

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

Roger Vitório Oliveira Sousa

Resumo

O contexto caótico ensejado pela crise oriunda da pandemia torna necessária a instauração de um debate no qual se evidencie a posição do Poder Judiciário – dentro de uma atuação colaborativa com os demais poderes – na contenção dos efeitos dessa situação excepcional. Nesse sentido, analisa-se a figura conhecida como “Jurisprudência da Crise”, conjugando-a com o princípio da vedação ao retrocesso e identificando em que consistem os chamados “Limites do Sacrifício”, referenciados pelo Tribunal Constitucional Português. Nesse caminho, passa-se ainda pela compreensão da função típica do Poder Judiciário, da possibilidade de superação de certas jurisprudências atuais em virtude do momento de crise e, até mesmo, sobre uma possível inconstitucionalidade circunstancial de tais jurisprudências anteriores. Por fim, contempla-se o possível surgimento de uma jurisprudência da crise brasileira, com base em recentes julgados proferidos pela Corte Constitucional.

Palavras-chave: “Jurisprudências da Crise”. Vedação ao Retrocesso. Direitos Sociais. “Limites do Sacrifício”.

Abstract

The chaotic situation created by the crisis of the COVID-19 pandemic made necessary the discussion about the justice position – in a collaborative actuation with the other branches of power – in the overcoming of the effects emanated from this exceptional circumstance. The “Crisis Jurisprudence” will be analyzed in light of the Prohibition of Retrogression principle and identifying what are the so called “Sacrifice Limits”, mentioned by the Portuguese Supreme Court. Not only that, will be necessary to understand the typical functions of the Judiciary branch, the overruling of some precedents thanks to the conjuncture and even the circumstantial inconstitutionality of said precedents. Finally, there is the necessity to verify the birth of a brazilian “Crisis Jurisprudence” from some recent Supreme Court decisions.

Keywords: “Crisis Jurisprudence”. Prohibition of Retrogression Principle. Social Rights. “Sacrifice Limits”.

1 Introdução

A tendência contemporânea, em virtude da situação periclitante em que se encontra o país, é verificar o que cada ramo estatal pode fazer para combater os efeitos da crise vindoura. O Poder Judiciário, enquanto pacificador de conflitos, terá especial posição nessa nova dinâmica instaurada por conta da instabilidade social. E isso em virtude de seu acionamento pelos que se sentem lesados pela atuação do Estado adequada ao momento da crise. A principal arma disponibilizada a este ramo é justamente a possibilidade de promover uma adequação de suas prévias compreensões ao momento em que o conflito se encontra inserido. E isso sob pena de desconsiderar a conjuntura única que existe na atualidade, podendo causar prejuízos irreparáveis ao realizar uma interpretação que impacte negativamente os demais âmbitos da sociedade. A hora, portanto, não é de apreço a formalismo ou saudosismo de velhos entendimentos: é, pelo contrário, a hora de promover as adaptações necessárias a permitir a tomada de decisões pelos poderes eleitos.

Essa discussão terá o intuito de elaborar justamente acerca dessa adaptação das jurisprudências anteriores, se enquadrando tal adaptação no conceito da expressão “Jurisprudência da Crise”. Colhendo-se a visão doutrinária sobre o instituto, é necessário expandir a compreensão de sua atuação em face de princípios como a vedação ao retrocesso e a figura dos limites do sacrifício, que basicamente indicam qual seria o ponto a partir do qual o legislador e o executor não poderiam mais dispor ou flexibilizar determinado direito. Esses princípios configuram verdadeiras balizas para a adequação que o Poder Judiciário promoverá das atividades estatais às disposições contidas na Carta Magna.

Para se compreender em que consistem, realmente, as jurisprudências da crise, também deve ser verificada a atribuição típica dada pelo princípio da tripartição dos poderes ao Poder Judiciário, qual seja, a capacidade de decidir com força de definitividade. Dentro desse universo conceitual é exigida a análise do significado de jurisdição e a posição em que se situarão, em virtude do panorama vigente, as jurisprudências pretéritas que, a despeito de se apresentarem totalmente coerentes com o ordenamento jurídico pátrio até o momento de instauração da crise, agora se encontram em descompasso com as necessidades, urgências e riscos deixados pelo COVID-19.

A progressão natural do debate leva a que se analise, em termos gerais, qual tem sido a experiência da Corte Constitucional brasileira em lidar com as complexas questões que lhe foram colocadas para solução durante esse período, especialmente considerando as inúmeras confecções legislativas e administrativas que acabam por interferir nos direitos constitucionalmente assegurados e nos princípios administrativos tão queridos pela Carta Magna. Questiona-se o possível alvorecer, no Brasil, da formação de jurisprudências adequadas à situação delicada contemplada no país.

O audacioso escopo exige o exame da literatura jurídica especializada dos mais diversos ramos do direito. Não só isso, é essencial a identificação da experiência portuguesa, país de onde se extraem os principais exemplos de jurisprudência da crise, com o fito de usar do aprendizado estrangeiro para verificar as decisões mais coerentes levando em conta o impacto que cada conduta decisória teve no companheiro lusófono. A pesquisa se estrutura, assim, em estudo qualitativo com análise bibliográfica.

Como objetivos, portanto, vê-se que os gerais são o estudo do fenômeno da jurisprudência da crise e a sua possível formação e, portanto, presença, no Brasil. Por outro lado, especificamente, faz-se necessário indagar qual a posição do poder judiciário dentro do contexto de crise, sua relação com os demais poderes e o que acontece com as jurisprudências previamente firmadas mas que não se adéquam ao presente momento.

2 A possibilidade da formação de jurisprudências da crise em tempos de pandemia

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

A eclosão da pandemia decorrente do coronavírus (COVID-19) pegou o mundo de surpresa e com o Brasil não foi diferente. Em terras tupiniquins o estado de calamidade pública foi reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e, desde então, os três poderes – ou funções estatais – têm, nas diversas esferas em que presentes, federal, estadual e municipal, atuado de forma ativa para conter o avanço da mácula. Seja pela edição de medidas provisórias ou decretos, como feito pelos diversos poderes executivos da nação, seja pela confecção de leis adaptadas à situação drástica em que inserido o país, por parte do poder legislativo, é possível ver condutas que tentam adaptar o Brasil ao caos que tem se instaurado. Por parte do poder judiciário, não deve ser diferente. Diga-se, aliás, que já há burburinho na doutrina sobre a formação de uma jurisprudência de crise no âmbito pátrio, a moldar as jurisprudências para que sejam adaptadas ao contexto atual (MENDES, 2020). Dito isso, cumpre, inicialmente, compreender a real significação da expressão “jurisprudência da crise”, a se partir, de então, ao avançar do debate.

2.1 Jurisprudência da crise: conceito, experiências no direito comparado e cabimento no Brasil

A jurisprudência da crise é uma expressão que foi inicialmente alcunhada para designar o conjunto de decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional de Portugal acerca da constitucionalidade de medidas orçamentárias e sociais tomadas no contexto da crise econômica experienciada por aquele país, medidas essas que visavam mitigar os efeitos da crise e reerguer o país da precária situação que se estabeleceu em virtude da retração econômica mundial a partir de 2.008 (FERREIRA, 2018).

Ocorre, todavia, que essa situação não foi exclusiva daquele país, o que levou a doutrina a criar um conceito que definisse o fenômeno de forma a abarcar as experiências posteriores que o verificariam. Pinheiro (2014, p. 170), por isso, a explica ao indicar que “a ‘jurisprudência da crise’ traduz um ‘processo negocial’ entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as ‘exigências das circunstâncias’.”

A ideia de jurisprudência da crise perpassa pela compreensão da noção de vedação ao retrocesso e sua conjugação com certos sacrifícios inerentes ao momento e à realidade em que inserida determinada norma ou atuação estatal. É lição da doutrina a identificação da vedação ao retrocesso como a invalidade da supressão de disposições que, regulamentando um direito fundamental – e que, conforme abalizada doutrina, configure um mínimo essencial e inafastável –, permitem o desabrochar de sua eficácia, quando tal supressão não for acompanhada de dispositivo ou ato substitutivo (BARCELLOS, 2018).

A jurisprudência pátria tem se mostrado bastante pacífica ao reconhecer a existência, no ordenamento brasileiro, do princípio de proibição do retrocesso, considerado como o princípio que impossibilita ou veda a extinção de direitos fundamentais já outorgados pelo Estado, a se evitar um regresso a patamar civilizatório mais primitivo que o atual. Nesse sentido, por exemplo, como reconhece o Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, (BRASIL, 2017, p. 35), ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário nº 878.694, Minas Gerais, julgado pela sistemática da repercussão geral:

Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que

- (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.

Da leitura da compreensão do membro da Corte mais alta é possível concluir, por exemplo, que não se trata de impedir a modificação de certos direitos fundamentais ou sua mitigação em determinadas hipóteses. Pelo contrário, até porque tem-se, por aqui, o entendimento de que não há direitos absolutos (MENDES, 2017). Na verdade, a vedação ao retrocesso significaria, isso sim, uma limitação à atuação estatal que aniquile ou desnature aquele direito e não necessariamente uma vedação à sua regulação de forma alternativa à já realizada. E essa mesma compreensão é vista adotada pela própria Constituição Federal de 1.988, em seu art. 60, § 4º (BRASIL, 1988). Pelo dispositivo, proíbem-se as emendas constitucionais cujo intuito seja abolir ou extirpar do ordenamento jurídico os direitos e as garantias individuais. Em análise ponderada, é isso que informa BARCELLOS (2018, p. 75, grifo meu):

[...] é equivocado imaginar que a proteção ampliada de um específico direito fundamental será sempre o meio adequado de promover e proteger a dignidade humana das pessoas. É provável que, em sociedades nas quais há mais mão de obra que empregos, o incremento progressivo dos direitos trabalhistas tenha como efeito a ampliação do mercado informal de trabalho (no qual direito algum é assegurado); que a ampla proteção de direitos da personalidade possa trazer prejuízos à liberdade de imprensa e ao controle social dos atos do poder público; que a ampliação de determinadas modalidades de assistência social possa gerar vínculos clientelistas, com prejuízos para a autonomia privada em geral dos beneficiados e a autonomia política em particular, e assim sucessivamente.

Desses termos, pode-se ver que a jurisprudência das crises nasce já como uma figura adequada a essa noção de vedação ao retrocesso. Ou, se adotada a ideia mais conservadora, no sentido da imutabilidade dos direitos fundamentais, poderia ser entendida como uma atenuação do princípio, mas não no tocante a quaisquer direitos, e sim apenas à categoria dos direitos sociais, uma vez que seria inviável, de qualquer forma, pensar numa tutela parcial aos direitos de primeira geração, os quais correspondem a verdadeiras limitações à ingerência do leviatã. Seria incongruente pensar, por exemplo, numa garantia parcial à liberdade religiosa (TSAKYRAKIS, 2017).

Nesse sentido, a depender do contexto e da situação fática em que inserida a análise realizada pelo intérprete, a figura da jurisprudência da crise seria uma interpretação que valoriza o texto constitucional e mantém uma regulação mínima, a se evitar que a manutenção de uma compreensão realizada outrora, em momentos menos trágicos, causasse impactos econômicos e sociais ao Estado e à coletividade. É compreensão semelhante a trazida neste trecho do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, do STF, no bojo da ADI 1.764/DF (BRASIL, 2020, p. 34):

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.

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

De se observar, a partir disso, que, na experiência portuguesa, em diversos julgamentos da Corte Constitucional daquele Estado Soberano foram considerados constitucionais dispositivos que diziam respeito à chamada “política de austeridade”, a qual basicamente representava uma busca de redução de despesas e incremento de receitas. Na interpretação daquele tribunal, pois, a inconstitucionalidade não dependeria apenas do texto, mas envolveria toda uma análise acerca do contexto em que inserido o diploma (FERREIRA, 2014).

É interessante notar que, no caso específico dos direitos sociais, estes dependem, para sua implementação, de ações estatais. Referem-se, desta forma, a atuações positivas do Estado. Nessa linha, sua interpretação sempre tem que ser realizada tendo em vista a capacidade econômica do Estado. A própria ideia proposta pela noção de jurisprudências de crises é a de que haveria um ativismo judicial através do qual seria levado em conta o contexto de introdução de uma determinada norma ou medida para se determinar se esta seria ou não coerente com o ordenamento jurídico em que inserida. No caso específico dos direitos sociais e das intervenções nele realizadas, a interpretação levaria em conta a própria logicidade dessas prestações positivas: elas poderão ser maiores ou menores conforme a capacidade estatal de provê-las. As flutuações econômicas, portanto, impactariam direta e indiretamente na alocação dos recursos por parte do gestor. Quando estes estivessem escassos, a oferta também deveria ser regulada para ser adequada à nova realidade. Em termos simples, a extensão concedida a dado direito social dentro de uma sociedade seria diretamente proporcional aos recursos disponíveis e à distribuição realizada pelo administrador (TSAKYRAKIS, 2017).

Entram nessa análise entre despesa e serviço teorias como a reserva do possível, criadas justamente para operacionalizar essa conjugação entre prestação positiva e capacidade econômica do Estado. Difícil seria imaginar, por exemplo, como aconteceu na Alemanha, que se exigisse a abertura, no ensino público, de vagas, para ingresso no ensino superior, suficientes para serem preenchidas por todos aqueles que aspirassem determinada área (NOVELINO, 2016).

A Reserva do Possível, todavia, não significa que o Estado possa se escusar de ofertar as prestações garantidas como direitos fundamentais pela Constituição Federal. Na verdade, a jurisprudência pátria já teve a oportunidade de afastar essa alegação ao tutelar o núcleo essencial dos direitos garantidos.¹ O que ocorre, realmente, é a imposição de um dever ao Estado: que ele, através da eficiência que configura princípio norteador de sua atuação, maximize a utilidade de seus recursos e atenuar o impacto da reserva do possível, a efetivar pelo menos o núcleo mínimo das prestações devidas (SARLET, 2017). A visão de Pompeu e Pimenta (2017, p. 225) sintetiza essa lógica peculiar:

Muito embora os direitos sociais sejam fundamentais, não podem ser considerados em detrimento da situação financeira do Estado. A mudança no sistema econômico exige a mudança do sistema social. Os direitos sociais implicam em custos e nesse diapasão exigem que os custos sejam levados a

¹ Observe-se, por exemplo, o caso enfrentado no Recurso Especial nº 1.185.474, Santa Catarina (BRASIL, 2010). A Corte Superior afastou a alegação de violação à Reserva do Possível no caso concreto justamente ao esclarecer que é incabível e inaplicável a Reserva do Possível em face do mínimo existencial. Assim, enquanto o instituto corresponderia a um desafio acerca da alocação de recursos nos diversos âmbitos patrocinados e mantidos pelo Estado, não haveria escolha a ser realizada quanto a alocar valores que fossem destinados à manutenção de direitos ditos “prioritários”.

No julgamento, todavia, ressaltou-se a hipótese em que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento desse núcleo mínimo, continuasse a existir o déficit. Nesse caso, não teria ocorrido escolha do administrador, mas real carência orçamentária, hipótese em que não haveria uma omissão injustificada. Respalidou-se, desta forma, uma interpretação apta a conjugar tanto as possibilidades estatais quanto o âmago mínimo de direitos fundamentais estabelecido pela Carta Magna.

sério. O modelo de estado social adotado tanto pelo Brasil como por Portugal trouxe incapacidade financeira, um sobrecarregamento dos cofres públicos que precisa ser revisto antes que os países entrem em colapso financeiro. A concretização dos direitos sociais não pode significar a erosão dos recursos públicos.

Extraí-se dessa análise que a decisão política de alocação de recursos e criação ou extensão de benefícios sociais deve ser realizada com a noção da capacidade do Estado em prover o que é prometido, sob pena da criação de promessas vazias ou do risco de quebra da nação. Ocorre, todavia, que os poderes políticos, Legislativo e Executivo, não são os únicos envolvidos na condução estatal. O Poder Judiciário existe justamente como contraposição às decisões políticas, para garantir a manutenção dos preceitos constitucionais e de um arcabouço de dignidade mínimo. Num momento de excepcionalidade, a atividade interpretativa teria de ser realizada de acordo com o momento social, a se evitar que os planos de gestão e de superação da crise econômica, elaborados pelos poderes Legislativo e Executivo, sejam desconfigurados. Mencione-se, não obstante, que eventual admissão, por parte do Poder Judiciário, das medidas de austeridade², materializada na formação das ditas jurisprudências da crise, deve ser realizada levando em conta a temporariedade das medidas e sua proporcionalidade. Não se fala em uma mitigação absoluta, que dure para além dos momentos de adversidade (MADURO, 2017). Há, em verdade, somente uma leniência com vistas a uma posterior prosperidade, através das economias feitas e do reerguimento das instituições.

2 Do Poder Judiciário e sua posição como efetivador da interpretação das normas

Cumpra, agora, após observar o conceito e as experiências portuguesas das jurisprudências da crise, entender quem é o poder judiciário brasileiro e qual o seu papel enquanto parte do poder uno e indivisível estatal.

2.1 Poder Judiciário e jurisdição

Cabe ao Poder Judiciário, de forma típica, o exercício da função jurisdicional. De forma atípica, poderá, também, exercer as funções legislativas e executivas. Essa é a compreensão moderna da tripartição dos poderes: uma visão dinâmica, interseccional, e não uma concepção rígida e inafastável, na qual cada poder só exerceria sua função, sem contato com as demais (MALUF, 2018). Seguindo essa perspectiva, a doutrina costuma delinear a atuação do poder judiciário vinculando-a à noção de jurisdição (SILVA, 2005). Mas o que seria essa jurisdição? A matéria não é pacífica. Contudo, a posição majoritária costuma definir a função jurisdicional como aquela em que se julga, aplicando a lei, de forma definitiva, a um caso concreto, posto à apreciação do estado, e resultante de um conflito de interesses (MORAES, 2018). Segundo Jorge Miranda (2002, p. 365):

Na função jurisdicional define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entidades públicas e aplicação de sanções), e em abstracto, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de actos jurídicos (maxime, de actos normativos).

² As quais, como evidenciado, seguem a mesma lógica da Reserva do Possível, objetivando dar um novo fôlego ao Estado e aos particulares ao flexibilizar ou otimizar determinados direitos.

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

O Poder Judiciário é, assim, aquele a quem foi incumbida a tarefa primordial de pacificação social. Caberá a ele resolver os conflitos tomando decisões com caráter de definitividade, substituindo-se às vontades das partes, quando necessário, e obrigando-as à aceitação do decidido. Essa atuação, todavia, está longe de ser ilimitada. O julgador deverá, por exemplo, obedecer o dever constitucional e legal de fundamentação, os parâmetros delineados pela lei para balizar a decisão judicial e até mesmo observar os próprios limites de sua competência.³ A ideia de limitar o exercício do poder por parte daqueles que podem usá-lo vai ao encontro do próprio princípio da tripartição dos poderes, inclusive consagrado na Carta de Ulysses Guimarães, o qual sempre objetivou evitar que o poder se concentrasse nas mãos de uma pessoa só, evitando-se, em consequência, despotismos e abusos. Em síntese (HACK, 2012, p. 152):

[...] no Brasil, só o Judiciário tem o poder de assim atuar tomando decisões em caráter definitivo. Ou seja, uma vez transitada em julgado a decisão, quando contra ela não mais cabe recurso, torna-se definitivo o seu conteúdo e deve ela ser obedecida pelas partes do processo. A tarefa do juiz não é livre. Para tomar sua decisão, ele deve seguir uma série de critérios, que devem ser expostos em sua decisão, de forma que possam ser posteriormente contestados em recursos pela parte prejudicada. Ainda, o juiz está restrito à aplicação da lei, mesmo que não concorde com o seu conteúdo. Desse modo, a tarefa do Judiciário nada tem a ver com fazer justiça, mas, sim, com a aplicação da lei. O conceito de justiça está fora do direito, porque é vago e subjetivo.

É nítido, na toada do citado, que o julgador deve exercer seu mister de forma objetiva, dentro dos limites impostos pela lei e com a observância dos ditames constitucionais. Ocorre, todavia, que não deve sua atuação se reduzir à mera aplicação do tipificado na norma. Pode-se, por exemplo, afastar uma norma no caso concreto, reconhecendo-a como inconstitucional, em plena demonstração do controle difuso de constitucionalidade, exercitável por todos os juízes do território nacional. E isso se faz necessário para permitir que seja concretizado o direito constitucional de acesso à jurisdição (BARCELLOS, 2018). Tendo em vista essa possibilidade, a atuação judiciária no sentido de regular os abusos cometidos pelos demais poderes, enquanto atualiza temporariamente as próprias concepções para se adaptar à nova jornada que espera o país no período de crise e no pós-crise, se fará ainda mais necessária.

2.2 Superação temporária da jurisprudência consolidada e formação de jurisprudências da crise

O papel do Poder Judiciário, no decorrer da crise, será o de verdadeiro protagonista na regência e na disposição dos inúmeros conflitos sociais que tendem a surgir em virtude das criações legislativas e atuações estatais voltadas a adequar o país à nova realidade estabelecida ensejada pela pandemia. Caberá, portanto, ao julgador, dentro de sua esfera de sensibilidade, analisar o caso concreto, não apenas com uma visão estanque ou legalista do ordenamento jurídico, mas verificando o impacto que sua decisão pode tomar no âmbito economicossocial. E diz-se “julgador”, em vez de mencionar apenas a Suprema Corte, justamente por ser possível aos juízes e aos tribunais reconhecer, casuisticamente, a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, de forma difusa. Aliás, aos Tribunais o STF, interpretação a Lei Maior, já

³ Por competência, entendem-se as parcelas do poder estatal cujo exercício é atribuído a cada órgão. A jurisdição é una, sendo impossível ser dividida. Seu exercício, no entanto, pode e deve ser distribuído entre diversos atores (GRINOVER, 2013).

reconheceu até mesmo a possibilidade de controle abstrato em certas hipóteses (MENDES, 2017).

Essa posição única dos incumbidos de dizer o direito poderia elevar, seguramente, o respaldo deste Poder. E não se nega que seja ele um poder reconhecidamente técnico, conforme identificado pela doutrina, a se afastar, inicialmente, uma intervenção nas políticas públicas que deforme o ideário daqueles que foram legitimamente escolhidos para representar os detentores do poder. Por outro lado, sempre foi atribuído ao titular da jurisdição o poder de fazer o cotejo das normas entre si e delas em face da Carta Política. Excerto de MALUF (2018, p. 181) elucida essa notável dinâmica, identificando a relação estabelecida entre o Poder Judiciário, regulador da legalidade da atuação do Leviatã e da integridade do ordenamento jurídico, e os demais poderes:

É o Judiciário um órgão técnico por excelência, não eleito, e não pode sobrepor-se ao Legislativo, que representa legitimamente a soberania nacional. Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais resulta da aplicação de regras variáveis de hermenêutica e de opiniões doutrinárias mutáveis, oscilando, por isso, segundo o ponto de vista de cada magistrado e ao sabor de majorias transitórias. Como órgão que interpreta e aplica a lei, o Judiciário tem uma certa supremacia sobre todos os demais órgãos do Estado, o que não é mais do que um reflexo da supremacia do próprio Direito. Mas isso não significa que o Judiciário seja um “superpoder”. É órgão técnico, especializado, e, como tal, as suas decisões devem ser desde logo acatadas pelos dois outros poderes, os quais deverão reconsiderar a lei, o decreto ou o ato administrativo, em face de uma sentença definitiva. Decorre esse dever da concepção do Estado de direito, onde a soberania, em última análise, é da lei.

Com a crise, a tendência é o aumento no exercício do direito de ação por parte dos súditos do Estado. Sejam ações em face de empresas, sejam ações em face de condutas estatais, o Poder Judiciário será muito requisitado. Em virtude disso, deverá ofertar o provimento jurisdicional. Esse provimento, contudo, deverá ser abalizado pela proporcionalidade e com atenção aos impactos adjacentes que serão provocados pela decisão. Dito de outra forma, a prestação jurisdicional deverá levar em conta, além dos parâmetros técnicos sempre considerados, o contexto de crise, a necessidade de superação da crise econômica, o intuito do legislador e do executor ao adotar determinada medida, a exemplo dos regimes de transição estabelecidos com o objetivo de manter empregos ou regular as relações cíveis em tempos de pandemia, e, ainda, ao verificar a legalidade e a constitucionalidade de tais medidas, interpretá-las no âmbito extraordinário em que se situam. Verificar-se-ia, através desses instrumentos de auxílio à interpretação realizada pelo julgador, uma superação parcial e transitória de certas jurisprudências, consolidadas em momentos mais prósperos, as quais, se mantidas, poderão ocasionar lesões irreparáveis à ordem pública, ao âmbito social e à esfera econômica.

Na verdade, o Código de Processo Civil, ao estabelecer que “aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, na dicção de seu art. 8º, pode ser interpretado justamente a se concluir pela flexibilização dessas jurisprudências prévias, as quais foram formadas durante um momento histórico diferente e menos conturbado, para que sejam temporariamente superadas, a se admitir uma autorização à formação de jurisprudências da crise durante esse momento delicado. Sobre o dispositivo, Cruz e Tucci elucida, magistralmente (2015, p. 17):

A primeira parte do enunciado do art. 8º é repetição do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), pelo qual é autorizada a adequação das normas no momento de sua incidência. A interpretação a partir da finalidade social da lei deve nortear toda aplicação do

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

ordenamento jurídico. O conceito de bem comum depende de aspectos políticos e ideológicos, e, ainda, de diversos elementos ou fatores, que encerram importantes valores, como a liberdade, a paz, a justiça e a segurança. O ordenamento jurídico é construído à luz da concepção do bem comum, vale dizer, dos ideais pelos quais uma determinada sociedade é regida.

Conforme elucidado, a disposição da legislação adjetiva respalda interpretações que afastem uma concepção meramente legalista, dando azo ao uso de instrumentos como a interpretação teleológica, a sistemática e a sociológica, a fim de admitir que a decisão proferida se enquadre na conjuntura politicossocial vigente. É evidente que esse reforço trazido pelo Código de Fux, no sentido de se afastar a visão estanque do juiz como mero intérprete da literalidade da norma, reconhecendo e respaldando a verdadeira atividade criativa realizada pelo julgador, é visto como um vetor principiológico do novo processo civil (GAJARDONI, 2017).

Ao esclarecer que cabe ao juiz interpretar a norma, no caso concreto, de forma a adaptá-la à situação que ensejou a lide, a *lege* processual parece adotar uma posição que admite, em vez de rechaçar, a possibilidade de jurisprudências adaptadas a um universo inesperado de ocorrências. Explica-se: a própria definição de jurisprudência de crise, quando consideradas enquanto o conjunto de compreensões proferidas pelos julgadores nas quais se possibilita uma mitigação episódica de determinados direitos em virtude do contexto em que proferidas, é, basicamente, um exemplo concreto da aplicação da jurisdição enquanto atividade criativa. O Poder Judiciário português, por meio de seu órgão de cúpula, não fez outra coisa que não identificar a realidade em que inseridas as medidas de austeridade promovidas em virtude da crise econômica que permeava aquele Estado e, com isso, deixar de aplicar de forma absoluta a vedação ao retrocesso.

A atuação judicial, isso sim, deverá ser balizada pela situação fática e em conformidade com uma interpretação que efetive os ditames constitucionais e balanceie os interesses na Carta de Outubro previstos. Colhe-se magistério de DIDIER (2017, p. 178) para elucidar a conceituação real de “atividade criativa”:

[...] não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Atualmente, reconhece-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Do que foi dito pelo autor é evidente a coincidência entre a ideia de jurisdição enquanto atividade criativa e o fenômeno das jurisprudências da crise. O instituto consiste exatamente nessa atividade de criação de uma norma no caso concreto, apenas dando maior peso às consequências do ato judicial e seus reflexos nos demais âmbitos sociais.

E se por um lado tem sido mencionada a possibilidade de flexibilização da vedação ao retrocesso – mas sempre de forma episódica, apta a contornar os efeitos da crise, sendo, pois, superada com o regresso à situação de normalidade –, com uma atuação democrática e colaborativa entre o Poder Judiciário, técnico, e os Poderes Legislativo e Executivo, políticos,

há que se mencionar que o protagonismo do poder judicante também é visto pelo prisma oposto: identificar os limites dessa mitigação, para que ela seja sempre excepcional e razoável.

Não seria admissível, em um Estado Democrático de Direito, a regressão irretratável e desarrazoada a um patamar civilizatório mais primitivo de forma permanente ou, mesmo que temporária, ao ponto de desfigurar ou aniquilar direitos previstos pela Carta Política. Seria, então, o caso de se avaliar as barreiras dessas mitigações. No âmbito português, houve o surgimento do que se convencionou chamar de “limites do sacrifício”, que corresponderiam, basicamente, às abdições que seriam razoáveis de serem exigidas de cada indivíduo ou de um coletivo, para a superação de um momento desafiador pelo qual passa o Estado. Parece ser um reflexo claro da proporcionalidade e da razoabilidade. Partindo dessa compreensão e aplicando a isonomia material, aquela Corte Constitucional considerou válida disposição legislativa que acaba por onerar mais – de forma mais intensa – uma categoria que se encontrava em posição privilegiada na organização social de Portugal. Como reconheceu aquela Tribuna, nos autos do Processo nº 72, de 2011, Acórdão 396/11, de relatoria do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro (2011, n. p., grifo meu):

O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, **quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.**

Por óbvio, em terras brasis o mero debater sobre a diminuição dos vencimentos e subsídios de agentes públicos seria muitas vezes mais complexo. Isso porque, em terreno pátrio, contrastando com o referido país europeu, a própria Carta Magna, aqui, tratou de assegurar aos servidores públicos a irredutibilidade de suas contraprestações remuneratórias. Sendo a irredutibilidade de subsídios e vencimentos direito adquirido qualificado, só seria afastável pelo advento de disposição constitucional nova. No tocante à manifestação originária do poder constituinte, a doutrina é uníssona quanto à possibilidade de afastar a observância ao direito adquirido. Por outro lado, quanto às meras emendas constitucionais há dissonância na doutrina, sendo majoritária a visão segundo a qual é, também, o direito fundamental oponível às manifestações derivadas do poder constituinte (NOVELINO, 2016).

Não obstante, as jurisprudências da crise vão além da mera noção de flexibilização ou modernização de direitos sociais ou da redução de gastos da máquina pública. Elas compreendem mais que isso. A conjugação de valores ínsitos aos diversos ramos do direito, como a preservação das empresas e a taxação estatal, a manutenção de empregos de empregos, a alocação de recursos financeiros em áreas prioritárias e a contraposição entre a oneração dos contribuintes por novos tributos, tendo em vista a necessidade estatal de recuperar suas reservas, e a capacidade econômica de uma sociedade desolada pela pobreza, tudo isso é incluído no

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

alcance dessas interpretações excepcionais. É isso que aponta Magalhães (2017, p. 11, grifo meu):

A jurisprudência da crise, contudo, vai além das demandas individuais e de grupos vulneráveis por direitos básicos. Todos os direitos envolvem custos. Diante da grave escassez, qualquer questão de grande repercussão econômica também representa um caso difícil, ao demandar a alocação de recursos pelo Judiciário. Como reconhece o Conselho Europeu, “a implementação do dever de maximizar a disponibilidade de recursos para a total realização dos direitos econômicos e sociais envolve constante monitoramento e fiscalização do gasto do dinheiro público: como ele é gasto, com o que e quem se beneficia disto”. **Há casos de todos os tipos. Dentre tantos, podem ser citados aqueles em que empresas buscam assegurar sua preservação; entes federativos divergem sobre a remuneração de endividamento público; grupos politicamente organizados procuram desesperadamente manter suas prerrogativas; a classe média discute remuneração de poupança e expurgos inflacionários; e fazendas públicas protelam a declaração (ou os efeitos) da inconstitucionalidade de seus tributos criativos.**

O impacto da pandemia tende, pois, a ser muito maior que o mero debate realizado entre particulares e o Estado e entre agentes públicos e o ente que os remunera. Alcance discussões entre particulares, como consumidor e empresa, discussões entre as próprias empresas e discussões até mesmo dentro do próprio poder público. Justamente em razão dessa miríade de possibilidades, nas quais poderão o legislador e o administrador atuar para adequar e conformar o Estado ao novo *status quo*, é que a atuação judiciária será ainda mais apreciada. Ao exercer sua função típica, é bem possível que o Poder Legislativo acabe por ultrapassar os limites de seus poderes – como, diga-se de passagem, já vinha ocorrendo desde antes, visão a ser reforçada pela sobrecarga imposta à jurisdição em virtude de conflitos do particular contra Estado –, da mesma forma, o administrador pode atuar de forma a ocasionar dano aos súditos. Ainda, na omissão desses poderes em regular a nova realidade imposta pela situação de saúde reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, também a intervenção judiciária se fará necessária. Por isso é tão importante que se reforce a necessidade de uma adequação de compreensões pretéritas já firmadas em momentos mais prósperos.

A esse respeito, é de se mencionar que os tribunais estaduais já começaram a perceber o impacto da pandemia e se apresentam na busca à adaptação de suas compreensões. Já se decidiu, por exemplo, atenuar a autonomia contratual no caso de inadimplemento, por parte do usuário, das mensalidades de plano de saúde (VITAL, 2020), a se conjugar a idade avançada da usuária, que já era idosa, e a extraordinariedade do período atual. Vê-se que a tendência é uma migração do eixo principiológico que antes se utilizava, no sentido de preservar as vontades das partes e não intervir em âmbito estritamente contratual, para uma visão protecionista, abalizada pelos termos do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, tal decisão não é sem seus riscos: é que se de um lado o consumidor está em situação ainda mais desamparada, em virtude momento presente, as empresas também sofrem com inadimplência e excesso de demanda por parte dos usuários. Já há, inclusive, vozes na doutrina que, embora sem fazer menção direta ao fenômeno das jurisprudências da crise, militam em favor de uma superação daquele arcabouço de compreensões anteriormente firmado, tendo em vista a conjuntura do país (MARTINS FILHO, 2020). E se há aqueles que defendam a superação de jurisprudências trabalhistas, a se dar um novo respaldo ao princípio da preservação das empresas⁴, há outros, com visão mais

⁴ Um exemplo seria visto nos casos em que é aplicada a responsabilidade civil objetiva ao empregador, pelo acidente de trabalho sofrido pelo empregado, em virtude de a atividade desenvolvida ser de risco. Em situações como as tais, já há quem defenda que essa responsabilização objetiva deveria ser afastada

protetiva, que se posicionam contra medidas consideradas, de certa forma, gravames aos consumidores, impostas na forma de leis e regulamentos (SQUEFF e TARGA, 2020).

2.3 Da Inconstitucionalidade Circunstancial das jurisprudências previamente firmadas e que não se coadunem com o contexto da pandemia

A manutenção de compreensões consolidadas que não observem a nova realidade a que o Brasil está submetido em virtude da eclosão, em larga escala, da pandemia no país, pode levar à consideração de que são inconstitucionais, do ponto de vista circunstancial. Essa inconstitucionalidade, a circunstancial, é aquela na qual embora o ato seja constitucional, em determinadas circunstâncias sua natureza transmuda, a ser compreendido, em virtude daquelas peculiaridades, como inconstitucional (PADILHA, 2020).

Veja-se, por exemplo, que decisões que onerem excessivamente empresas e empregadores podem violar, dependendo da extensão, os princípios de livre concorrência, propriedade privada e de livre exercício da atividade econômica, todos consagrados no art. 170 da Carta Política (BRASIL, 1988). Ademais, o objetivo de desenvolvimento nacional, previsto expressamente no art. 3º do mesmo diploma, também restaria ameaçado, sendo, por fim, colocado em risco o princípio de busca do pleno emprego, previsto no retromencionado art. 170, CF.

Por outro lado, o sopesamento dos princípios previamente frisados e ainda do princípio da preservação da empresa em face dos direitos de vulneráveis, como consumidores e empregados celetistas, também deve levar em conta a posição amplamente desfavorável em que se encontram tais indivíduos, não sendo ponderado, unicamente, o momento econômico e a situação gravosa em que inseridas as finanças da maioria das empresas.

Aliás, em sentido semelhante, caberá ao Poder Judiciário, afastar de aplicação normas que se mostrem afetadoras do núcleo essencial de proteção da Carta Magna. Nesse sentido, por exemplo, a norma da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, que visava impor ao empregado o ônus de comprovar o nexo causal entre o labor e a contaminação por COVID-19, para fins de seu enquadramento como mazela ocupacional, se mostrava inconstitucional, tendo em vista que tornava excepcional a seguridade social pela Carta Política garantida, transferia ao empregado um ônus excessivo, qual seja, comprovar que contraiu a doença em virtude do trabalho, impondo, assim, verdadeira prova diabólica por lei, além de aumentar a diferença de situação jurídica existente entre empregador e empregado, sendo esse último, por óbvio, vulnerável em face daquele. O dispositivo mencionado, como se vê, violava gravemente a isonomia material, direito fundamental.

Se antes os tribunais e os juízes nem titubeavam ao afastar a aplicação de normas que mitigassem ou diminuíssem o alcance de direitos sociais, hoje a questão se mostra verdadeiramente mais desafiadora. Entendimentos dos tribunais superiores sobre redução salarial se alteraram em face das circunstâncias excepcionais, aproximando a realidade brasileira daquilo que foi experienciado em Portugal. Caberá, assim, aos agentes incumbidos de exercer a jurisdição, usando da sensibilidade inerente ao cargo, identificar se os sacrifícios impostos pelos poderes legislativo e executivo, como redução nos vencimentos e nos subsídios dos ocupantes de cargos públicos, enxugamento da máquina pública, adequação dos investimentos nos serviços essenciais e avais à redução salarial dos empregados celetistas, se

quando o empregado contraísse o vírus da COVID-19, uma vez que, diante do contexto, haveria que se falar em um risco generalizado, sob pena de se criar, também, uma responsabilidade objetiva generalizada. Manter-se-ia, portanto, a responsabilização objetiva apenas aos empreendimentos de saúde. Nos demais casos, aplicar-se-ia a responsabilidade subjetiva na modalidade “culpa presumida”, a ser afastada ela caso demonstrada a obediência aos parâmetros de segurança do trabalho determinados pelos órgãos competentes (MARTINS FILHO, 2020).

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

tudo isso é razoável e proporcional, dentro do caso concreto, ou se ultrapassa os “limites do sacrifício”, identificando aqueles que podem ofertar mais e aqueles que podem ofertar menos em nome da solidariedade social.

3 Indícios do surgimento de uma “jurisprudência da crise” brasileira

Por aqui, já é possível contemplar o germinar de uma jurisprudência da crise em virtude da pandemia. Contemple-se por exemplo o caso da ADI 6.363, Distrito Federal. São objetos da Arguição dispositivos da MP 936/20, os quais autorizam a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria.

Inicialmente, o relator da ADI, ministro Ricardo Lewandowski, em 6 de abril de 2020, deferiu a liminar pleiteada, de forma parcial, dando interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário, bem como os de suspensão temporária de contrato de trabalho deveriam ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, dentro do interstício de dez dias corridos, contado tal prazo da celebração, para que a associação trabalhista, se manifestasse interesse, deflagrasse a negociação coletiva, considerando-se a inércia como anuência ao acordado pelas partes.

Em sede de plenário, todavia, a tese do ministro foi rechaçada, sendo ele voto vencido, no que acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, os quais deferiam a cautelar com maior extensão. Prevaleceu a compreensão do ministro Alexandre de Moraes, para quem a previsão seria razoável, em face do contexto da crise (BRASIL, 2020).

Essa, todavia, é, dificilmente, a única experiência em terras brasis de uma aplicação do instituto. A medida cautelar indeferida na ADI 6.377/DF é outro exemplo claro em que, ponderando a gravosa situação fática que permeou a edição de determinado diploma normativo – no caso, a MP 927/20 – o tribunal, em cognição sumária, optou por manter as disposições e esperar que eventual controle, se cabível, fosse realizado pelo Poder Legislativo, durante o processo legislativo para a conversão da medida provisória em lei. Nos termos da compreensão vencedora, da lavra do ministro-relator Marco Aurélio (BRASIL, 2020), citando posição sua na ADI 6.346/DF:

O Brasil vivencia quadra inesperada, quadra de pandemia. Daí o Decreto Legislativo nº 6/2020 haver implicado a declaração de estado de calamidade pública. O momento é de temperança, de compreensão maior, de observância do arcabouço normativo constitucional. Com a referida Medida Provisória, buscou-se, acima de tudo, preservar bem maior do trabalhador, ou seja, a fonte do próprio sustento. Essa deve ser a óptica primeira, quer dos partidos políticos, quer das entidades de classe. Cumpre atentar para a organicidade do Direito e aguardar o crivo do Congresso Nacional quanto ao teor do diploma, não cabendo atuar com açodamento, sob pena de aprofundar-se, ainda mais, a crise aguda que maltrata o País, em termos de produção, em termos de abastecimento, em termos de empregos, em termos, alfim, de vida gregária, presente a paz social. Há de somar-se esforços objetivando não apenas mitigar os efeitos nefastos do estado de calamidade pública mas também preservar a segurança jurídica, sem exacerbações, sem acirramentos.

É de se mencionar, ainda, que até mesmo as normas orçamentárias sofreram flagrante flexibilização em virtude da pandemia. Para facilitar o combate ao COVID-19, em decisão monocrática, a qual foi posteriormente referendada pelo plenário, o ministro Alexandre de Moraes deferiu medida cautelar apta a afastar a exigência de comprovação de adequação

orçamentária em relação à criação e à expansão de programas públicos destinados ao combate à COVID-19. A eficácia da cautelar alcançava todos os entes federativos que tivessem decretado estado de calamidade pública em virtude do vírus. Nesses autos, os da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.357, Distrito Federal, o ilustre membro da Corte Constitucional interpretou a pandemia como condição superveniente absolutamente imprevisível, cotejando o regime orçamentário com valores queridos pela Carta Maior, como a vida, a saúde e a subsistência dos súditos. Nesse ponto, permitiu o afastamento de diversos artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2020).

Do que se tem visto, fica evidente a tendência do órgão de cúpula de manter as decisões do poder legislativo, aquele cuja função política lhe é legitimamente outorgada pela Carta Maior, enquanto verificando os limites nos quais é possível promover limitação ou restrição do arcabouço mínimo constitucionalmente garantido. A posição se aproxima bastante do que fez o tribunal português. De forma sintética, a se definir a posição da Corte Constitucional portuguesa (PINHEIRO, 2014, p. 170), “[o] TC socorreu-se da ‘prossecução do interesse público’ dentro de uma ordem ‘transitória’ e ‘excepcional’ para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de ‘crise’.”

Aliás, acompanhando essa metamorfose e afastando a absolutez da vedação ao retrocesso conjugando a opção legislativa ao contexto em que editada a lei, recentemente o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2020) fez menção à teoria, dando-a ainda mais respaldo. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.764, Distrito Federal, o Ministro elencou, dentre os fundamentos aptos a justificar a suposta flexibilização de direitos trabalhistas realizada pela lei analisada em abstrato, as necessidades econômicas e sociais da época, década de 1990, momento em que o país sofria com altos índices de desemprego.

4 Conclusão

O arremate é claro: o país sofre e agoniza em virtude da crise econômica ocasionada pela pandemia. Os poderes eleitos já decidiram promover sacrifícios em todos os setores da sociedade, possibilitando a redução casuística e momentânea dos salários dos empregados de empresas privadas e adotando medidas de redução da máquina pública. Numa primeira visão, afastada do momento contemporâneo, poderia ser possível questionar a legalidade e a constitucionalidade de tais medidas. Ocorre que a atividade do intérprete deve ser sempre ligada à realidade em que inserida a norma.

Seria o caso, a partir disso, do advento de uma atividade de revisão, por parte do Poder Judiciário, de seus entendimentos consolidados, a se formar uma verdadeira “jurisprudência da crise”, nos moldes da experiência portuguesa. Afastar-se-iam as compreensões que não fossem mais compatíveis ou inadequadas com o delicado tempo de retração econômica, a se respaldar, até certa medida, as decisões políticas realizadas pelos poderes legislativo e executivo. Esse afastamento, no entanto, resguardaria os chamados “limites do sacrifício”, expressão alcunhada pelo Tribunal Constitucional Português para definir as barreiras intransponíveis dos direitos sociais, as quais não podem ser negociadas ou limitadas.

O protagonismo do Poder Judiciário surgirá justamente à medida em que terá que conter os excessos dos demais poderes e garantir interpretações que a um tempo não ocasionem a quebra dos empreendimentos pátrios – sob o risco de gerar a expansão do já avançado índice de desemprego – e não conduzam à oneração excessiva de pessoas em situações já vulneráveis, como trabalhadores de base e consumidores. Poderia ser mencionada até mesmo uma inconstitucionalidade circunstancial das jurisprudências firmadas previamente à pandemia e que não se coadunem com os objetivos atuais de alimentação da economia e superação desse paradigma negativo ao qual se encontra sujeito o Brasil.

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

Ademais, é visível a inclinação da Suprema Corte à formação de uma jurisprudência da crise, uma vez que, nos diversos casos nesta discussão analisados, o Tribunal se mostrou leniente, dentro dos limites de razoabilidade e proporcionalidade, a respaldar transações sociais por parte das leis elaboradas com o intuito de reerguer o país do trauma econômico sofrido. Demonstrou-se, no âmbito do STF, que a Corte compreende os tempos áusteros e dá seu aval para que os poderes políticos possam exercer suas atribuições, de forma a preservar a tripartição de poderes e a atuação colaborativa dos agentes do Estado.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. **O Princípio da Vedação do Retrocesso Social diante da crise econômica do Século XXI**. Direito e Desenvolvimento, v. 6, n. 12, p. 216-237, 8 jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/296>>. Acesso: 13 ago. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 09 jul. 2020.

_____. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso: 13 ago. 2020.

_____. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso: 14 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474-SC**. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público de Santa Catarina. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília-DF, 20 abr. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9277920&num_registro=201000486284&data=20100429&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.764-DF**. Requerentes: Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista. Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 20 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343217740&ext=.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar, concedida monocraticamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357-DF**. Requerente: Presidente da República. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 mar. 2020. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342780618&ext=.pdf>>. Acesso: 15 ago 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar, concedida monocraticamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF**. Requerente: Partido Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 06 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>>. Acesso: 11 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar não referendada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF**. Requerente: Partido Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 17 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>. Acesso: 11 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar referendada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.377-DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade. Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 11 mai. 2020. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753106422>>. Acesso: 11 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694-MG**. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília-DF, 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF mantém possibilidade de redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia**. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>>. Acesso em 12 ago 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

FERREIRA, Kélvia Faria. **A atuação do Tribunal Constitucional Português no contexto de crise: a supremacia judicial em foco**. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Inovação, da Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171>>. Acesso: 11 ago. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et. al.] **Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

A DELICADA FUNÇÃO DE JULGAR: AS JURISPRUDÊNCIAS CONSOLIDADAS E AS JURISPRUDÊNCIAS DA CRISE NO CENÁRIO DA PANDEMIA

HACK, Erico. **Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos**. Curitiba: InterSaberes, 2012.

MADURO, Miguel Poiares; PIERDOMINICI, Leonardo; FRADA, António. A Crisis between Crises: Placing the Portuguese Constitutional Jurisprudence of Crisis in Context. **e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 4, n. 1, p. 05-42, maio 2017. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2017000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: 18 ago. 2020.

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

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O Direito e o trabalho humano em tempos de pandemia da Covid-19. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/ives-gandra-filho-direito-trabalho-humano-covid-19>>. Acesso: 14 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Instituto brasileiro de Direito Público – Observatório da Jurisdição Constitucional**, Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014, p. 168-189. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/961/641>>. Acesso em 10 ago. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 396/2011**. Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Lisboa-Estremadura, 21 set. 2011. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; TARGA, Maria Luíza Baillo. Redução dos direitos dos passageiros durante a Covid-19 tem de ser revista. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/squeff-targa-reducao-direitos-passageiros-covid-19>>. Acesso: 11 ago. 2020.

TSAKYRAKIS, Stavros. A Justiça sem toga: Controlo Jurisdicional das medidas de austeridade em Portugal. **e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 4 n. 1, p. 53-75 Mai. 2017. Disponível em <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v4n1/v4n1a04.pdf>>. Acesso: 11 ago. 2020

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao artigo 8º do Código de Processo Civil. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Et. al. **Novo Código de Processo Civil anotado**. AASP: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015. Atualizado em 31/1/2017. ISBN 978-85-86893-00-1. Disponível em: <http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf>. Acesso em: 18 ago 2020.

VIDAL, Danilo. Cancelamento de plano de saúde por dívida deve considerar epidemia, diz TJ-PE. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-07/cancelamento-plano-saude-divida-considerar-covid>>. Acesso: 14 ago. 2020.