

Covid-19, Direitos Sociais Trabalhistas e Jurisprudência da Crise: o Supremo Tribunal Federal em Postura Pragmática

Covid-19, Labour Social Rights and Crisis Jurisprudence: the Supreme Federal Court and Its Pragmatic Approach

ROBERTO DIAS¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil.

THOMAZ FITERMAN TEDESCO²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil.

RESUMO: O mundo passa por uma crise sanitária com reflexos econômicos imediatos e severos. O objetivo do ensaio é aferir se, em contextos econômicos de crise, o Supremo Tribunal Federal altera seu modo de decidir e, principalmente, se já o está alterando nos casos envolvendo a crise do novo coronavírus, aderindo ou não a uma “jurisprudência da crise”. Para tanto, será analisado o julgamento proferido na MC-ADIn 6363. A pesquisa será do tipo bibliográfica, por meio de pesquisa qualitativa doutrinária e jurisprudencial. Conclui-se pela possibilidade concreta de o Supremo, durante este período, continuar a aderir à postura pragmática.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência da crise; pragmatismo jurídico; Supremo Tribunal Federal; direitos sociais.

ABSTRACT: The world is going through a health crisis with severe economic consequences. The purpose of this essay is to assess whether, in an economic context of crisis, the Supreme Federal Court changes its decision-making process and, mainly, if it does in cases involving the new coronavirus crisis, adhering or not to a “crisis jurisprudence”. To this end, the MC in ADI 6363 will be analyzed. The research will be bibliographic, through qualitative doctrinal and jurisprudential research. It concludes stating the concrete possibility that the Supreme Court, during this period, will continue to adhere to the pragmatic approach.

KEYWORDS: Crisis jurisprudence; legal pragmatism; Supreme Federal Court; social rights.

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-2853-654X>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0003-4703-0525>>.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pragmatismo jurídico: breves noções; 2 STF e jurisprudência da crise?; 2.1 Reações dos tribunais e graus variáveis de sinceridade; 2.2 Olhando para dentro: o pragmatismo do STF; 3 MC-ADIn 6363: a jurisprudência da crise em postura de franqueza; Conclusão: Flexibilidade pragmática?; Referências.

INTRODUÇÃO

O mundo vive uma das maiores crises de saúde pública da história. A proliferação exponencial do novo coronavírus (Sars-Cov-2) obrigou a decretação de estado de pandemia³ pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020, sendo que, no Brasil, o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020⁴, seguiu a mesma linha e reconheceu a ocorrência de estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de Covid-19. Antes disso, já houvera sido declarada emergência em saúde pública de importância nacional pelo Ministério da Saúde desde 3 de fevereiro de 2020⁵.

A gravidade dessa nova pandemia é de tal monta que, pela primeira vez desde 1988 – nada obstante terem havido quatro outras pandemias anteriores que afetaram o país neste período –, foi aprovada legislação específica para o tratamento do tema, a Lei nº 13.979/2020, cuja tramitação completa durou apenas dois dias. O senso de urgência tomou conta das instituições – ou, ao menos, da maioria delas (Tedesco; Dias, 2020, p. 765 e 770-774).

Enquanto o número de mortos e contaminados, infelizmente, avança, os índices econômicos mundiais despencam, havendo fundada expectativa de uma enorme recessão, pior que a Grande Depressão da década de 30 do século passado. Se qualquer interação social se tornou perigosa, o comércio e os negócios passam a funcionar apenas parcialmente, pois há um período de adaptação para novos modelos que, não necessariamente, terão a mesma eficiência econômica dos anteriores – tudo isso deixando, pelo caminho, imenso contingente de pessoas que perdem seus postos de trabalho.

3 Ao contrário do conceito de epidemia, que se refere ao aumento (em geral repentino) no número de contaminados por uma doença em determinada área geográfica, a pandemia vai indicar a epidemia que já se espalhou por vários países ou continentes.

4 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 16 maio 2020.

5 Portaria nº 188/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt188-20-ms.htm>. Acesso em: 16 maio 2020.

O contexto, portanto, é de crise, e o Direito e as instituições do sistema de justiça não ficam imunes a ela.

Este ensaio pretende discutir os efeitos desta pandemia sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria econômica e, para tanto, analisará caso recente julgado pelo Tribunal.

O objetivo será reconstruir, brevemente, a trajetória do modo de decidir do STF em temas econômicos envolvendo crise financeira. Pretende-se, assim, aferir se existe ou não uma “jurisprudência da crise” no Tribunal, se ela é linear e sistematizada e se é possível, a partir dessas descobertas, fazer prognoses a respeito do comportamento da jurisprudência do Tribunal em relação à crise que já se vive da pandemia do novo coronavírus.

O próprio conceito de “jurisprudência da crise” sugerido por Andréa Magalhães – de cujo estudo se parte para produzir este artigo –⁶, especialmente no ponto em que a compara a um processo negocial entre a interpretação normativa e a necessidade de ceder diante da crueza de fatos inesperados, já indica que o pragmatismo jurídico é tema a ele conexo e inafastável. Assim, o pragmatismo será apresentado para buscar responder se o STF, no estudo dos casos, fez uso deste modo de resolver problemas⁷.

O foco do trabalho será uma decisão recente do STF, já no contexto pandêmico, tomada na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (MC-ADIn) nº 6363, em que o Plenário se debruçou sobre a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 936/2020, que, dentre

6 “Em sentido estrito, o termo aduz ao conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade, enquanto em acepção ampla contempla o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica. Nessa linha, adotada na presente obra, seria comparável a um ‘processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias’.” (Magalhães, 2017, p. 12)

7 Utilizamos “modo de resolver problemas” e não “teoria”, pois o pragmatismo não se vê como corrente teórica propriamente. Nas palavras de Rodrigo de Oliveira Kaufmann: “Sob uma perspectiva estritamente pragmatista, não faz muito sentido tentar estabelecer conceitos e definições do que, de fato, representa o pragmatismo filosófico. Nunca é demais lembrar que um de seus focos de análise consiste na ineficiência e inutilidade de teorizações como instrumentos de soluções de conflitos ou questões. Por isso, mesmo defensores do pragmatismo da estirpe de Rorty e Posner preferem caracterizar o movimento a partir da descrição do que faz um pragmatista, da maneira diferente como se comporta diante de um problema, de como enfrenta uma questão específica e de como propõe uma solução viável [...]” (Kaufmann, 2011, p. 84-85). E ainda: “[...] É importante destacar que o pragmatismo aproxima-se muito mais de um estilo de pensamento do que propriamente de uma corrente com substância definida [...]. Pragmatismo não é nem mesmo um projeto intelectual ou filosófico, não ambiciona encontrar a ‘verdade’ ou o ‘processo perfeito’, nem se atribui o rótulo de uma teoria a configurar um caminho maduro, a durar por gerações de pensadores, acerca do que deveriam fazer ou pensar [...]. Basta a consciência de que problemas existem para ser concretamente resolvidos ou administrados para ser um pragmatista, e que a dor e o sofrimento constituem critérios fidedignos a orientar esse processo de solução” (Kaufmann, 2011, p. 85-86).

outras questões, flexibiliza o impedimento constitucional de negociações individuais entre empregadores e empregados envolvendo redução salarial e de jornada (art. 7º, VI e XIII, da Constituição Federal – CF).

Justifica-se a escolha por atender, perfeitamente, ao objeto: é uma decisão proferida pelo Plenário, ainda que provisória, envolvendo tema de austeridade – um regime excepcional de tratamento da regulação trabalhista – que confronta, diretamente, uma norma constitucional explícita. Aferir o que foi decidido e, principalmente, como foi decidido dará pistas acerca da aderência do Supremo à própria ideia de jurisprudência da crise.

1 PRAGMATISMO JURÍDICO: BREVES NOÇÕES⁸

Antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, eis o tripé de sustentação do construto pragmatista (Kaufmann, 2011, p. 89; Pogrebinschi, 2020; Magalhães, 2017, p. 13; Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 231). Trata-se de corrente de pensamento jurídico bastante influente, derivada do Realismo Jurídico (Pogrebinschi, 2020; Kaufmann, 2011, p. 115-124), cuja explicação ganha em didática se feita a partir das três características acima apontadas. Aferindo-se as três, ao final será possível tentar um conceito.

A primeira delas, o antifundacionalismo, mira o passado. Rejeita-se a busca de um fundamento último para teorias e argumentos; rejeitam-se, portanto, os dogmas, fundamentos atemporais, abstratos, conceitos últimos como sustentáculo de uma teoria ou de um argumento. Como explica Kaufmann:

Os filósofos ou mesmo os juristas não têm responsabilidade para explicar as “fundações” do real. Essa ideia conduz, no campo das discussões pragmatistas, à refutação de qualquer noção abstrata, formulação metafísica ou construção teórica que remeta diretamente a um mundo paralelo ou a entidades paralelas, como a “verdade”, a “ética” e a “justiça”. Deve-se, no conselho pragmatista, abandonar os esforços da tradição iluminista de encontrar princípios transcendentais que pretensamente explicariam nossa essência e nosso mundo. Não há enunciado perpétuo ou imutável, seja sob a perspectiva do conteúdo, seja sob a perspectiva do processo ou procedimento [...]. (2011, p. 90)

8 De logo, deixamos claro que não será objeto deste trabalho analisar, detida e profundamente, as variadas correntes pragmatistas, que são muitas, o que o estenderia para além do necessário para o fim que ora se busca. Há dificuldades na própria qualificação do pragmatismo, dadas as diferenças importantes entre o pensamento dos diversos autores representativos. Assim, como ponto comum entre as ditas correntes está a noção de que a melhor forma de testar as hipóteses é identificar suas consequências e compará-las com as consequências das teses adversárias (Pereira, 2018, p. 197), o que é suficiente para os propósitos deste ensaio. Para aprofundamento, Kaufmann, 2011; Torano, 2018.

Assim, o antifundacionalismo refuta os dogmas sobre os quais se erigem teorias interpretativas, como a comunidade de princípios dworkiniana ou a norma hipotética fundamental de Kelsen, por exemplo (Magalhães, 2017, p. 124). Além disso, há hostilidade à utilização de teorias morais e políticas abstratas como critério de decisão.

Se o antifundacionalismo volta-se ao passado, o contextualismo mira o presente. Nenhum problema deve ser analisado fora de seu contexto, fora de seu tempo e de seu espaço. Não são úteis e não estão autorizadas as conclusões extraídas a partir de ideias com pretensões de universalidade ou de neutralidade. O contexto histórico e a experiência são os fatores de peso nas discussões teóricas e investigações científicas (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 231). Toda e qualquer proposição deve ser julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais daquele momento e daquele lugar.

Por fim, o consequencialismo mira o futuro e subordina as duas características anteriores. O exame das consequências de determinada teoria, de determinada decisão ou de determinado argumento é o que deve preponderar na solução de um problema: a opção decisória deve ser tomada levando em conta as melhores consequências práticas.

Essas características, provenientes do pragmatismo filosófico, alimentariam também o pragmatismo jurídico⁹. O direito seria, sob essa perspectiva, mais uma atividade que um grupo de conceitos (Pogrebinschi, 2020), denotando o caráter extremamente prático da empreitada. A ideia é resolver problemas e, para isso, valoriza-se a experiência prática e os efeitos (inclusive sistêmicos) de determinada decisão.

Por estar enquadrado como postura antiformalista¹⁰, para o pragmatismo jurídico não faz sentido falar em um direito positivo preexistente que

9 A favor dessa postura, Magalhães, 2017, Pogrebinschi, 2020 e Kaufmann, 2011, p. 124-125; problematizando-a, por entender que há um limite do quão relevante o pragmatismo filosófico pode ser para sua versão jurídica, Arguelhes; Leal, 2009, p. 176-181 e Kaufmann, 2011, p. 115-116.

10 “O embate que opõe formalismo e antiformalismo é o que mais bem explicita as controvérsias e preocupações que gravitam em torno da criação jurisprudencial de normas. O antiformalismo ganha força entre o final do século XIX e o início do século XX, a partir do aparecimento, tanto na Europa como nos Estados Unidos, de uma série de obras críticas às visões legalistas da interpretação jurídica. De uma forma geral, esses autores rejeitavam o formalismo e os métodos tradicionais de interpretação. Em termos amplos, o antiformalismo pode ser identificado com a noção de que as prescrições legais não condicionam ou não devem cercar integralmente a interpretação jurídica. Essa designação abarca um conjunto heterogêneo de linhas de pensamento que guardam diferenças importantes entre si” (Pereira, 2018, p. 195). Jane Reis Pereira enuncia como antiformalistas movimentos tão diversos quanto a tópica, a teoria crítica do direito e o *Law and Economics*, além do próprio pragmatismo (2018, p. 196).

vincule completamente o juiz. Antes de ser aplicada, a norma jurídica constitui apenas um dentre diversos recursos aos quais o juiz pode recorrer. O ponto focal serão as consequências práticas de determinada decisão: naquele contexto específico, qual a melhor decisão, tendo em vista o que advirá dela, em especial ao confrontá-la com as alternativas?

Como fica claro, trata-se de postura bastante atraente para decidir temas econômicos – mormente em contextos de crise financeira grave –, pois dá respaldo argumentativo e doutrinário para flexibilizar precedentes e até normas constitucionais, como será visto no estudo de caso, tendo em vista as consequências que os juízes entenderem como mais adequadas naquele momento.

2 STF E JURISPRUDÊNCIA DA CRISE?

2.1 REAÇÕES DOS TRIBUNAIS E GRAUS VARIÁVEIS DE SINCERIDADE

Apresentados os traços mais relevantes do pragmatismo jurídico e para examinar se o STF utiliza essa estratégia decisória, é necessário perguntar, antes, como a postura pragmatista pode encontrar eco na jurisprudência. Andréa Magalhães nos ajuda a responder (Magalhães, 2017)¹¹.

Para ela, diante da crise, os juízes podem adotar quatro posturas, a saber: (i) franqueza, (ii) estrutura de incentivos, (iii) criptopragmatismo e (iv) cronoterapia. Importa aclarar que a divisão não é estanque, pois uma mesma decisão pode adotar mais de uma estratégia e um mesmo Tribunal pode se valer de várias delas, a depender do momento.

A primeira delas, a postura da franqueza, “[...] enfrenta abertamente as restrições do contexto e a necessidade de alocação de recursos” (Magalhães, 2017, p. 28); sua palavra-chave é *transparência*. Trata-se da jurisprudência da crise em sentido estrito, pois o tribunal que adere a essa estratégia se utiliza de argumentos, dados econômicos e do contexto para fazer avaliações de custo-benefício, aceitando flexibilizar determinados direitos constitucionais dado o contexto de crise econômica.

11 Este tópico 2.1 terá como referência principal a obra da citada autora. Os precedentes judiciais citados foram extraídos de seu livro.

Talvez o melhor exemplo dessa postura provenha da Corte Constitucional portuguesa, postura à qual, como será visto no estudo de caso deste ensaio, o STF também aderiu.

Aquele país passou por severa crise econômica no início da década de 2010, sendo obrigado a se socorrer de empréstimos de cerca de 78 bilhões de euros provenientes de três instituições financeiras internacionais (FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu) que, em troca, exigiram medidas de austeridade severas. Leis bastante duras foram aprovadas pela Assembleia da República, recaindo, principalmente, sobre os servidores públicos, aposentados e pensionistas, o que findou sendo atacado perante a Corte Constitucional.

Veja-se o caso da Lei nº 55-A/2010. Em razão dela, dentre outras medidas amargas, os vencimentos de servidores públicos que ultrapassassem € 1.500 sofreram redução entre 3,5% a 10% (de acordo com o valor). Parlamentares derrotados no debate legislativo levaram o tema à Corte Constitucional, alegando, principalmente, que haveria violação à igualdade (apenas servidores públicos arcariam com o peso das medidas excepcionais) e à irredutibilidade de vencimentos, além da inexistência de consulta prévia aos sindicatos, questões estas que têm assento constitucional (Magalhães, 2017, p. 35).

O Tribunal, no Acórdão nº 396/2011, proferiu decisão com base em princípios, mas para negar os pedidos. Entenderam os juízes que a igualdade estaria garantida, pois aqueles que estabelecem vínculo permanente com a Administração Pública para prestar serviços não estão em situação similar aos demais cidadãos, restando justificado o *discrímen*. Ademais, entenderam haver proporcionalidade nas medidas adotadas, já que, por transitórias para aquele momento de grave crise, atenderiam à finalidade legítima de sanear as contas públicas, mormente ao se considerar o empréstimo internacional tomado, a isenção aos salários mais baixos (de até € 1.500) e a gradação em faixas para haver o corte, fazendo recair sobre os de maior poder aquisitivo a maior carga. Assim,

[...] a fundamentação do Acórdão nº 396 foi essencialmente principiológica, valendo-se o Tribunal Constitucional de instrumentos hermenêuticos ordinariamente caros à jurisdição constitucional. A peculiaridade, no entanto, como já referido, situa-se na menção ao caráter transitório das medidas restritivas, à intensidade da crise e aos fatores externos de influência. (Magalhães, 2017, p. 39)

Com o sinal verde, o governo português logrou aprovar nova medida de austeridade (Lei nº 64-B/2011), cujos dispositivos suspenderam total ou parcialmente o pagamento de férias e 13º salário dos servidores públicos, dentre outros cortes. Desta vez, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 353/2012, declarou a inconstitucionalidade por violação da igualdade, por entender que a medida não repartia igualmente os ônus derivados da crise.

Houve, em verdade, um *distinguishing* em relação ao caso anterior, pois, analisando *matematicamente*, os juízes perceberam que o impacto econômico da nova lei era três vezes maior que o da lei do ano anterior (Magalhães, 2017, p. 40). Esse fator foi decisivo, e citado pelos juízes, para alterar a compreensão jurídica.

Houve, então, nos dois casos citados, controle de constitucionalidade como exercício de equilíbrio, pois o Tribunal português, admitindo a existência de um contexto de crise e de influências externas – inclusive do empréstimo internacional –, aceitou discutir de forma principiológica e mais fluida, admitindo flexibilizações em prol de um objetivo legítimo¹².

A segunda postura possível é a estrutura de incentivos. O Tribunal, percebendo que o tema a ser julgado é delicado e com impactos econômicos significativos, “joga” com outras instituições para repartir o custo da decisão, até mesmo por entender não possuir *expertise* para solucioná-lo sozinho. Adentra aqui o tema dos diálogos institucionais, por ser a estratégia adotada nessa postura¹³.

Os diálogos institucionais, em resumo, se pretendem algo intermediário entre as supremacias judicial e parlamentar, ou seja, é tema afeito ao debate sobre o detentor da última palavra no plano nacional entre as estruturas da separação de Poderes. As teorias dialógicas entendem que a questão não é simples a ponto de se fixar uma solução definitiva – ou juiz,

12 Importa destacar que, como parte das medidas de austeridade portuguesas foram mantidas pela Corte Constitucional, a discussão foi levada à Corte Europeia de Direitos Humanos. Nos casos *Da Conceição Mateus v. Portugal* e *Santos Januário v. Portugal* (Petições nºs 62235/12 e 57725/12), os petionários alegavam que os cortes em seus vencimentos pelo governo português (pagamento de férias remuneradas e 13º salário), ratificados pela Corte Constitucional, violavam seu direito de propriedade (art. 1º do Protocolo nº 1 à Convenção). A Corte Europeia julgou ambas as petições inadmissíveis de forma unânime. Para assim entender, argumentou que o princípio da proporcionalidade não fora lesado, pois o regime de propriedade dos petionários sofreu restrição proporcional, considerando (i) os problemas financeiros graves que Portugal suportava no momento e (ii) a natureza temporária das medidas de austeridade. No entender dos juízes, Portugal ponderou corretamente a proteção do direito individual à propriedade e o interesse público geral, dentro de sua margem nacional de apreciação.

13 As teorias do diálogo são muitas e as mais variadas, tratando-se de assunto extremamente rico da teoria constitucional. O objetivo do tópico, no entanto, não é discuti-las em detalhes. Para um aprofundamento sobre o tema, Bateup, 2006, Mendes, 2008 e Brandão, 2017.

ou legislador –, compreendendo e postulando, ao reverso, que não há uma “última palavra fixa”. Nesse contexto, inclusive, Tushnet vai falar em modalidades diferentes de controle de constitucionalidade – “forte” e “fraco” –, mitigando a ideia-chave de que o Judiciário, sempre, teria o que ele chama de “*normative finality*” (Tushnet, 2009, p. 30-36).

O ponto de destaque da tese de Tushnet, e que serve para, resumidamente, entender a ideia subjacente à tese dos diálogos, é a de que os Poderes estão inseridos em interação permanente, podendo todos eles oferecer respostas às atuações dos outros. Mesmo no modelo “forte” há possibilidade de superação parlamentar de decisões judiciais, mas isso exige muito mais tempo (alterando-se o parâmetro por emenda constitucional ou a alteração ordinária dos juízes da Corte Constitucional por membros com outra filosofia jurídica, por exemplo); ao contrário, no modelo “fraco”, há diálogo em “tempo real” entre os Poderes, com a possibilidade de o Parlamento, desde logo, superar uma interpretação judicial.

Nos casos envolvendo disputas econômicas, há histórico de uso desta postura por parte do STF. Vale citar, aqui, o caso do Mandado de Injunção nº 943, cujo objeto era a pretensão de regulamentar o art. 7º, XXI, da CF (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço). Como se sabe, como a norma nunca fora regulamentada, apenas o período mínimo nela previsto (30 dias) era utilizado.

O caso é interessante, pois, concluído o julgamento unânime e favorável à viabilização do exercício do direito constitucional em questão, os ministros não conseguiram consentir a respeito de um dispositivo que regulamentasse a matéria. Aproveitando essa janela de oportunidade e antes que o julgamento voltasse à pauta do STF, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.506/2011, regulamentando o tema e fazendo o MI perder o objeto. O Congresso, portanto, reagiu à decisão quase finalizada e deu sua própria resposta em um tema de impacto econômico – por envolver regulação de relações trabalhistas.

Outro julgamento, também do STF, foi o dos MS 34.023, 34.110 e 34.122, analisados em conjunto, cujos objetos envolviam a discussão da remuneração aplicável à dívida pública dos estados. Três estados foram os impetrantes (Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Minas Gerais), alegando que a União aplicava juros compostos no cálculo de suas dívidas para com aquele ente central. Os estados defendiam o uso da taxa Selic, de forma simples, para o cálculo. O assunto, com impacto financeiro estimado em

R\$ 5 bilhões, foi resolvido pelo STF de forma peculiar: foi proferida liminar, posteriormente ratificada pelo Plenário e mantida por 60 dias adicionais, suspendendo o pagamento nos termos propostos pela União, permitindo, assim, que houvesse negociação e solução definitiva pelos envolvidos.

“Ao assim fazer, o Supremo deliberadamente criou uma externalidade negativa em desfavor a União com o propósito de incentivar as partes a um acordo, criando situação em que todos teriam a perder se o impasse se mantivesse” (Magalhães, 2017, p. 55). A estratégia deu certo, os entes federados se assentiram com uma solução e o caso foi encerrado.

Andréa Magalhães explica os incentivos dados em ambos os casos pelo Tribunal:

Os precedentes judiciais criam incentivos. Como destacam Bruno Salama e Mariana Pargendler, isso ocorre “justamente porque estabilizam expectativas sobre as regras do jogo”, o que se apresenta ainda mais forte quando se trata da atuação de tribunais constitucionais, cujas decisões são dotadas de caráter vinculante. Embora nem sempre os precedentes contribuam para a efetiva estabilização de expectativas, a exemplo das frequentes reviravoltas jurisprudenciais, o fato é que sinalizam uma determinada postura e, assim, criam incentivos para a ação ou reação outros atores envolvidos. Dessa forma, a atuação jurisdicional fixa um preço, que estimula ou desestimula um comportamento. O preço fixado pode repercutir na conduta das partes, do próprio Judiciário ou dos outros poderes, ao antecipar o movimento da outra parte [...]. (2017, p. 52)

É possível à jurisdição constitucional, ainda mais quando se consideram as modernas técnicas de decisão – apelo ao legislador, interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, dentre outras –¹⁴, manejar incentivos e a atribuição de externalidades negativas, acionando parceiros com maior *expertise* no assunto (como o Tribunal de Contas da União no caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25)¹⁵ ou criando um custo às partes maior do que elas mesmas resolverem definitivamente a questão.

14 Para aprofundamento, Sousa Filho, 2016. Essas técnicas diferenciadas, que vão além das possibilidades binárias de declarar ou não a inconstitucionalidade, com a consequente declaração de nulidade desde o nascimento da norma – ou seja, ela já vem ao mundo jurídico natimorta –, garantem flexibilidade ao juiz constitucional para, avaliando o contexto, darem uma decisão de olho nas consequências – ou seja, com forte viés pragmático. Para o tema da modulação dos efeitos, vale conferir Tavares, 2012, p. 49-54.

15 Trata-se de ADO que resultou na homologação de acordo entre Estados, Distrito Federal e União para disciplinar a compensação de perdas de arrecadação em decorrência da desoneração das exportações do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A terceira das posturas é mais furtiva, chamada de criptopragmatismo, que seria um pragmatismo dissimulado. A postura é pragmática – com base no contexto, e sem muito apreço por fundações, avaliam-se as consequências –, mas sem o admitir expressamente.

Esta estratégia se vale de releitura de institutos jurídicos consagrados para simular uma normalidade inexistente, como se a decisão fosse decorrente de arsenal jurídico já utilizado, ordinariamente, pelo tribunal. Nas palavras da autora:

Diferentemente da adjudicação pragmática, o criptopragmatismo não justifica as decisões em análises prognósticas, que poderiam ter suas balizas metodológicas ou científicas questionadas ou que assumidamente impõem uma ruptura do presente em nome do futuro. A malandragem consiste na deferência à dogmática jurídica, de modo a construir uma solução decorrente do arsenal já disponível no presente, ainda que eventualmente haja referências expressas à repercussão econômica da decisão. O pragmatismo se encontra oculto. (Magalhães, 2017, p. 78)

Os “atalhos” usuais nessa estratégia são, segundo Magalhães, a redefinição do núcleo essencial dos direitos, de certos princípios jurídicos ou de teses jurídicas.

Exemplo que será mais aprofundado em tópico próprio, mas que pode ser parcialmente antecipado neste momento, é o voto do Ministro Fux no julgamento da MC-ADIn 6363, em que usa o princípio da vedação ao retrocesso em releitura bastante peculiar do instituto. No voto, o ministro aduz que a MP 936/2020 – que permite negociação individual para redução de jornada e remuneração entre empregado e empregador – resguarda a vedação ao retrocesso, pois impede a eliminação de empregos, em uso bastante afastado do seu significado dogmático tradicional¹⁶.

O núcleo essencial¹⁷ é outra brecha de acesso para o criptopragmatismo pelos motivos óbvios: é possível reduzir severamente determinado direito e, ainda assim, sustentar que está sendo resguardado seu núcleo essencial (de forma dogmaticamente errada), garantindo-se o discurso de que tudo permanece na normalidade. Andréa Magalhães cita o entendimento da

16 Conforme se sustentará, o julgamento proferido na ADIn 6363, em nosso entender, enquadra-se na postura da franqueza, mas, como asseverado no início do tópico, um mesmo julgamento pode adotar mais de uma dentre as quatro estratégias. O voto do Ministro Luiz Fux no caso citado, embora possa ser colocado no quadro da “franqueza”, adotou também a estratégia do criptopragmatismo quanto a este argumento em particular.

17 Para aprofundamento sobre as teorias do núcleo essencial, Leijten, 2018, posição 4987-7815.

Corte Constitucional portuguesa exarado no já citado Acórdão nº 396/2011, em que decidiram que o direito à retribuição salarial teria natureza de direito fundamental, mas que em seu núcleo essencial não estaria um direito a um concreto montante (2017, p. 79).

Por fim, há a postura da cronoterapia, em que, dissimuladamente, não se decide; decide-se não decidir. Entram, aqui, as virtudes passivas bickelianas (Bickel, 1986). A respeito do pensamento de Bickel, Thomaz Tedesco escreve:

A solução para a “tensão lincolniana” seria a seguinte: o órgão de jurisdição constitucional, em sua função justificadora, pode derrubar uma lei inconstitucional, que ofende o princípio durável; pode validar uma legislação que respeita o princípio; mas pode, também, optar por não fazer nenhum dos dois (1986, p. 69). Esse tríplice poder permite à Suprema Corte cumprir a sua tarefa gradativamente, moderando a sua ação de acordo com as necessárias concessões exigidas pela realidade política. O segredo para se manter entre a tensão de princípios e a realidade é, por vezes, nada fazer, abrindo a oportunidade de a comunidade política maturar a questão por conta própria, fomentando um “colóquio socrático” com a sociedade e os demais Poderes, deixando livre o processo político para, se o caso, interferir em momento posterior, quando o *timing* for mais adequado.

Para instigar o colóquio, valendo-se da terceira faceta do poder descrito, a Suprema Corte conta com as virtudes passivas. Entre legitimar atos dos demais poderes ou invalidá-los – em ambos, o órgão jurisdicional diz algo mais definitivo acerca da existência de um princípio extrapolável a partir do caso –, há a opção de segurar a mão e nada fazer. Paradoxalmente, essas virtudes passivas marcam o ponto no qual a Suprema Corte concede espaço às instituições políticas e se mantém fora do processo, e, ao assim agir, comporta-se como um “animal político” (Bickel, 1986, p. 132 – o autor pensa, porém, que nada há de paradoxal nessa questão). A prudência, portanto, é a chave da atuação política da jurisdição constitucional. (Tedesco, 2019, p. 107)

Como se vê, as virtudes passivas guardam importante ponto de contato com a segunda das estratégias, pois podem servir como fomentadoras do diálogo institucional¹⁸. Fato é que, como aduz Magalhães, é possível que um tribunal resolva não se envolver em determinada disputa com impactos econômicos e, para isso, conta com alguns instrumentos. Na Suprema Corte norte-americana, possível falar do *writ of certiorari* e dos institutos

18 A Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, possui também uma virtude passiva própria, a doutrina da margem nacional de apreciação, que, a depender da forma como é usada, admite o retorno da questão para decisão pelas autoridades nacionais, controlando o amadurecimento daquele tema nos demais países europeus (Tedesco, 2019).

do *ripeness* e da *political questions doctrine* (Bickel, 1986, p. 143-155 e 183-198). No Brasil, não é desarrazoado falar, como o faz Andréa Magalhães, que o poder de pauta do presidente do STF¹⁹ e pedidos de vista estratégicos de ministros atuam como virtudes passivas, que podem emperar julgamentos econômicos de grande repercussão.

Vistas, panoramicamente, as posturas que o juiz constitucional pode adotar quanto ao tema em estudo, vale aferir se o pragmatismo já aparece no STF em outras decisões.

2.2 OLHANDO PARA DENTRO: O PRAGMATISMO DO STF

Muito embora, no tópico anterior, já se tenha tratado de alguns casos provenientes do STF na temática do pragmatismo jurídico, o que se pretende, agora, é examinar julgados exclusivamente daquele tribunal, para buscar detectar o uso desta razão de segunda ordem em seus julgamentos²⁰.

De logo, importa iniciar falando do voto do Ministro Luiz Fux²¹ na Ação Originária nº 1.773, que envolvia o controverso tema do auxílio-moradia para juízes e promotores. O ministro, após manter de pé, por alguns anos, liminar monocrática que determinava o pagamento do referido adicional remuneratório, revogou-o, também em decisão monocrática, após o então Presidente da República Michel Temer sancionar lei que aumentava o valor dos subsídios da magistratura²². Em seu entender, considerando o au-

19 Poder bastante enfraquecido com a nova e ampliada sistemática de julgamentos no Plenário Virtual, que admite, agora, julgamento de qualquer tipo de ação e classe processual, pois, nele, o ministro relator pauta o tema quando quiser, muito embora os demais mantenham o poder de vista e de pedir destaque, levando o caso para o Plenário físico.

20 Conforme Arguelhes e Leal (2009), o pragmatismo pode ser mais proveitoso se atuar como uma metateoria normativa, uma estratégia de segunda ordem, ou seja, um critério para se escolher qual a teoria aplicável a depender do contexto e das consequências buscadas.

21 O Ministro Luiz Fux é autodeclarado adepto do pragmatismo jurídico, muito direcionado aos seus grupos de identificação. Felipe Recondo e Luiz Weber narram, em “Os onze”, que o Ministro Fux chegou ao tribunal no momento em que a ação que discutia a aplicação ou não da lei da ficha limpa para o ano em que aprovada (2010) estava empatada em 5 x 5. Ele votou com o argumento do princípio da anualidade eleitoral, foi muito criticado em seu círculo social, e isso teria impactado sua cosmovisão jurídica (Recondo; Weber, 2019, p. 893-921).

22 De interesse, vale citar excertos do voto de novembro de 2018, que menciona, de forma expressa, o pragmatismo jurídico: “Portanto, o enfrentamento de tema tão sensível como o dos presentes autos, em que se examina a licitude do regime remuneratório das carreiras da Magistratura e do MP, e em que a repercussão econômica é vultosa para os cofres de todos os entes da federação, não pode desprender-se dos impactos orçamentários resultantes tanto da tutela antecipada deferida quanto do recém-aprovado reajuste dos subsídios, sobretudo no contexto de grave crise econômica que acomete o país. Em cenários como esse, o Poder Judiciário deve, sempre que possível, proferir decisões ou modificar as já existentes para que produzam um resultado prático razoável e de viável cumprimento. É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.

mento remuneratório sancionado, a manutenção do pagamento do auxílio-moradia impactaria demais as contas públicas, consequência, a partir do contexto, indesejável, motivo pelo qual revogou sua liminar anterior. Eis aí, talvez, um dos exemplos mais claros e transparentes do uso do pragmatismo jurídico na jurisprudência do STF. Mas está longe de ser o único.

Na MC-ADIn 534, referente ao Plano Collor (“confisco” de valores de contas bancárias e poupanças), a legislação que determinou o “confisco”, como mecanismo de proteção, proibiu também o deferimento de liminares judiciais contra si. Ajuizou-se ADIn contra esta disposição, entendendo-a como contrária à inafastabilidade da jurisdição.

A cautelar da ação de controle concentrado foi julgada no STF em junho de 1991²³ e teve como solução a divisão do custo da decisão. A partir da análise da própria capacidade institucional limitada, como no voto do Ministro Sidney Sanches, os juízes do Supremo perceberam que era melhor não intervir, mas, ao mesmo tempo, diluíram o custo ao consignar que o controle difuso de constitucionalidade em cada caso concreto continuaria sendo permitido. Atendia ao interesse governamental – nem todos ajuizariam ações –, mas não desguarnecia completamente o direito de acesso à justiça.

Chama atenção que vários ministros citam o risco de errarem caso derrubassem a política econômica proposta pelo então Presidente da Repú-

Primeiro, o Direito não é um fim em si mesmo, mas um processo dinâmico com finalidades sociais. Destarte, as decisões judiciais devem ser avaliadas relativamente à sua potencialidade de resolver e pacificar conflitos reais, fortalecendo relações jurídicas outrora estremecidas, maximizando a normatividade do ordenamento jurídico e promovendo o bem-estar social, sem que o Magistrado possa se descuidar dos limites de sua própria função. Segundo, o exercício da jurisdição é contextual. A Constituição é um documento vivo, em constante processo de significação e de ressignificação, cujo conteúdo se concretiza a partir das valorações atribuídas pela cultura política a que ela pretende ser responsiva. Por sua vez, tais valorações são mutáveis, consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, o que repercute diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico, e vice-versa. Terceiro, decisões judiciais geram impactos macrossistêmicos que repercutem em um ambiente político e econômico altamente disfuncional e fragmentado, promovendo incentivos e desincentivos variados aos atores sociais e às instituições, tanto em relação àquilo que se vê, como àquilo que não se enxerga. As eventuais respostas dos *players* aos comandos judiciais se consubstanciam em elemento de convicção essencial para o alcance do ponto ótimo da intervenção judicial no mundo fenomênico, em cada caso concreto. A partir dessa visão, o pragmatismo revoluciona o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados, bem como a relação entre prática judicial e filosofia deontológica. Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se *common place* na prática adjudicativa [...].”

23 Patrícia Perrone Mello e Andréa Magalhães narram o caso em minúcias (Mello, 2015, posição 6580-6635; Magalhães, 2017, p. 110-112).

blica Fernando Collor. Assim, a partir de viés claramente consequencialista, optaram por uma autocontenção²⁴.

Outro caso de interesse é o RE 407.688, em que se discutiu a constitucionalidade da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Neste recurso extraordinário, o argumento consequencialista foi enfrentado pela maioria, de forma transparente e deliberativamente elogiável. O Ministro Eros Grau, em seu voto e nos debates, externou sua discordância com a lógica dos votos da maioria, que aduziram expressamente que, acaso declarada a inconstitucionalidade, haveria como consequência sistêmica indesejada o aumento do custo da moradia em geral, pois os locadores teriam menos confiança em disponibilizar seus imóveis para aluguel, por perderem uma das principais garantias contra o inadimplemento do contrato²⁵.

É cristalino, então, que a análise de consequências – e a tomada de decisão a partir delas, dado certo contexto – não é novidade no STF. Resta, agora, analisar caso julgado já no contexto da pandemia do coronavírus, para avaliar se a postura tende a se consolidar.

3 MC-ADIN 6363: A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE EM POSTURA DE FRANQUEZA²⁶

Às vésperas do julgamento de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns 2238, 2250, 2261, 2256, 2324, 2241 e 2365) e de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 24), em que se retomaria a discussão sobre a constitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em fevereiro de 2019, os Ministros do Supremo Alexandre de Moraes e Marco Aurélio Mello, questionados por repórteres, enfaticamente afastaram a viabilidade de uma “jurisprudência da crise” no Tribunal. O primeiro aduziu: “Do meu ponto de vista, não [...]. Senão daqui a dois anos não tem mais crise e se interpreta diferente a Cons-

24 Esta postura é próxima do minimalismo (Sunstein, 2001). A respeito: “A ideia involucrada no minimalismo é a de decidir apenas o mínimo indispensável àquele caso, deixando o mais não decidido. O juiz deve estar ciente do desacordo moral razoável em uma sociedade heterogênea e de seu próprio desconhecimento acerca de muitos assuntos relacionados àquele tema para, assim, evitar decisões muito aprofundadas e com definição de muitos parâmetros para casos futuros. Do contrário, há risco de surgirem consequências não previstas e de o espaço de deliberação democrático ser sufocado” (Tedesco, 2019, p. 113).

25 Há embate expresso entre o relator, Ministro Peluso, que findou convencendo a maioria, e o Ministro Eros Grau: o primeiro adotando estratégia pragmática, o segundo adotando pensamento “legalista”.

26 O caso ainda não teve o acórdão publicado. Assim, serão utilizados como referência os votos que os ministros publicaram por si e a sessão de julgamento (disponíveis no canal do STF no YouTube: <<https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURYMQ&t=9542s>> e <<https://www.youtube.com/watch?v=hWVcam3KGdE>>. Acesso em: 30 maio 2020).

tituição”. Já o segundo falou: “Não dá para você estabelecer um critério segundo uma crise [...]. Não dá para fecharmos a Constituição para endossar uma política governamental em curso, o Supremo não está engajado em qualquer política”²⁷.

As falas, veementes, sinalizavam, naquele momento, um Tribunal destemido, que não julga olhando o interesse governamental, sendo guiado, apenas, pelo Direito e pelos direitos, em uma postura “legalista” na forma de decidir e interpretar juridicamente, considerando os direitos como trunfos insuperáveis (Dworkin, 2013), contra tudo e contra todos.

Não foi exatamente o que aconteceu em abril de 2020, menos de um ano depois, quando o STF julgou a MC-ADIn 6363, com objeto próximo àquele das ADIns e ADPF citadas acima, mas em *contexto* totalmente novo, de uma das maiores crises sanitárias decorrente da pandemia de Covid-19.

O alvo da ADIn 6363 foi a Medida Provisória (MP) nº 936/2020²⁸, que, dentre outras providências, admitia a negociação *individual* de redução de jornada e de salário diretamente entre empregado e empregador, contrariando frontalmente o disposto no art. 7º, VI e XIII, da CF.

Inicialmente, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, deferiu parcialmente liminar monocrática (rapidamente levada ao Plenário telepresencial) para estabelecer que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho possibilitados pela MP somente seriam válidos se os sindicatos de traba-

27 Consultado em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-02/para-ministros-do-stf-crise-nao-deve-influenciar-julgamento-sobre-lrf>>. Acesso em: 10 abr. 2020; e FALCÃO, Márcio. Ministros rejeitam “jurisprudência da crise” sobre redução de salário e jornada. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/dosupremo/ministros-rejeitam-jurisprudencia-da-crise-sobre-reducao-de-salario-e-jornada-26022019>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

28 Trazemos alguns dispositivos de interesse para este trabalho: “Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos: I – preservação do valor do salário-hora de trabalho; II – pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e III – redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais: a) vinte e cinco por cento; b) cinquenta por cento; ou c) setenta por cento. Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado: I – da cessação do estado de calamidade pública; II – da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou III – da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado. [...] Art. 12. As medidas de que trata o art. 3º serão implementadas por meio de acordo individual ou de negociação coletiva aos empregados: I – com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais); ou II – portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Parágrafo único. Para os empregados não enquadrados no *caput*, as medidas previstas no art. 3º somente poderão ser estabelecidas por convenção ou acordo coletivo, ressalvada a redução de jornada de trabalho e de salário de vinte e cinco por cento, prevista na alínea a do inciso III do *caput* do art. 7º, que poderá ser pactuada por acordo individual”.

lhadores fossem notificados em até 10 dias e se manifestassem sobre sua validade.

O Plenário, por maioria, discordou, reputando constitucional a MP questionada. Nos votos, os ministros da corrente vencedora²⁹ pouco explicam como fizeram para “fugir” da clareza dos dispositivos constitucionais apontados como parâmetro de validade, muito embora estejamos a tratar de normas que, de certa forma, foram pensadas para momentos de crise – pois, em momentos de normalidade, sequer se cogita de redução de salário³⁰. A postura é claramente calcada num antifundacionalismo, desconsiderando a própria parametricidade constitucional, e a maioria optou por apoiar seus posicionamentos em princípios não tão diretamente aplicáveis como a norma expressa do art. 7º, VI e XIV, invocando, ao invés, a razoabilidade e a temporariedade das medidas previstas na MP.

E qual, então, a consequência desejada pelos ministros que justificou esse antifundacionalismo? O princípio da preservação da empresa e a manutenção dos empregos, absolutamente pragmatistas, foram citados diversas vezes como os objetivos buscados. Vale passar em revista os votos que compuseram a maioria e sua argumentação³¹.

Isso fica particularmente claro no voto do Ministro Alexandre de Moraes, cujos vetores interpretativos (e parâmetros de controle da constitucionalidade) foram fundamentos e objetivos da república, além do direito social ao trabalho (arts. 1º, III e IV, 3º, II e III, e 6º, *caput*, todos da CF)³², que, no contexto e em seu entender, superariam a norma expressamente inscrita no art. 7º da CF. Ele deixa claro que seu objetivo é evitar a extinção em massa de empregos, além de apontar a transitoriedade da medida como capaz de dotá-la de razoabilidade. De acordo com o ministro que inaugurou a divergência, a MP garantiu medidas de salvaguarda: a sua temporariedade – pois há limites temporais máximos para os acordos individuais e a normativa só vige enquanto durar o estado de calamidade decorrente da

29 Compuseram a maioria os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli, vencidos os Ministros Lewandowski, Fachin e Rosa Weber.

30 Vejamos a redação: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...] XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

31 Os ministros que formaram a minoria se calcaram, fortemente, na literalidade constitucional – o parâmetro de controle inscrito no art. 7º e seus incisos aderentes. O Ministro Fachin chega a dizer em seu voto oral que aceitar a negociação coletiva nos casos sob julgamento “não depende da vontade do intérprete, porque está no texto da Constituição”, sendo uma “escolha deliberada do constituinte”.

32 Ou seja, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República; reduzir desigualdades sociais e erradicar a pobreza, além de garantir o desenvolvimento nacional, objetivos da República; e o direito social ao trabalho, a ter um trabalho, como direito social.

pandemia –, além de existir proporcionalidade nessas retaguardas, pois a redução remuneratória se dá na mesma proporção da redução da jornada de trabalho, havendo complementação financeira por parte do Poder Público.

O Ministro Barroso, outro integrante da maioria, adotou como premissa de sua razão de decidir o argumento da capacidade institucional, ou seja, de deferência aos *experts* de outras áreas que avaliaram e editaram várias medidas excepcionais no contexto da crise. De forma minimalista, apontou o risco de errarem em caso de atuação mais incisiva contra a medida provisória, contrariando esses especialistas. De interesse, aqui, é que o ministro adota postura muito próxima àquela adotada pela Corte Constitucional portuguesa no contexto da crise, manifestando entendimento de que a flexibilização realizada pelo ato infraconstitucional era razoável, pois nuançada. Essa nuance – pois o valor da hora trabalhada não é reduzido, e há compensação pelo benefício emergencial pago pelo Poder Público –, adicionada à transitoriedade da medida – máximo de 90 dias, conforme a cabeça do art. 7º da MP, além de vinculado ao período da declaração de calamidade da pandemia –, tornaria a norma proporcional.

O Ministro Luiz Fux também deu ênfase à transitoriedade como fator de relevo, à excepcionalidade do momento, à necessidade de interpretação à luz do realismo jurídico e da razoabilidade, e, muito embora tenha dado voto de viés franco e pragmático, alterou a conformação usual do princípio da vedação ao retrocesso como argumento de reforço, de forma aderente à postura criptopragmática descrita no tópico 2.1³³. Enfatizou a necessidade de, cristalinamente, enfrentar a consequência sistêmica indesejada em caso de declaração de inconstitucionalidade – o desemprego em massa –, e ressaltou a existência de medidas normativas compensatórias: o prazo máximo de 90 dias da redução seria uma delas.

Outra a compor a maioria foi a Ministra Carmen Lúcia, que iniciou seu voto já ressaltando a excepcionalidade do momento e a necessidade de ter os olhos voltados à realidade. De forma franca, utilizou princípios e valores mais gerais – seguindo, neste particular, os parâmetros constitu-

33 A ideia-chave por trás da proibição de retrocesso é impedir que avanços em direitos fundamentais – em especial de índole social –, após garantidos, sejam revogados. Normas infraconstitucionais que garantam direitos sociais – inclusive as trabalhistas – ficam protegidas, ainda que de forma relativa, contra novas ações do legislador destinadas a reduzir-lhe a eficácia. Por se tratar de norma-princípio, a vedação não é absoluta, mas a função da proibição do retrocesso é garantir as conquistas já alcançadas – por exemplo, no nosso caso, a garantia de que a redução salarial e de jornada depende de negociação coletiva com os sindicatos, prevista no art. 611-A da CLT – contra investidas inclusive do próprio legislador. Na MC-ADIn 6363, o Ministro Fux usou este princípio com uma lógica alterada, de forma muito mais retórica do que dogmaticamente rigorosa, para dizer que as medidas inscritas na MP vedariam o “sacrifício dos trabalhadores” e a “eliminação dos empregos”. Sobre a proibição do retrocesso, Sarlet, 2012, p. 442-467.

cionais de controle sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, além de acrescentar a previsão da garantia do pleno emprego³⁴ – para fundamentar sua posição, esquivando-se da literalidade do art. 7º da CF. Fundamentou seu voto na razoabilidade, na dignidade da pessoa humana e no valor do trabalho para entender que a declaração de inconstitucionalidade poderia trazer desemprego em massa.

O Ministro Gilmar Mendes citou, de forma explícita, ser caso de acionar, tal quais os portugueses, uma jurisprudência de crise. Falando sobre a crise portuguesa, apresentou o fundamento constitucional lá utilizado: uma norma constitucional não escrita, implícita, de um estado de exceção financeira, que justifica a colmatação de uma lacuna constitucional em momentos de gravidade. Entendeu que a atual crise é de grandes proporções e pode custar os empregos de milhões de pessoas, bem como ressaltou que o legislador se ateve à proporcionalidade, restringindo direitos de forma comedida e tendo em vista o fim de preservação dos empregos.

Ao que aparenta da argumentação desenvolvida, o STF adotou a sugestão de encaminhamento dada por Andréa Magalhães em casos envolvendo a jurisprudência da crise. Para a autora, o método proposto de resolução seria a aplicação de um consequencialismo jurídico – com atribuição de peso em razão do custo-benefício – e de razoabilidade, a partir dos parâmetros da gravidade da crise, impacto econômico e bens jurídicos em conflito³⁵.

Todos esses ingredientes estão expressos em diversos dos votos que formaram a maioria no julgamento das ações analisadas acima. A consequência indesejada que se argumentou querer evitar foi o desemprego e a

34 Art. 170, VIII, da CF.

35 Eis o método sugerido por ela: em caso de contexto de grave crise financeira, o juiz constitucional deve fazer um juízo de prognose de pares de consequências, estimando as consequências previsíveis de cada possibilidade de decisão e considerando todas elas, não só as consequências econômicas (avaliando o impacto econômico de determinada decisão, o impacto em determinado setor econômico em termos de externalidades positivas e negativas, de geração de emprego, a adequação do resultado provável com a teleologia da norma e com os direitos fundamentais, enfim, efeitos imediatos e os sistêmicos são levados em conta). Realizada essa difícilíssima prognose, será o momento de pesar o custo-benefício: são atribuídos pesos às consequências para poder compará-las. A forma de mensurar este custo-benefício é por meio do critério de razoabilidade, pois a atribuição de peso não é algo objetivo. Depende das prioridades do intérprete, o que para ele for mais relevante. Entra aqui uma dose de subjetivismo inerente à interpretação. Vale notar que isso não implicará, sempre, privilegiar as consequências econômicas, pois o contexto ditará o enfoque. O reflexo econômico é uma dentre várias consequências a ser sopesadas. A autora, por fim, sugere parâmetros de mensuração entre as consequências previsíveis a depender da decisão. No caso da jurisprudência da crise, os parâmetros devem ser três: gravidade da crise (quanto maior, maior o impacto econômico e maior a possibilidade de sacrifícios; quanto mais branda, menos se justifica a excepcionalidade), impacto econômico da consequência e bem jurídico envolvido. Em relação a este último, que direito fundamental está sendo sacrificado? Quanto mais essencial, menor o sacrifício a ser imposto (Magalhães, 2017, p. 210-263). Para crítica ao uso do pragmatismo jurídico para esvaziar direitos fundamentais, ver Pereira, 2018.

falência de empresas; atribui-se, assim, peso maior à declaração de constitucionalidade (ainda que provisória, pois em MC) da MP, tendo em conta os parâmetros da gravidade da crise sanitária em andamento, seu impacto econômico de grande monta e os bens jurídicos em colisão – de um lado a participação obrigatória do sindicato nas negociações, tal qual previsto na CF; de outro, a possibilidade de tal participação constituir óbice às negociações, várias delas já em curso quando do julgamento.

Razoabilidade, proporcionalidade, gravidade da crise, princípios abstratos como a busca do pleno emprego e a dignidade da pessoa humana – este foi o arsenal hermenêutico usado.

Como se vê desta análise, o STF foi claramente pragmático e enfrentou e superou, em prol das consequências que entendeu desejáveis – no entender da maioria, manter a MP garantiria vínculos trabalhistas, como dito expressamente por vários dos ministros –, o texto constitucional, dada a gravidade da crise financeira atrelada à atual crise sanitária³⁶⁻³⁷.

Assim, não se trata de prognose despropositada esperar que novas decisões do Supremo, partindo do atual contexto, levarão em conta consequências (inclusive econômicas) como fator decisório principal³⁸, ainda que

36 Vale citar, no entanto, que o julgamento mencionado no início do tópico, das ADIns 2238, 2250, 2261, 2256, 2324, 2241 e 2365 e da ADPF 24, finalizado em junho de 2020, e que tinha como uma das questões a constitucionalidade ou não de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) que permitiam a redução de jornada dos servidores públicos com a consequente redução proporcional dos vencimentos, não teve a mesma abordagem pragmática adotada. Naquele julgamento, entendeu-se inconstitucional a redução vencimental dos servidores públicos, pois a CF já prevê as consequências de as despesas com pessoal ativo e inativo dos entes federados ultrapassar os limites da LRF, no art. 169 e seus parágrafos. Não há dúvida de que as situações são diversas entre este julgamento e àquele da MC-ADIn 6363, pois, além dos regimes jurídicos de empregados privados e servidores públicos ostentarem diferenças importantes, a MP 936 é voltada apenas à emergência do novo coronavírus, conforme previsto em sua ementa, e deixará de ser aplicada quando o decreto de calamidade não mais vigorar, enquanto no caso dos servidores públicos haveria, na LRF, uma disposição permanente, passível de uso em contextos muito menos graves, criando um risco de acionamento exacerbado e indevido em desfavor dos servidores para compensar a falta de planejamento financeiro adequado da Administração Pública. De todo modo, chama atenção que, em relação ao julgamento quanto à LRF, foi usado como argumento principal da maioria a literalidade constitucional, e não o *distinguishing* ora apontado, sem que ficasse explicada a diferença de critério decisório em relação ao julgamento da MC-ADIn 6363, julgado apenas poucos meses antes.

37 Vale citar, ainda, que não estamos a tratar de decisão monocrática longamente mantida, o que já merece todos os elogios, pois afastada a crítica da “ministrocracia” (Arguelhes; Ribeiro, 2018). O caso passou pelo crivo do Plenário, que expôs o pensamento do Tribunal, e não de ministros individualmente.

38 E não apenas no caso citado neste tópico. Basta citar como outro exemplo de decisão neste período pandêmico a ADIn 6357, cujo relator foi o Ministro Alexandre de Moraes. Na prática, o ministro, em decisão liminar, aprovou verdadeira inativação de parte da LRF, por interpretação conforme à Constituição, afastando a exigência da demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela Covid-19. Levada ao Plenário, houve sua ratificação por ampla maioria (juntamente com a extinção por perda de objeto, pois obtido o mesmo resultado por meio da Emenda Constitucional nº 106/2020, aprovada pelo Congresso Nacional).

desconsiderando determinados fundamentos normativos de peso – inclusive a literalidade constitucional, como ocorreu no estudo do caso deste artigo.

CONCLUSÃO: FLEXIBILIDADE PRAGMÁTICA?

Como visto, é possível argumentar que o pragmatismo jurídico continuará a ser usado no contexto pandêmico pelo Supremo Tribunal Federal. É evidente que mais julgamentos são necessários para se aferir a existência de um novo padrão, ao menos neste período mais agudo da crise, mas a decisão colegiada na MC-ADIn 6363 é significativa ao adotar, com toda a franqueza, o conceito de jurisprudência da crise como razão de segunda ordem. Escapou-se de clara literalidade constitucional por meio de critérios mais fluidos de “razoabilidade”, “proporcionalidade” e manutenção de estados de coisas desejáveis, como a garantia de empregos formais.

Isso não significa que devemos ignorar os diversos riscos conjugados à postura pragmática. Já que o pragmatismo é vazio de conteúdo, e quem definirá as consequências desejáveis será o intérprete, muitas vezes absolutamente livre das amarras do ordenamento jurídico, como as leis e os precedentes – ou até o claro texto constitucional. O perigo é evidente, pois sepulta a segurança jurídica e o próprio caráter democrático do Direito. Com isso, pode sepultar a própria reputação do Tribunal, sendo entendido como uma Corte que se pauta pela conjuntura econômica, e não pelo Direito ao proferir suas decisões.

Além disso, a principal categoria de direitos sacrificada, em se aprofundando a postura pragmática, deverá ser a dos direitos sociais. Não se ignora que todo e qualquer direito demanda aportes financeiros – direitos têm custo, mesmo os civis (Holmes; Sunstein, 2000) – mas é razoável pensar que, por exigência da progressividade de sua implantação, os direitos sociais, muitas vezes, são mais e mais custosos.

Porém, e com base nas ideias de Hesse, por vezes o fato crítico se impõe e exige flexibilidade; por mais que a competência excepcional prevista expressamente estimule seu uso, a sua inexistência deixa tudo sob poder dos fatos (Hesse, 1991, p. 31-32).

Os critérios sugeridos por Andréa Magalhães como método de decisão, embora flexíveis, garantem alguma previsibilidade no manejo do pragmatismo. Ademais, caso o pragmatismo realmente seja o caminho a ser seguido, os ministros podem e devem, até por dever de transparência, fazer uso do instrumento previsto nos arts. 6º e 9º das Leis nºs 9.882/1999 e 9.868/1999, qual seja, a possibilidade de designar perito ou comissão de

peritos para elaborar parecer. Ao tratar de temas econômicos, não se espera que os ministros e seus assessores, todos da área jurídica, consigam compreender em toda sua dimensão os complexos assuntos da economia. Há previsão normativa que, por ora, segue pouco usada.

Assim, pensa-se que, mais perigoso do que o uso do pragmatismo jurídico neste momento, é o seu uso (ou não) sem a explicação devida. Em que casos a jurisprudência da crise pode ser acionada e quando não pode? Se o pragmatismo está na pauta do Supremo Tribunal Federal, ele avaliará, também, as consequências para a estabilidade jurídica de se afastar das previsões constitucionais expressas para se preocupar com o resultado econômico de suas decisões?

É esperado que, com a crise econômica de largas proporções que se vive, novas decisões do Supremo toquem a abordagem pragmática. O que se deve esperar por parte do Tribunal é, no mínimo, a transparência na argumentação e a análise cuidadosa do custo-benefício de, eventualmente, superar normas constitucionais em prol de, emergencialmente, interesses comunitários de grande envergadura.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos. Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Apr. 2018. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 fev. 2020.
- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006; NYU Law School, *Public Law Research Paper* n. 05-24. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com>>. Acesso em: 26 jun. 2018.
- BICKEL, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 2000.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

LEIJTEN, Ingrid. *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Kindle edition.

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

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro, Forense, 2015. Edição Kindle.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, p. 193-215, 2018.

POGREBINSCHI, Thamy. *O que é o pragmatismo jurídico?* Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUSA FILHO, Ademar Borges. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNSTEIN, Cass Robert. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEDESCO, Thomaz Fiterman. *A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade*. 2019. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de

Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

TEDESCO, Thomaz Fiterman; DIAS, Roberto. La emergencia de salud pública internacional derivada del coronavirus (Covid-19) y las reacciones normativa y fáctica brasileñas: un panorama a partir de la Ley 13.979/2020. *Biowlaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 01/2020. Disponível em: <<http://rivista.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biowlaw&page=article&op=view&path%5B%5D=638&path%5B%5D=528>>. Acesso em: 16 maio 2020.

TORRANO, Bruno. *Pragmatismo no direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

Sobre os autores:

Roberto Dias | *E-mail:* rdiasdasilva@pucsp.br

Advogado, Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Direito Constitucional da PUC-SP e da FGV-SP.

Thomaz Fiterman Tedesco | *E-mail:* tfiterman@gmail.com

Defensor Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutorando em Direito do Estado pela mesma instituição.

Data de submissão: 29 de julho de 2020.

Data de aceite: 1º de dezembro de 2020.