

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRISE: PACTO FEDERATIVO, PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

The constitutional jurisdiction of crisis: federative pact, preservation of fundamental rights and the control of judicial and administrative discretion

Revista dos Tribunais | vol. 1022/2020 | p. 103 - 124 | Dez / 2020

DTR\2020\14357

## Georges Abboud

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor de Processo Civil da PUC-SP e do programa de mestrado e doutorado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP-DF. Advogado e Consultor Jurídico.  
georges.abboud@neryadvogados.com.br

## Gilmar Ferreira Mendes

Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Ministro do Supremo Tribunal Federal.  
gilmaracademico@gmail.com

**Área do Direito:** Constitucional; Filosofia

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo estabelecer, ainda que de maneira ensaística, parâmetros teóricos básicos para a preservação da ordem constitucional em tempos de crise. Para tanto, foram selecionados três elementos formais imprescindíveis do nosso ordenamento jurídico, quais sejam: a aposta na legalidade constitucional, a primazia dos direitos fundamentais e a preservação do federalismo.

**Palavras-chave:** Direito constitucional – Jurisdição constitucional – Legalidade – Direitos fundamentais – Federalismo – Ativismo – Discricionariedade – Direito e política

**Abstract:** This article aims to establish, albeit in a tentative manner, some basic theoretical parameters for the preservation of constitutional order during times of crisis. To this end, three essential elements of our legal system were selected, namely: the wager on constitutional legality, the primacy of fundamental rights and the preservation of federalism.

**Keywords:** Constitutional law – Constitutional jurisdiction – Legality – Fundamental rights – Federalism – Activism – Judicial and administrative discretion – Law and politics

## Sumário:

1.Introdução. A pandemia do coronavírus e os desafios por ela colocados à jurisdição constitucional. Os três pilares da democracia brasileira contemporânea: a legalidade constitucional, os direitos fundamentais e o federalismo - 2.A legalidade entre a degeneração e a incompreensão. Primeira lição da pandemia: os perigos inerentes ao sequestro do direito pela política - 3.A primazia dos direitos fundamentais e a importância de uma jurisdição constitucional independente e viabilizadora da democracia. A era do diálogo constitucional. Segunda lição da pandemia: salvar o direito da discricionariedade pelo controle de constitucionalidade - 4.A necessidade de se preservar as competências constitucionais das nossas unidades federativas. Terceira lição da pandemia: a preservação virtuosa do pacto federativo em tempos de crise - 5.Conclusões. O horizonte jurídico do Coronavírus e a defesa das liberdades individuais - Referências bibliográficas

## 1.Introdução. A pandemia do coronavírus e os desafios por ela colocados à jurisdição constitucional. Os três pilares da democracia brasileira contemporânea: a legalidade constitucional, os direitos fundamentais e o federalismo

*A Constituição Federal não resolve todos os problemas democráticos, mas ela é a melhor solução para a democracia em seu pior momento.*<sup>1</sup>

Este artigo foi escrito durante o isolamento imposto para conter os efeitos da crise mundial da doença respiratória COVID-19, propagada em ritmo alucinante, no Brasil e no mundo, pelo coronavírus.

A atual pandemia talvez seja um dos eventos mais traumáticos do ocidente pós-guerra. Contudo, isso não nos confere o direito à histeria, nem mesmo à passividade resignada. Para onde quer que olhemos,

seja para o passado, como para os tempos que correm, somos forçados pelas circunstâncias a respondê-las com fidelidade e firmeza, aprendendo com elas o que se faz urgente e necessário.

Muito embora conservemos essa disposição obstinada, precisamos nos deparar com aqueles que a negam, ou a julgam impossível de se manter durante as crises que nos assolam. Theodor Adorno, por exemplo, um dos “mestres da suspeita”<sup>2</sup>, afirmava que depois de Auschwitz não poderia mais existir poesia<sup>3</sup>, sublinhando a compreensão injusta e equivocada da Escola de Frankfurt sobre os limites da razão e a vanidade das esperanças humanas.

Para Bernd Rüthers, contudo, um dos maiores estudiosos da configuração jurídica do Estado Nazista – que tornou possível, pela *degeneração da legalidade vigente*, os infernos de Auschwitz, Dachau, Theresienstadt e Treblinka –, Adorno estava errado. Sem captar a experiência dos horrores da Segunda Guerra é que a poesia alemã seria ahistórica e impossível.<sup>4</sup>

O escritor húngaro Imre Kertész, mandado para os campos de extermínio quando criança, refutou o mesmo vaticínio infame durante toda a sua vida adulta, afirmando, na coletânea de ensaios *A língua exilada*, que “depois de Auschwitz só se podem escrever versos sobre Auschwitz”.<sup>5</sup>

*O mesmo vale para a Constituição Brasileira e sua jurisdição em tempos de crise.* Durante a pandemia da COVID-19, somos convidados a redobrar nossa dupla aposta democrática no direito e no texto fundante do nosso ordenamento jurídico.

A experiência política do século XX, filha dos totalitarismos, nos legou a crença nas Constituições e no Estado Democrático de Direito como valores a serem protegidos e cultivados a todo custo. Consideradas em si próprias, tais instituições – ou melhor dizendo, tais *realidades normativas* – não abarcam todos os problemas democráticos, e nem o poderiam fazer. Seus fundamentos, no entanto, podem nos servir de guia infalível durante os piores momentos de uma democracia.

A epígrafe que escolhemos para introduzir este artigo reflete as observações anteriores e nos parece ser a síntese de como a pandemia da COVID-19 deve repercutir no direito constitucional brasileiro. Ela corrobora a relevância das três diretrizes fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, quais sejam: a aposta na *legalidade constitucional*, a primazia dos *direitos fundamentais* e a preservação do *federalismo*.

Ao que tudo agora indica, nosso sistema Constitucional, a eterna Geni, a quem culpamos ou louvamos ao sabor incerto das conveniências<sup>6</sup>, tem suportado bem essa crise, atendendo, de modo democrático, às graves solicitações do momento. Estamos produzindo uma jurisprudência extraordinária, e não de exceção.

Nada obstante, queremos rememorar os três pilares da nossa democracia, para jamais perdê-los de vista na batalha contra o flagelo do coronavírus. Afinal, o isolamento social ou a cloroquina não são medidas profiláticas contra a contaminação do direito pela política.

Para tanto, precisamos entender com precisão o que significa *legalidade*, *direito fundamentais* e *federalismo*, livrando esses termos da poluição semântica na qual eles hoje se encontram. É preciso, em suma, chamar as coisas pelo próprio nome.

## **2.A legalidade entre a degeneração e a incompreensão. Primeira lição da pandemia: os perigos inerentes ao sequestro do direito pela política**

Como bem se sabe, diversas áreas do conhecimento humano entraram em crise após a Segunda Guerra Mundial. Todos os homens do direito, fossem eles advogados, juízes ou professores, viram-se na dolorosa circunstância de prestar contas ao restante da humanidade. É que, depois de 1945, a impressão geral era uma só: o partido nazista teria operado, desde sua gênese, sob o manto inconsciente das leis. O positivismo jurídico que vigorava na Alemanha à época do nazismo, de essência formalista, teria permitido, com o seu ceticismo axiológico, que a legalidade abraçasse todo e qualquer conteúdo.

Embora concedamos que o juspositivismo, dadas as suas premissas, não foi capaz de se opor de forma necessária e contundente ao nazifascismo, isso não nos autoriza a responsabilizá-lo pela ascensão e pelo desenvolvimento do regime totalitário que se instaurou na Alemanha. No Brasil, parcela significativa da academia se coloca contra essa corrente do pensamento jurídico, sob o argumento de que tal maneira de se enxergar o direito, somada às ideias de legalidade estrita e subsunção, teria fornecido as condições necessárias para legitimar o nazismo e o fascismo.

Contudo, essa visão ingênua ignora o fato de que o nacional-socialismo, como qualquer movimento revolucionário, opunha-se à ordem vigente.<sup>7</sup> A lei positivada era um obstáculo a ser superado, um resquício decadente e pequeno burguês da República de Weimar. Portanto, para pôr em prática os seus planos, os nazistas precisavam burlar, instrumentalizar ou esvaziar o próprio direito. “A barbárie não veio em nome da lei, pelo contrário, ela se estabilizou e se concretizou fora da lei”.<sup>8</sup>

Ao examinar a influência da ideologia nacional-socialista no direito alemão, Mario Losano observa que o direito preexistente era um incômodo aos homens de Hitler. Para derrotá-lo, porém, a ordem jurídica posta não foi destruída por completo. Os nazistas a instrumentalizaram para os seus próprios fins, por meio da introdução de “textos-veículos”, aos quais submeteram, graças à interpretação do direito avançada pelas faculdades e à aplicação levada a cabo pelos tribunais, todas as leis da Alemanha. “O positivismo jurídico foi substituído por um *Führerpositivismus*”.<sup>9</sup> A interpretação do direito obedecia a princípios propositadamente vagos, conceitos de uma indeterminação tal que os juízes que deles se valiam poderiam, no caso concreto, distorcer qualquer texto para atender aos interesses da “comunidade do povo alemão” (*die Deutsche Volksgemeinschaft*).

O nacional socialismo não só corrompeu o ordenamento constitucional, como prejudicou sensivelmente a ciência jurídica,<sup>10</sup> maculando-a com a *política*. De fato, a cumplicidade criminosa da classe acadêmica alemã colocou em risco a própria ideia de Estado de Direito. Como bem nota o historiador do direito alemão, Michael Stolleis:

“Carl Schmitt declarou que o ‘Estado de Direito’ significava a destruição da substância política e que, no século XIX, ele havia sido o precursor da democracia liberal, do judaísmo e do Marxismo. Segundo ele, as fórmulas ‘Estado de Direito nacional’ (*Koellreutter*) ou ‘Estado de Direito nacional-socialista’ tampouco eram a solução correta, razão pela qual ele sugeria ‘o Estado de Direito alemão Adolf Hitler’.”<sup>11</sup>

Logo, a corrupção do direito deu-se antes por sua *interpretação* enviesada e sua *aplicação* destrutiva e criminosa, do que pelos pressupostos teóricos do positivismo jurídico. Isso só foi possível não por causa do juspositivismo, mas *apesar* dele. Contrariando o clichê repetido vezes sem fim em diversos cursos de direito do Brasil, se os juristas alemães tivessem se apoiado minimamente na legalidade estrita, a memória de 1945 talvez não nos fosse tão dolorosa.

A descrição desse processo como *degeneração* é, a nosso ver, uma das grandes conquistas da filosofia e da historiografia do direito contemporâneas. Graças à obra corajosa de Bernd Rüthers sobre a mentalidade jurídica do Terceiro Reich<sup>12</sup> é que podemos apreender esse fenômeno abstraindo-o das circunstâncias alemãs, voltando nossos olhos para o que ele tem de geral.

*A fuga da legalidade é sempre um risco quando se assume a defesa de valores políticos ou morais que pretendam superá-la.* A ideia aqui subjacente é universal e infinitas vezes repetível: para proteger o que a lei, sozinha, não consegue, devemos superá-la. Raskolnikov, julgando-se tão acima do vulgo, justificou para si próprio o assassinato de uma velha usurária. Os juristas, menos propensos a sujar as mãos de sangue, macularam a lei pela interpretação enviesada, comprometida, no Terceiro Reich, com a ideologia oficial do partido Nacional Socialista. Com isso, contribuíram sobremaneira à institucionalização da barbárie.

A degeneração do direito, empreendida pela intelectualidade nazista, operou-se primeiro pela dogmática e pela teoria do direito. Não se pode ignorar o papel das leis no Terceiro Reich, especialmente aquelas que encerravam punições especiais e políticas discriminatórias. Contudo, muitos âmbitos essenciais do ordenamento jurídico da época de Weimar foram mantidos intactos, por exemplo, muito do seu direito privado.

Longe de querer destruí-las, os nazistas submeteram as leis da Alemanha *weimariana* a um extenso programa de reinterpretação, baseado numa ideia de vagueza deliberada: para avançar os interesses do povo alemão, era preciso levar a cabo uma “renovação jurídica popular”.<sup>13</sup> Trata-se daquilo que Rüthers nomeou, pejorativamente, de interpretação acrobática dos juízes.

O projeto encerrava diversas doutrinas e metodologias inconsistentes e contraditórias, sobre cujas nuances não queremos nos debruçar. Talvez seja suficiente remetermos à trigésima primeira edição do Semanário Jurídico (*Juristische Wochenschrift*), de 1934, na qual constava a seguinte orientação aos juízes das varas cíveis: “decide rapidamente, como um *Führer*, decide claramente, como um *Führer*, e decide de tal maneira que até o último homem da face da terra entenda que tu disseste o direito”.<sup>14</sup>

De modo geral, proclamou-se uma nova ideia de direito, que encontrava seu fundamento de validade na noção supralegal de preservação da *comunidade do povoalemão* (*Volksgemeinschaft*).<sup>15</sup> Quais as implicações disso? Bem, de um lado, as necessidades impostas pela realidade concreta eram encaradas como a fonte exclusiva do direito e, de outro, a interpretação das normas jurídicas, especialmente no que dizia respeito aos conceitos indeterminados e às cláusulas gerais, era colocada à serviço do governo.<sup>16</sup>

Essa formulação, de clareza exemplar, escancara um dos principais problemas da teoria jurídica contemporânea. É a mesma ferida que possibilitou, *grosso modo*, a “degeneração do direito” sob o regime nacional-socialista: a discricionariedade judicial e o desapego à legalidade.<sup>17</sup>

Voltando-nos para o horror da pandemia, parece-nos fundamental a compreensão que devemos ter em relação à legalidade no direito. A começar pelo óbvio: em momentos de crise, o que já é problemático se agudiza. A tendência habitual da magistratura brasileira de agir de forma ativista no desempenho de suas funções pode muito bem recrudescer durante a quarentena.

Entendido por nós como a suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição Federal e leis), que dá lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando, o ativismo judicial é a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo.<sup>18</sup>

No atual período de crise, tal propensão provavelmente se expressará pelo recurso a palavras de ordem e a corrupção do termo "pandemia", tornando-o uma panaceia que a tudo justifique. Sem apego à legalidade vigente, corre-se o risco de o "coronavírus" tornar-se uma espécie de enunciado performático, que, segundo John L. Austin, não pode ser considerado como verdadeiro ou falso, prestando-se, antes, a provocar realização de uma determinada agenda.<sup>19</sup>

O risco de politização da pandemia já se faz presente enquanto redigimos essas linhas. Podemos, assim, extrair a primeira lição: *por mais teratológica que seja a nossa atual situação, a única saída viável é a de cariz institucional, dentro das regras do jogo democrático. Devemos nos agarrar com maior força à legalidade, e não o inverso*

Ou seja, o momento excepcional pode muito bem nos forçar a produzir decisões (cautelares em ADIns) e normas extraordinárias (Medidas Provisórias e leis de transição). A *legalidade*, esse apego aos produtos normativos democráticos e a recusa de interpretá-los segundo agendas políticas ou morais, deverá, entretanto, manter-se válida e eficaz.

Afinal, como nos ensinou a experiência totalitária, a excepcionalidade não justifica a suspensão da ordem jurídica vigente em prol do exercício de qualquer um dos Poderes. Compreender essa lição é a premissa necessária para diferenciarmos uma jurisdição de exceção de uma jurisdição extraordinária.

### **3.A primazia dos direitos fundamentais e a importância de uma jurisdição constitucional independente e viabilizadora da democracia. A era do diálogo constitucional. Segunda lição da pandemia: salvar o direito da discricionariedade pelo controle de constitucionalidade**

A segunda lição decorre da primeira, prescindido – gostaríamos de acreditar – de qualquer esboço histórico. De nada adianta apostar na legalidade constitucional se não houver uma jurisdição constitucional independente que possa viabilizar a observância das regras do jogo democrático e ser a plataforma normativa de construção de diálogos e de eliminação de dissenso entre os Poderes.

Com apoio na doutrina de Francisco Segado, podemos afirmar que a universalização da justiça constitucional iniciada após a 2ª Guerra Mundial constituiu um dos fenômenos mais importantes nos ordenamentos constitucionais contemporâneos. A ideia de proteção de determinada ordem suprema, que é a base de todo o sistema de justiça constitucional, nasceu, porém, muito antes do surgimento das próprias Constituições.

Exemplo disso é a escola jusnaturalista, que, desde a sua vertente mais primitiva, já consagrava determinados direitos (os direitos naturais) enquanto intangíveis e irrenunciáveis, de modo que o direito posto lhes devia obediência.<sup>20</sup>

A justiça constitucional nasce da cultura do constitucionalismo, isto é, da concepção de que a democracia, estribada sobre um conjunto de valores sociais capitaneados pela ideia e pelo valor da liberdade, exige a limitação do governo por meio da Constituição. Disso se compreende que a defesa das normas constitucionais, operada pela justiça constitucional, exsurge da luta dos seres humanos pela liberdade diante do poder político, conquistada por meio da formulação de uma ordem jurídica superior, a qual prevê métodos para evitar que os órgãos encarregados do exercício das funções do poder tornem-se arbitrários. Trata-se de ideia intemporal, ainda vigente, que corrobora a relação de compatibilidade estabelecida entre justiça constitucional e democracia, bem como a de incompatibilidade entre a primeira e os regimes ditatoriais e autoritários.

A universalização da justiça constitucional caminha *pari passu* com a universalização da ideia de liberdade e com a expansão do respeito à dignidade humana e aos direitos invioláveis do homem, que, no direito pós-bélico, foram erigidos à condição de possibilidade dos governos democráticos e das sociedades civilizadas. Não por acaso, observa-se que a deposição de governos autoritários é sempre procedida da instituição de mecanismos afetos à justiça constitucional.<sup>21</sup>

Disso tudo decorre a primazia dos direitos fundamentais, que deve ser ínsita à democracia constitucional. No momento de maior crise pós-1988, as medidas adotadas pelos Poderes da República, por mais urgentes que sejam, não podem se desviar da tutela desses direitos e, em regra, somente se justificariam para a sua proteção.

Em determinadas situações, é possível identificar maior ou menor incompletude das normas constitucionais, sendo papel da Corte Constitucional identificar possíveis lacunas e colmatá-las dentro de um plano de razoabilidade.

Gustavo Zagrebelsky ressalta a importância de que o intérprete desenvolva as orientações básicas fixadas pelo texto constitucional. É nesse contexto que o professor desenvolve o pensamento possibilista (*Möglichkeitsdenken*), em sentido de conformação e desenvolvimento da cultura jurídica constitucional.<sup>22</sup>

Não é uma ideia distante daquela desenvolvida por Karl Larenz, em sua aclamada *Metodologia da ciência do direito*, na qual aborda os chamados métodos de desenvolvimento judicial do direito. O autor destaca:

“Se bem que a interpretação da lei constitua a tarefa imediata de uma Jurisprudência dirigida à prática jurídica, a Jurisprudência contudo nunca se esgotou nisso. Sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei; por outras palavras: que toda a lei contém inevitavelmente ‘lacunas’. Igualmente se reconheceu desde há muito a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei. É, portanto, um desiderato importante da Jurisprudência pôr à disposição do juiz métodos com ajuda dos quais ele possa cumprir esta tarefa de modo materialmente adequado e conclusivo. Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau.”<sup>23</sup>

O agravamento da crise de saúde pública, a demandar a implementação das necessárias e imperiosas medidas de distanciamento e isolamento social recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), está a surtir graves efeitos económicos, amargados especialmente nas faixas economicamente mais vulneráveis da população brasileira.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto demanda, inequivocamente, uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e à conformação da realidade económica e social experimentada.

Invocamos, mais uma vez, a célebre expressão em alemão cunhada por Konrad Hesse, “Not kennt kein Gebot”: necessidade não conhece princípio. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do Estado de necessidade ou do estado de emergência.<sup>24</sup>

Experiências recentes do Direito Comparado, embora não equiparáveis à magnitude global da situação vivenciada na crise do Coronavírus, ilustram as tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção de Direitos Sociais em regimes de excepcionalidade financeira. Perelman menciona interessante caso para desenvolver reflexão, em a “*Lógica Jurídica*”:

“Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

‘A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.’ (A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em *Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo. (...).”<sup>25</sup>

Ele responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos d Procurador-Geral Ter Linden. É o que se lê na seguinte passagem de seu trabalho:

“Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Ter Linden, em razão de seu carácter geral e fundamental.

‘Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a

aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.' (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348--349). (...)"

Nessa linha, conclui:

"Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas 'pela força dos acontecimentos', 'por força maior', 'pela necessidade'. (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349)."

Consequentemente, diante do panorama descrito, a segunda conclusão a que podemos chegar é: *temos, mais do que nunca, de nos defender da discricionariedade administrativa, cujo exercício descontrolado pode redundar em atos violadores de direitos fundamentais.*

Por exemplo, o tema mais palpitante da atualidade é a realização do isolamento social. A sociedade está apreensiva com qualquer modificação decisória que impacte nas políticas de isolamento para o controle da pandemia. Consequentemente, havendo elementos técnicos e objetivos acerca de qual modalidade de isolamento é a mais segura, é defeso invocar a discricionariedade para impedir que a jurisdição constitucional fiscalize a constitucionalidade de atos políticos que impliquem alterações em tais políticas de contenção da pandemia.

Assim, a primazia dos direitos fundamentais evidencia a defasagem que existe em admitirmos agir o discricionário, em seu estado puro e incontrolável. Aqui, conclamamos administrativistas e publicistas contemporâneos a superar essa construção teórica, em face do que determina a força normativa da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais.

A tragédia do coronavírus tem demonstrado que nenhuma sociedade ou indivíduo deve ficar à mercê de uma potestatividade discricionária, se qualquer outra via se demonstrar mais protetiva de direitos fundamentais. Ocorre que a discricionariedade no âmbito judicial ou administrativo, quando versa sobre questões jurídicas (direitos fundamentais), sujeita o jurisdicionado ao voluntarismo do ocasional ocupante do poder.

É óbvio que este artigo jurídico não tem por objetivo nem aptidão debater a melhor política pública para combate à COVID-19. O que o direito e os juristas devem demonstrar é a possibilidade de a jurisdição constitucional agir para controlar *quaisquer atos dos demais Poderes que possam causar dano a direitos fundamentais*. Ou seja, a discricionariedade do ato não pode ser elemento performático de blindagem à sindicabilidade judicial de ato administrativo mais lesivo a direitos fundamentais.

#### **4.A necessidade de se preservar as competências constitucionais das nossas unidades federativas. Terceira lição da pandemia: a preservação virtuosa do pacto federativo em tempos de crise**

De acordo com o art. 1º da CF (LGL\1988\3), o Brasil é uma federação, isto é, uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

O pacto federativo consiste em preceito constitucional que deve, necessariamente, ser resguardado em nosso ordenamento. Trata-se, mais precisamente, de *bem jurídico*, contra cuja proteção deficiente pode-se – *rectius*, deve-se – invocar a *Untermassverbot* em tempos de crise.

Se analisarmos brevemente a política brasileira, vemos que ela foi marcada profundamente por rupturas: a República derivou de um golpe militar, a breve experiência democrática de 1946, nascida com o fim do Estado Novo getulista, teve uma vida curta e morreu pelas armas dos generais que usavam a ideia de constituição como mera legitimação externa ao arbítrio.

Mesmo com o fim do regime militar e a promulgação de Constituição de 1988, muito democrática, vemos que a *norma* precedeu a *ideia*. Tanto é assim que diuturnamente assistimos aos verdadeiros embates que são travados para a realização de alguns dos mais básicos direitos fundamentais. Não só a política brasileira é marcada por ser muito mais uma *república oligárquica* do que uma *democracia liberal*, propriamente dita: o autoritarismo é uma pecha constante da política brasileira.

Não temos tradição de um Constitucionalismo estável marcado por fortes instituições e genuíno federalismo. Assim, a Constituição de 1988 e sua defesa constituem uma promessa a ser salvaguardada para que se implemente o modelo democrático do constitucionalismo brasileiro.

O constitucionalismo contemporâneo aposta no federalismo, na legalidade e nos direitos fundamentais, podendo nos levar a um ciclo duradouro de virtudes democráticas. A partir dessa tríade, é possível criar um regime democrático de estabilidade, mediante o fortalecimento das nossas instituições.

Em países que adotam o federalismo como forma de Estado surgem, não raras vezes, dúvidas sobre os limites de competência legislativa dos entes federados. Nos termos do que lecionado por Christoph Degenhart, em caso de conflito, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: (i) a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise; e (ii) além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses.<sup>26</sup>

As controvérsias sobre competências federativas são absolutamente complexas. Com o objetivo de demonstrar algumas consequências decorrentes da prevalência deste ou daquele entendimento relativamente à competência de entes federativos regionais e locais, questiona-se, por exemplo, como fica a situação de um automóvel que será autorizado a circular, produzindo certo nível de poluição, no Município de São Bernardo, quando ele se deslocar para Santo André, onde, porventura, os índices são outros? Afinal, ele estará violando a legislação local de outro município. Esse é um exemplo importante, sobretudo porque também se coloca em relação a outras questões.

Imaginemos uma lei regional ou local que disponha sobre jogar coisas em um rio. É fato que o rio passa por vários municípios e, muitas vezes, atinge outros estados-membros. Relembramos aqui o episódio da tomada do São Francisco pelo ex-Governador Itamar Franco e a difícil e delicada questão das concessões. Hoje em dia, os rios inclusive passam por fronteiras. E não só os rios, assim chamados internacionais ou nacionais, mas também aqueles que são afluentes. Tanto é assim que atualmente, na legislação sobre águas, trabalha-se com o conceito de bacias, que é muito mais preciso.

Como bem apontado por Alaôr Caffé Alves, razões de ordem técnica, econômica, ambiental, social, geográfica etc., podem transpor certas atividades e serviços do interesse eminentemente local para o regional e vice-versa, sem constituir qualquer violação à autonomia dos entes federados<sup>27</sup>

Destacamos aqui caso notório que foi examinado sobre as chamadas regiões metropolitanas, em que eram objeto de controle de constitucionalidade atos normativos do Estado do Rio de Janeiro que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiram a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Na espécie, a questão centrava-se na preservação de dois importantes valores constitucionais: a autonomia municipal e a integração por meio das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Foi preciso, portanto, balancear esses dois valores.

A Constituição Federal confere ênfase à autonomia local, ao mencionar os Municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988 (LGL\1988\3)) e ao fixá-la junto com a autonomia dos estados e do Distrito Federal (art. 18 da CF/1988 (LGL\1988\3)). A essência da autonomia contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.

Em alguns casos – como o das regiões metropolitanas –, o interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas também ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. Foi com base nesse fundamento que o caráter compulsório da participação de municípios em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas restou acolhido pelo Plenário do STF.<sup>28</sup>

O interesse comum inclui, muitas vezes, funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. Tema representativo desse fenômeno é o do saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal confere competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico.

Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. Nesse cenário, a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

Assim, a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que esse caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal.

Todas essas considerações foram levantadas em conta no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842, sobre saneamento básico, de cuja relatoria para o acórdão encarregou-se o coautor deste artigo Min. Gilmar Mendes. Na oportunidade, o Plenário decidiu que interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. Assim, é preciso evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.

Dessarte, é extremamente relevante a cooperação na gestão e o desenvolvimento de órgãos representativos dos diversos entes. Foi por isso que, naquela oportunidade, houve o reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço de saneamento a colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado, ressaltando-se que a participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que seja apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. Assim, a participação de cada município e do estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

Esse mesmo raciocínio pode ser empregado e estimulado em relação a controle epidemiológico que envolve interesses de todos os entes federativos. A propósito, registro que, no âmbito do federalismo alemão, as medidas com fundamento na Lei de Proteção contra Infecções podem ser ordenadas contra indivíduos por meio de um "ato administrativo" (*Verwaltungsakt*), bem como por regulamentos executivos (*Rechtsverordnungen*) dirigidos ao público em geral pelos ministros da saúde dos Länder.

Além disso, as autoridades competentes podem emitir "atos administrativos gerais" (*Allgemeinverfügung*), para proibir, por exemplo, eventos de massa (§ 28 I s. 2 IfSG). Embora a Lei de Proteção contra Infecções constitua um estatuto federal (cf. Art. 74 I Nr. 19 GG), no sistema alemão, o poder de execução das leis é geralmente atribuído aos Länder (art. 83 GG) – inclusive quanto à Lei de Proteção contra Infecções –, de modo que as medidas para o enfrentamento de calamidades sanitárias são ordenadas pelas autoridades locais ou regionais.

Assim, o fechamento de escolas e a proibição de eventos de massa não são ordenados pelo governo federal, pois esse elabora recomendações cujo cumprimento depende das autoridades dos Länder. Mesmo em caso de emergência nacional, de acordo com o art. 35, III, da Constituição, o governo federal só pode ordenar apoio com pessoal, mas não tem o direito de assumir o controle da crise. Não obstante, no federalismo cooperativo da Alemanha, existem vários órgãos de coordenação entre os níveis federal e estadual, como a "Conferência dos Ministros da Saúde", que reúne os ministros da Saúde dos governos federal e estadual<sup>29</sup>.

Mencionamos esse modelo alemão com o intuito de demonstrar que, no combate a uma crise sanitária, as ações das autoridades federais, regionais e locais devem ser conduzidas de maneira cooperativa e articulada. Isso gera muito mais efeitos positivos do que uma tentativa de concentração de competências e de sobreposição dos métodos que se consideram mais adequados e pertinentes ao combate de uma epidemia.

Em relação ao cenário brasileiro, não podemos negligenciar a previsão normativa da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), que é relevante inovação gerencial na política pública de saúde no Brasil. Trata-se de foros permanentes de negociação, articulação e decisão entre os gestores nos aspectos operacionais e na construção de pactos nacionais, estaduais e regionais no Sistema Único de Saúde (SUS), para que haja o fortalecimento da governança nesses espaços. Além disso, a Comissão prioriza a responsabilização dos entes, de modo que a tomada de decisão na gestão tenha transparência.

Com a publicação do Decreto 7.508/2011 (LGL\2011\2137), esse espaço de governança foi valorizado, definindo-se que cabe às Comissões Intergestores pactuar a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde. Destaque-se, ainda, que a Lei 12.466/2011 (LGL\2011\3178) confere maior legitimidade às representações dos entes estaduais e municipais de saúde: o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e as Comissões Intergestores.

O texto constitucional realmente nos desafia em termos de interpretação na matéria examinada nessa ADI. De um lado, há as competências privativas da União, tanto legislativas quanto administrativas, e,

de outro, temos também a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para legislar, para além das competências comuns.

Estamos diante de conflito aparente de normas constitucionais. Isso porque o art. 21, XVIII, da Constituição estabelece ser competência da União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; ao passo que o art. 23, II, dispõe ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e da assistência públicas. Ademais, o art. 22, X e XI, determina ser competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte, bem como sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; enquanto o art. 24, XII, estatui a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para editar normas sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. O art. 30, I, ainda dispõe ser competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Diante desse quadro, a União invoca os dispositivos constitucionais relativos à sua competência exclusiva, para centralizar as decisões acerca de medidas de enfrentamento da crise sanitária da Covid-19, enquanto os entes regionais e locais fundamentam-se em dispositivos de competência comum e concorrente para justificar os atos de restrição de locomoção de pessoas que vêm sendo adotados em seus âmbitos. A questão, portanto, é bastante delicada.

Embora não se trate de problema propriamente novo, a repartição de competências federativas ainda suscita diversos problemas que habitualmente são analisados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como: i) o que são normas gerais em matéria de competência concorrente e quais os seus limites e possibilidades?; ii) em que medida entes federativos regionais e locais podem legislar sobre providências de índole administrativa necessárias ao cumprimento das leis de competência privativa da União?; iii) qual o critério de distinção entre normas de direito civil, de competência privativa da União, e legislação que promove a responsabilidade por dano ao consumidor, cuja competência é concorrente?; iv) como distinguir objetivamente o que é matéria processual (competência privativa da União) e o que é assunto relativo a procedimentos em matéria processual?

Essa é uma série de questões que evidencia o fato de estarmos caminhando sobre terreno nebuloso, que desperta diversas controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclusive da Suprema Corte.

De qualquer modo, a relação entre União, Estados e Municípios preocupa. Independentemente do direcionamento da política pública de saúde que se pretenda adotar, é inviável que ela seja executada sem uma articulação mínima com os Estados e Municípios. Temos visto muitas experiências exitosas nos governos estaduais, que inclusive poderiam servir de modelo nacional, mas que encontram resistência por parte do próprio Governo Federal.

Sem dúvida, essa é uma discussão muito mais fácil de se fazer na teoria do que na prática. Acreditamos que somente na análise de situações mais concretas é que o Supremo Tribunal Federal poderá se manifestar de maneira mais clara sobre o assunto.

A Constituição de 1988 traz sistematização pouco objetiva em matéria de competências administrativas e legislativas. Não é fácil identificar no Texto Constitucional os limites das competências dos entes federativos em cada matéria. A Constituição fala, por exemplo, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência". No mesmo sentido, o Texto Constitucional, ao estabelecer o Sistema Único de Saúde, revela que esse sistema deve ser pesado de forma descentralizada (arts. 196 e 198, I, CF (LGL\1988\3)).

A Constituição chega a sinalizar que tal regime de competência comum poderia ser melhor definido a partir de uma Lei Complementar que fixasse normas de comparação entre os entes federativos (art. 23, parágrafo único).

Acerca do contexto epidemiológico que atualmente vivemos, o Presidente, por meio da Mensagem 93/2020 (LGL\2020\2478), requereu o reconhecimento de calamidade pública, justificando que, diante da pandemia, o cumprimento da meta fiscal geraria riscos de paralisação da máquina pública. O Congresso Nacional, então, aprovou o requerimento, por meio do Decreto Legislativo 6/2020.

Paralelamente, alguns Estados e Municípios passaram a adotar medidas para restringir a circulação de pessoas em seus territórios, seja com fundamento em um estado de "emergência em saúde pública", previsto pela Portaria 188/2020 do Ministério da Saúde, seja com base no reconhecimento formal do estado de calamidade. Assim, o Estado de São Paulo decretou situação de calamidade pública, por meio do Decreto 64.879/2020. No Distrito Federal, no Estado do Rio de Janeiro, bem como nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, a emergência em saúde pública é a base jurídica para as medidas restritivas adotadas.

A pluralidade de opções sobre o assunto e a ausência de medidas uniformes, em contexto de urgência, alertam para a necessidade de definição dos limites constitucionais e legais para a atuação dos entes

federativos regionais e locais. Isso porque há exemplos de ações desde a suspensão de atividades coletivas (escolas, esportes, espetáculos etc.) e de funcionamento de estabelecimentos comerciais até a restrição de operações aeroviárias e rodoviárias.

Diante de todo esse cenário, é fato que, apesar da realidade de crise, é imprescindível garantir a observância da Constituição e dos instrumentos nela delineados.

Além disso, no contexto do federalismo brasileiro, é importante registrar que a quantidade de hospitais federais é muito reduzida. São basicamente cerca de 50 (cinquenta) hospitais universitários federais, de modo que a execução efetiva de medidas de saúde em hospitais públicos para combater a pandemia da Covid-19 recai sobre os Estados e Municípios, que justamente por isso têm sido cautelosos quanto às medidas de distanciamento social, para evitar um colapso do sistema público de saúde.

Como se sabe, é nessa conjuntura que as unidades federativas têm atuado, não apenas pela limitação à circulação de pessoas, mas também por meio de criação de unidades hospitalares emergenciais, os chamados hospitais de campanha, a exemplo do Pacaembu e do Anhembi, em São Paulo.

É preciso reconhecer, portanto, no que diz respeito à crise da Covid-19, que a autoridade dos entes federativos descentralizados, para promover controle sanitário-epidemiológico (CF (LGL\1988\3), art. 200, II) e efetivar o direito à saúde (CF (LGL\1988\3), art. 23, II), não decorre de delegação da União nem a ela se subordina. Trata-se de competência autônoma, estabelecida pelo art. 18 da Constituição.

De forma geral, a autonomia demanda a pluralidade de ordenamentos e a repartição de competências. Em seu clássico estudo, o prof. Baracho bem assenta que a autonomia pressupõe “poder de direito público não soberano, que pode, em virtude de direito próprio e não em virtude de delegação, estabelecer regras de direito obrigatórias”. Dessas considerações, depreende-se que a essência da autonomia contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade de decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Poder Legislativo<sup>30</sup>.

No âmbito formal, esses três elementos podem ser encontrados no constitucionalismo brasileiro. Todavia, nossa tradição e nossas instituições não estão consolidadas a ponto de garantir um ciclo permanente e virtuoso a ser estabelecido entre liberdades individuais e a Constituição Federal.

Nesse sentido, entendemos essa ser a terceira lição da COVID-19: *em momentos de crise, o Poder Executivo federal não pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais tomadas no âmbito de suas respectivas competências constitucionais* que venham a adotar medidas restritivas contrárias à orientação geral do Governo.<sup>31</sup>

## **5. Conclusões. O horizonte jurídico do Coronavírus e a defesa das liberdades individuais**

No fundo, as três lições descritas anteriormente poderiam ser resumidas como um chamado à recusa de que um período de pavor generalizado constitua razão suficiente para interromper nosso processo civilizatório. Ainda determinados direitos possam ser temporariamente mitigados, fato é que o horror provocado pela COVID-19 não pode ser subterfúgio para diminuição ou restrição, em definitivo, de nenhum direito fundamental.

Dito de outra forma, a Constituição Federal e as leis não são obstáculos no caminho da solução. São antes o próprio caminho. Não o único, mas certamente o melhor, tal como destacamos na epígrafe deste artigo.

Assim, o extraordinário nos exige pensar em formas constitucionais de superação da crise, a partir dos mecanismos que o nosso ordenamento já nos dá. É justamente em momentos como o atual que devemos redobrar nossas apostas na Constituição e na respectiva legalidade constitucional.

É isso que procura nos ensinar Paul Ricoeur quando fala em “o mundo da obra”, que corresponde à “coisa do texto” de Gadamer: “Não se trata de impor ao texto sua própria capacidade finita de compreender, mas de expor-se ao texto e receber dele um si mais amplo”.<sup>32</sup>

A tarefa da hermenêutica é nos privar ao máximo de nossas pré-compreensões e nos oferecer um ponto de vista mais amplo, que faça jus ao texto e, em nosso caso, dignifique a atuação legislativa ao evitar quaisquer formas de *superinterpretação*, que são, *per se*, inaceitáveis em democracias constitucionais e particularmente perigosas em situações de crise.

Não é por outra razão que, desde Heidegger, a hermenêutica caminha no sentido da ontologia e não da epistemologia, com o que surge “uma questão nova: ao invés de nos perguntarmos como sabemos, perguntaremos *qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo*.”<sup>33</sup>

Que fique claro: a pretexto de evitarmos futuras pandemias não podemos negociar vitórias democráticas conquistadas a duras penas. A aposta na legalidade, a defesa dos direitos fundamentais e o zelo pelo pacto federativo são os freios das democracias constitucionais. Muito embora o sistema

constitucional do Brasil tenha respondido bem até agora, sem a lembrança incessante dessas três balizas, corremos o risco de perder a fronteira de legitimidade entre a política e o direito.

### Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, dez. 2013.
- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1008, p. 43-54, out. 2019.
- ADORNO, Theodor. Kulturkritik und Gesellschaft. In: *Gesammelte Schriften*, Band 10.1: Kulturkritik und Gesellschaft, I, "Prismen. Ohne Leitbild". Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977.
- ALVES, Alaôr Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 21, p. 57-82, jan.-mar. 2001.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002.
- AUSTIN, John L. *How to do things with words: the William James lectures delivered at Harvard University in 1955*. 2. ed.. Oxford: Clarendon Press, 1975.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Melhoramentos, 2007.
- CAMPOS, Ricardo. *Prefácio à edição brasileira*. In: STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história, do século XVI ao XXI*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I*. 22. ed. Heidelberg, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FALLON JR., Richard H. *Law and legitimacy in the Supreme Court*. Cambridge: Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 2018.
- FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: SEGADO, Francisco Fernández (Ed.). *The Spanish constitution in the european constitutional context: la constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2009.
- HÄBERLE, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. 3. ed. Oxford University Press, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KERTÉSZ, Irme Kertész. *A língua exilada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- KLAFKI, Anika; Kießling, Andrea. Fighting COVID 19 – Legal powers and risks: Germany. *VerfBlog*, 20.03.2020. Disponível em: [<https://verfassungs-blog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany>]. Acesso em 15.10.2020.
- KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e razão prática: teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Org.). *O positivismo jurídico no*

século XX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. Salvador: JusPodivm, 2019.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

RICOEUR, Paul. A função da hermenêutica do distanciamento In: JAPIASSÚ, Hilton (Org. e Trad.). *Hermenêutica e ideologias*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

RUNCIMAN, David. *How democracy ends*. NewYork: Basic Groups, 2018.

RÜTHERS, Bernd. *Teoría del derecho: concepto, validez y aplicación del derecho*. Bogotá: Editorial Témis, 2018.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história, do século XVI ao XXI*. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VESTING, Thomas. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

1 .Epígrafe da obra: ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. Observação inspirada nas conclusões de RUNCIMAN, David. *How democracy ends*. NewYork: Basic Groups, 2018.

2 .A expressão é de Paul Ricoeur, que a cunhou para designar Marx, Nietzsche e Freud como três pensadores desconfiados das ilusões da consciência. A nosso ver, a alcunha também é válida para Adorno e os demais integrantes da Escola de Frankfurt, empenhados em destronar a razão e a racionalidade, colocando-as sob o signo da desconfiança.

3 .“Kulturkritik findet sich der letzten Stufe der Dialektik von Kultur und Barbarei gegenüber: nach Auschwitz ein Gedicht zu schreiben, ist barbarisch (...)” (ADORNO, Theodor. *Kulturkritik und Gesellschaft*. In: *Gesammelte Schriften*, Band 10.1: Kulturkritik und Gesellschaft, I, “Prismen. Ohne Leitbild”. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977. p. 30).

4 .RÜTHERS, Bernd. *Teoría del derecho: concepto, validez y aplicación del derecho*. Bogotá: Editorial Témis, 2018. p. 15.

5 .KERTÉSZ, Imre. *A língua exilada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 55.

6 .ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, dez. 2013.

7 .LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 187.

8 .CAMPOS, Ricardo. Prefácio à edição brasileira. In: STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história, do século XVI ao XXI*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 17. Sobre a relação da democracia e lei ver ainda: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. Salvador: JusPodivm, 2019.

9 .LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 244.

10 .STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução à sua história, do século XVI ao XXI*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 142.

11 .Ibidem, p. 149.

12 .RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

13 .Ibidem, p. 51.

14 .Ibidem, p. 54.

15 .STOLLEIS, Michael. Op. cit., p. 68.

16 .RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado... cit.*, p. 56.

17 .RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado... cit.*, passim.

18 .Ver, sobre o tema, ABOUD. Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, v. 1008, out. 2019 e ABOUD. Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 1.295.

19 .AUSTIN, John L. *How to do things with words: the William James lectures delivered at Harvard University in 1955*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975. p. 6.

20 .FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: SEGADO, Francisco Fernández (Ed.). *The Spanish constitution in the european constitucional context: la constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 856.

21 .Ibidem, p. 857. "Bien significativo es al respecto el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como testimonian, entre otros muchos casos, Alemania, Italia y Japón tras la Segunda Guerra Mundial, los países de la Europa meridional (Grecia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno, gran número de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa oriental, tras la desaparición de los sistemas comunistas".

22 .ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 16-17.

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas" pode converter-se numa "teoria constitucional da tolerância" (HÄBERLE, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980. p. 9).

23 .LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 519.

24 .HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27.

25 .PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.

26 .DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I*. 22. ed. Heidelberg, 2006. p. 56-60.

27 .ALVES, Alaôr Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 21, jan.-mar. 2001. p. 57 (77).

28 .ADIn 1.841/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 20.9.2002; ADI 796/ES, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 17.12.1999.

29 .KLAFKI, Anika; Kießling, Andrea. *Fighting COVID 19 – Legal powers and risks: Germany*. *VerfBlog*, 20 de março de 2020. Disponível em: [<https://verfassungs-blog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany>].

30 .BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 85 e 93.

31 .Aludimos aqui, ainda que *en passant*, à recente decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes, proferida na ADPF 672.

32 .RICOEUR, Paul. A função da hermenêutica do distanciamento In: JAPIASSÚ, Hilton (Org. e Trad.) *Hermenêutica e ideologias*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 68.

33 .Ibidem, p. 36-37. Destaque nosso.