



A pandemia e a interpretação do Direito

José Eduardo Faria e Ronaldo Porto Macedo Junior*

12 de agosto de 2020 | 07h00



José Eduardo Faria e Ronaldo Porto Macedo Junior. FOTOS: FELIPE
RAU/ESTADÃO E ARQUIVO PESSOAL

Desde o advento da pandemia o Poder Executivo tem recorrido em larga escala a decretos e medidas provisórias para suspender importantes dispositivos da ordem jurídica e baixa uma legislação emergencial, sob a justificativa de minimizar seus efeitos no campo da economia. Por seu lado, o Poder Judiciário foi, em suas diferentes instâncias, deixando de ficar preso a um sistema lógico-formal de regras e passando a tomar decisões que resultam da ponderação entre as visões jurídicas, políticas e morais de seus magistrados e os aspectos factuais dos casos sob sua responsabilidade.

Em tempos de muitos riscos e enormes incertezas, por causa da pandemia, ficou evidente que o sentido de uma norma jurídica não é algo objetivo que se encontra no texto da lei, mas o resultado de um processo de leitura desse texto condicionado pela experiência pessoal, profissional e cultural do intérprete. Por isso, quando um tribunal examina um texto legal, não há sentido único a ser extraído dele – o que há são sentidos contextualizados pelas circunstâncias que balizam a escrita e a comunicação dos legisladores e magistrados. Se as normas não são linguisticamente unívocas, ao julgar ações de inconstitucionalidade contra o uso abusivo de decretos e MPs em matéria de saúde pública, suspensão temporária de direitos trabalhistas e desoneração da folha de pagamento das empresas, a mais alta corte do País elege, entre vários sentidos possíveis, o que melhor pode realizar a função estabilizadora do direito.

A linguagem dos marcos constitucionais e da legislação infraconstitucional não é apenas um instrumento para descrever a realidade por elas regulada. Mais do que isso, também é edificadora da própria realidade. E, à medida que essa realidade vai se tornando mais intrincada e multifacetada, em tempos pandêmicos, para regular os casos mais difíceis no campo da saúde pública e da economia, o legislador tende a optar por conceitos principiológicos.

Por serem abertos e vagos, esses conceitos atuam como fatores de estabilização da ordem legal e preservação de sua identidade sistêmica. São instrumentos usados pelo legislador para assegurar alto grau de respeitabilidade dessa ordem junto à população. E, como não são auto executáveis, os conceitos abertos pressupõem a transferência da responsabilidade por seu fechamento e implementação aos tribunais. Por isso, quando recorre a um princípio para fundamentar uma decisão, cada juiz acaba legislando o caso concreto.

Como mudar um cenário em que as decisões judiciais tendem a ser mais uma criação de juízes do que o resultado da aplicação dedutiva de normas jurídicas? Existem limites à recriação da ordem legal por meio de interpretações judiciais? É possível evitar que o controle de constitucionalidade das leis se converta numa atividade inovadora de sentido, mesmo sob a justificativa de atualizar e adequar um pacto constitucional a uma situação de incerteza, pacto esse que é fruto de um processo de decisão coletiva destinado a garantir ao máximo sua universalidade e consenso? Se muitos textos legais são amoldáveis para a atribuição de qualquer sentido por um juiz, como fica a segurança do direito, especialmente num momento como o atual, em que o País ultrapassa a marca de cem mil mortos por Covid-19, em que tem um general intendente à frente do Ministério da Saúde e em que o governo federal está em rota de colisão com Estados e grandes municípios, quando tinha o dever de articulá-los para a formulação de um plano ainda não há vacinas nem eficiente de enfrentamento da pandemia?

As respostas e esses inúmeros desafios podem seguir caminhos já seguidos pela literatura sobre interpretação do direito. Por um lado, há aqueles que identificam a atividade de interpretação do direito como uma mera decisão política, regulada pela força relativa dos interesses em conflito. Algumas decisões corporativistas ou de proteção de interesses organizados parecem confirmar, ao menos parcialmente, a plausibilidade desta hipótese.

Este tipo de abordagem com frequência encontra um aliado teórico na afirmação de que o direito é inevitavelmente marcado por um tipo de indeterminação semântica que exige a tomada de decisão com base numa discricionariedade liberta de regras e standards que possam conferir alguma objetividade a tarefa da interpretação do direito.

Curiosa e paradoxalmente, outro aliado desta abordagem tem sido a crença cega e entusiasmada e otimista na “retórica dos princípios” que supõe ser possível estabelecer decisões caso a caso através de invocação genérica dos princípios da dignidade, proporcionalidade, igualdade e justiça. Essa prática com frequência se transforma numa “farra dos princípios” que acentua, ao invés de combater, a percepção de que o direito é mero jogo político.

Por outro lado, algumas decisões parecem se apoiar na ideia de que um raciocínio exclusivamente consequencialista deveria orientar a decisão judicial. A gravidade das consequências econômicas, sociais e de saúde certamente preponderaram em inúmeras decisões judiciais recentes que suspenderam direitos, relativizaram a vinculatividade das obrigações contratuais e estenderam benefícios a populações vulnerabilizadas pela pandemia. É possível que a gravidade da crise econômica que acompanha a pandemia também venha a dar folego a interpretações consequencialistas que atribuem um papel determinante as consequências econômicas no

momento da interpretação do direito. Neste sentido, também esta abordagem parecerá não apenas plausível, mas dominante em alguns campos da vida social e jurídica afetadas pela pandemia.

Apesar de plausíveis e parcialmente de grande poder explicativo, seriam estas variantes capazes de esgotar ou garantir direitos morais básicos em tempos de pandemia? Cremos que não. A resposta a esta pergunta demanda a compreensão de uma terceira alternativa para a compreensão do direito que não o compreende nem como um conjunto de regras completamente predeterminados, nem um jogo decisionístico de poder ou de formulação de programas consequencialistas. Nesta visão, a nova normalidade sociológica e econômica não se apresenta, nem como transgressão das regras postas, nem como demandas não previstas que devem ser reguladas *ad hoc*, mas antes como fontes de normatividade. Em outras palavras, a realidade social fornece critérios que modificam o próprio direito, afetando, ao menos parcialmente, a sua própria racionalidade. Somente compreendendo esta dimensão da pandemia é que se poderá não apenas entender quais são os critérios de interpretação que esta nova normalidade não apenas exige, como também constitui. O respeito aos direitos políticos, morais e institucionais dos cidadãos exige dos intérpretes do direito e juristas a resposta mais ousada e complexa sobre como a *nova normalidade* forja novos critérios para o direito, e não apenas como durante a pandemia estes critérios são abandonados ou sacrificados em nome da crise, da excepcionalidade, ou das boas consequências a serem perseguidas.

A Fundação Arcadas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o apoio do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP oferecerão, entre os dias 24 e 27 de agosto, o curso “Transformações do Direito em Tempos de Pandemia”, no qual essas e outras questões relacionadas serão debatidas. Informações no site <http://www.fundacaoarcadas.org.br/>

***José Eduardo Faria e Ronaldo Porto Macedo Junior, professores titulares da Faculdade de Direito da USP**

Tudo o que sabemos sobre:

Artigo

José Eduardo Faria

DESTAQUES EM POLÍTICA



TJ paulista quer ampliar gastos em R\$ 6,8 bilhões



Um julgamento emblemático no STF



Só faltam as penas

Tendências:

[Eleições 2020](#): Confira as últimas notícias e um [guia do eleitor](#) com os principais serviços sobre o pleito

Calendário Estadão: [veja aqui os principais eventos e datas das eleições 2020](#)

Eleições 2020 em SP: [veja lista de cotados para disputar a Prefeitura](#)

[Avó de Michelle Bolsonaro morre por complicações da covid-19](#)

[Doria é diagnosticado com covid-19](#)

