

## Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais

Autor: [Gilmar Mendes](#)

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

peças 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' (Möglichkeitsdenken), 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 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. [...] [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.