetividade dos direitos fundamentais, concretizando a justiça. **Revista do Direito Privado**, Coord. N.Nery Jr. SP: Editora RT, nº 65, Ano 17, jan/mar/2016 (pp. 55 a 72).

VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2). p. 441 - 464. Jul-Dez, 2008.

'Notas de fim'

1 Paulo César Carbonari. Educação em direitos humanos: esboço de reflexão conceitual. Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 152-163.

2 Artigo 104º, nº1: O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

3 Artigo 105º, nº 4: O Orçamento prevê as receitas necessárias para cobrir as despesas, definindo a lei as regras da sua execução, as condições a que deverá obedecer o recurso ao crédito público e os critérios que deverão presidir às alterações que, durante a execução, poderão ser introduzidas pelo Governo nas rubricas de classificação orgânica no âmbito de cada programa orçamental aprovado pela Assembleia da República, tendo em vista a sua plena realização.

