

Jurisprudência de Crise: caminhos para soluções constitucionais



Gilmar Mendes
Ministro do STF

Não se olvida que 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 econômicos, amargados especialmente nas faixas mais pobres da população brasileira.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto inequivocamente demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada. Invoco 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[[1](#)].

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. Destaco, no ponto, a experiência Portuguesa em que a Corte Constitucional, em meados de 2011, em casos relacionados a políticas de austeridade, passou a produzir o que se tem chamado *jurisprudência da crise* [2].

De fato, a Administração Pública precisa agir rapidamente, o que muitas vezes pode levar a ações pouco usuais e até mesmo questionáveis do ponto de vista estrito da lei e da Constituição Federal. Em verdade, essas situações provavelmente se multiplicarão, conforme exemplos recentes. No grande esforço de se combater a epidemia e seus efeitos, severas medidas de restrição de circulação de pessoas e de funcionamento do comércio foram tomadas por governadores e prefeitos de todo o país. No âmbito econômico, tem sido debatida a aprovação de socorros a trabalhadores — formais e informais — e a empresas.

Em meio a esse complexo quadro, parece evidente que as normas jurídicas soam, em um ponto de vista

estritamente pragmático, um mero detalhe no debate sobre a aprovação de medidas essenciais ao combate a uma epidemia que se alastra em progressão geométrica e vem vitimando milhares de pessoas pelo mundo. Entretanto, mesmo nesses momentos, as normas jurídicas — em especial a Constituição — não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise. É fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte.

A questão, nessa perspectiva teórica, não é nova e já é há muito debatida no constitucionalismo, como nas reflexões de Gustavo Zagrebelsky sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminente professor italiano, no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil — *il diritto mitte* — que a Constituição desempenha, em meio a sociedades dotadas de grande diversidade, não a “tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”[3].

Para o professor Zagrebelsky, seria importante, nesse contexto de grande complexidade, a tentativa de se buscar, na prática, a proteção dos princípios de forma simultânea, ainda que, em teoria, esteja-se diante de valores em contradição. Daí porque afirma a importância de uma “concordância prática”, a qual se realiza não por meio da “simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”[4].

Por isso, o autor conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”, conforme expõe na seguinte passagem:

“Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível — uma unidade dúctil, como se afirmou — deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do aut-aut, do ‘ou dentro ou fora’. A coerência ‘simples’ que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um ‘modo de pensar do possível’ (Möglichkeitdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental ‘possibilista’ representa para o pensamento o que a ‘concordância prática’ representa para a ação”[5].

Nessa perspectiva, adota-se um modelo fundado na dúvida, que não pensa de forma absoluta, mas busca encontrar diversas alternativas à questão que pretende solucionar. Talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos. Ao conceber o direito constitucional como disciplina diretamente vinculada à cultura, à filosofia e à realidade contemporânea a qual se vincula, entende que todas as situações relacionadas ao texto constitucional não podem ser interpretadas de modo isolado. Para o autor, “pensamento jurídico do possível” é expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta[6]. Trata-se de pensar a partir e em novas perspectivas e realidades, questionando-se: “que outra solução seria viável para uma determinada situação?”

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”[7]. Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação”[8].

A propósito, anota Häberle:

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”[9].

Nessa linha, observa Häberle, “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas”[10].

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível[11].

A importância da abertura da Constituição — pensada e definida em um momento histórico específico — para situações futuras pode ser vista em interessante caso julgado pela Corte de Cassação da Bélgica, mencionado por Perelman em “Lógica Jurídica”. Anota Perelman:

“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 conseqüência 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. [...]”[12].

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que se lê na seguinte passagem do 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 Terlinden, em razão de seu caráter 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.’ (A. Vanwelkenhuyzen, ‘*De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit*’, pp. 348-349). [...]”[13].

Nessa linha, conclui Perelman: “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’”[14].

Portanto, desde essa perspectiva de análise, a interpretação das normas constitucionais em questão, no sentido de um pensamento jurídico de possibilidades, pode fornecer soluções adequadas nesse momento de crise e de incertezas quanto aos efeitos da Covid-19 na população brasileira.

Como já destacado, a Constituição não pode ser vista como um obstáculo à implementação de medidas

essenciais, que podem proteger vidas e diminuir o impacto da pandemia na nossa economia. Antes disso, é preciso enxergá-la como um caminho necessário a tais políticas públicas, buscando-se alternativas que contemplem os valores constitucionais, dentre os quais se destacam a função do Estado de proteger a vida e a saúde pública.

Evidentemente, a leitura da norma não deve criar um impasse que, no limite, poderia colocá-la em contradição com as próprias finalidades de um Estado Democrático de Direito. No caso julgado pela corte belga, a aplicação estrita da Constituição poderia gerar o quase fim do Estado ao paralisá-lo. No caso da Covid-19, interpretações frias da normas e sem se sopesar a grande excepcionalidade da situação podem igualmente levar a situações catastróficas, com uma enorme perda de vidas.

Por óbvio, defender tal posição não significa permitir toda sorte de ações, até mesmo porque, em diversos momentos, o próprio texto constitucional excepciona a aplicação de determinadas normas em situações emergenciais. De fato, o debate deve ser sério e fundamentado em alternativas que contemplem os valores essenciais da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

[1] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27.

[2] Em decisões paradigmáticas, a Corte Portuguesa reiterou a jurisprudência iniciada na década de 1980, sobre a proibição do retrocesso, procurando adaptar-se, todavia, a problemas específicos advindo da situação econômica do País (Cf. Acórdãos nº 396 de 2011; e nº 353 de 2012).

[3] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 3a ed., 1999. p. 13

[4] ZAGREBELSKY, 1999, p. 16

[5] ZAGREBELSKY, 1999, p. 17

[6] HÄBERLE, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980. p. 9

[7] HÄBERLE, 1980, p. 6

[8] HÄBERLE, 1980, p. 7

[9] HÄBERLE, 1980, p. 3

[10] HÄBERLE, 1980, p. 6

[11] HÄBERLE, 1980, p. 10

[12] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 105

[13] PERELMAN, 2000, p. 106

[14] PERELMAN, 2000 p. 107

Date Created

11/04/2020