

Introdução

Não é equivocado afirmar que a difusão recente das constituições e do constitucionalismo segue lado a lado, porquanto a pressupõe, com a maneira de compreender a relação entre a *força normativa da constituição* e a *realidade, a vida*. A história político-constitucional do ocidente no século passado, marcada por um acelerado desenvolvimento econômico e tecnológico, por regimes totalitários, por duas guerras mundiais, pela exploração contínua de países pobres por grandes potências econômicas e militares e por uma certa incapacidade da constituição de servir de meio estabilizador da vida, aguça a curiosidade sobre tão delicada problemática.

A curiosidade dá lugar à perplexidade quando na segunda metade do século XX, ainda latentes no imaginário individual e coletivo as atrocidades nazistas e facistas, alcançou-se, em doutrina, sob o que denominamos teoria constitucional pós-1945, significativo consenso quanto à tese de que as constituições detêm uma espécie de *vida ativa autônoma* não instrumentalizada pelos fatores reais de poder que Lassalle sustentava, no século XIX, constituírem a essência das constituições, harmonizando-se, com isso, a tensão entre norma e realidade.

Iniciado um novo milênio com novos ou renovados e fortificados problemas e desafios, entretanto, o difícil equilíbrio entre norma e vida construído com a tese da *normatividade específica* ou *autônoma da constituição* é desestabilizado, afigurando-se necessária sua reestruturação. Num momento histórico de globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo, ou seja, numa *situação de exceção permanente*, em que a constituição e sua normatividade autônoma se encontram, mais uma vez, em crise, portanto, há de se perscrutar se deve ser mantido o consenso teórico pós-1945 ou estabelecida uma reflexão crítica, ainda que propedêutica, capaz de lançar luz renovadora sobre a difícil e obscura equação entre constituição e vida.

Esse o propósito que inspira este trabalho e nos conduzirá, na **linha de pesquisa** em teoria constitucional contemporânea, à análise da seguinte **problematização**: numa *situação de exceção permanente* impõe-se construir uma renovada categoria que, expondo a imanência da realidade no âmbito normativo e

a existência de um espaço de indiscernibilidade entre norma e vida, redimensione o discurso jurídico-constitucional e abra horizontes à ação emancipatória extra-jurídica e a uma nova compreensão da própria normatividade, servindo de chave adequada para compreender as mudanças do cenário sócio-político-econômico do século XXI, de sinalizador de diretivas teóricas e de mecanismo para articular questões centrais da teoria constitucional: a *categoria da exceção permanente*.

Tem-se em vista, assim, a situação de exceção permanente que se consolidou – ou se vem consolidando – no início do século XXI e a necessidade de se erigir, por causa disso, uma categoria capaz de reequacionar normatividade e vida.

Voltar os olhos à exceção permanente mantém acesa a relação entre direito e política no bojo da teoria da constituição erguida após a Segunda Guerra Mundial, especificamente no que concerne à atuação dos tribunais ou cortes constitucionais, ao tema dos direitos humanos, à hermenêutica/interpretação constitucional e à própria definição de constituição.

Além disso, a categoria da exceção permanente ajudará a compreender por que as pretensões normativas da teoria pós-1945, que influenciou – e influencia – a Constituição brasileira de 1988, não se concretizam, deixando à vista, ainda que de modo implícito, incongruências da democracia liberal capitalista.

A exceção permanente, em síntese, nos levará a refletir sobre a possível insuficiência da teoria pós-1945 que, atada à normatividade autônoma da constituição, não abre maior espaço à complexidade da vida e à problemática do poder.

Objetiva a dissertação, dessa sorte, introduzir a categoria da exceção permanente no debate constitucional por nela encontrar adequada chave de compreensão do momento histórico neste início de milênio e mecanismo crítico e renovador da teoria constitucional e de suas questões centrais, *v.g.*, constituição, direitos fundamentais, hermenêutica constitucional e jurisdição constitucional.

Metodologicamente, é ver que a pesquisa se desenvolve num âmbito teórico de análise. Situa-se, no seu aspecto histórico, no discurso da teoria da constituição dos últimos 60 anos, direcionando a atenção, de forma especial, à influência das tradições norte-americana e romano-germânica e aos debates formulados no eixo Estados Unidos e Europa – notadamente Alemanha – sem, contudo, deixar de inserir as questões aí levantadas no contexto brasileiro. Assume, além do mais, um enfoque multidisciplinar tanto para apontar aquela que seria a deficiência

maior da teoria constitucional pós-1945 – o pressuposto da normatividade específica ou autônoma da constituição, que mantém separadas norma e realidade – como para indicar uma nova leitura da problemática mediante a introdução da categoria da exceção permanente.

A **empreitada será viabilizada**, num primeiro momento, ao se identificar que a teoria constitucional da segunda metade do século XX está centrada no pressuposto da normatividade autônoma da constituição e se contextualizar a noção de exceção permanente no cenário mundial e brasileiro: daí a referência a uma situação de exceção permanente. Não se fará, quanto a esse aspecto, exame exaustivo da temática, uma vez que a dissertação apresenta caráter propedêutico quanto à inserção da categoria da exceção no discurso teórico-constitucional. Enfatizar-se-á, principalmente, a necessidade de proporcionar maior abertura à imanência da realidade na norma, à dinâmica histórica e à lógica do poder e de criar mecanismos de crítica ao pressuposto básico da normatividade autônoma.

No segundo momento desenvolver-se-á de maneira mais detida a categoria da exceção permanente e, a título exemplificativo, expor-se-á, brevemente, alguma repercussão sua no debate referente à noção de constituição, à hermenêutica/interpretação constitucional, aos direitos fundamentais e à atuação dos tribunais constitucionais.

Necessário esclarecer que essa estrutura da dissertação não corresponde ao *projeto* aprovado, em meados de 2006, no *exame de qualificação* perante a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

No projeto levantava-se a problemática de que o Supremo Tribunal Federal, no decorrer do mandato do Presidente Lula, seguindo postura pragmático-conseqüencialista de decisão, tem se pronunciado de modo favorável às políticas do governo, ratificando, assim, uma das principais características do cenário sócio-político de exceção permanente deste início de século, a saber, a centralização de poder, notadamente, no Executivo.

Objetivaria a dissertação, dessa sorte, analisar, no início do século XXI, tendo por marco a categoria exceção permanente, a atuação do Supremo Tribunal Federal naqueles casos em que deliberou sobre políticas que afetavam, diretamente, os interesses do Executivo a fim de comprovar que o Supremo Tribunal, não sem assumir uma perspectiva pragmático-conseqüencialista na aplicação do direito, tem se pronunciado de modo favorável às políticas do governo, ratificando, repita-se, o que seria uma das características do cenário

sócio-político de exceção permanente no início do milênio: a centralização de poder.

No exame de qualificação ponderou a banca, principalmente, no sentido de que se deveria assegurar distância histórica mais segura para a pesquisa e maior isenção política, não restringindo o exame ao período do governo Lula. Apontou-se, ademais, a necessidade de se ampliar o conjunto de decisões do Supremo Tribunal Federal a serem analisadas.

A exceção permanente emergia, aí, somente como marco teórico para arrimar a análise da problematização.

Estimava-se que no período de maio a novembro de 2006 conseguir-se-ia levar a termo a pesquisa. O desenvolvimento do marco teórico e o levantamento e análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e dos votos de seus ministros, entretanto, na medida em que a empreitada avançava, consumia tempo maior do que aquele fixado no projeto, de modo que não se mostrava viável concluir a dissertação na data azada. Isso implicou redefinir o projeto e transmutar aquilo que seria apenas um marco em problemática central de nossas investigações – não se pode negar que essa inversão, na verdade, consubstanciava minha pretensão primeira, nascida em meados de 2005 nas aulas de teoria constitucional contemporânea ministradas pelo Professor José Ribas Vieira.

Disso resultam conseqüências não desconhecidas do iniciante na pesquisa jurídica. Antecipo, assim, que ao longo da dissertação serão encontradas dificuldades no que concerne, notadamente, ao levantamento bibliográfico e à organização do texto. Nada, contudo, que prejudique o exame da problematização e do objetivo propostos.

No capítulo seguinte procurar-se-á, por dois caminhos, deixar claro que a teoria constitucional pós-1945 é caracterizada por uma específica leitura da normatividade da constituição, a saber, sua força normativa ou, como preferimos, sua normatividade autônoma: (i) ao se atentar para a articulação dinâmica – voltada ao fenômeno jurídico-político – de quatro temas importantes da teoria constitucional: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais; (ii) ao se analisar textos de quatro autores que se destacaram, no âmbito da tradição romano-germânica, na construção da teoria constitucional pós-1945 e que servem de arrimo à sua internalização e desenvolvimento no Brasil. Além disso, indicar-se-á que vivenciamos modificações no cenário sócio-político-econômico que exigem, no início do

século XXI, uma nova compreensão da normatividade se se almeja um horizonte emancipatório.

O terceiro capítulo é dedicado a esboçar, sinteticamente, as recentes modificações sociais em escala planetária que têm conduzido à crise da normatividade específica ou autônoma da constituição e à imprescindibilidade de uma nova categoria para compreender a normatividade e a dinâmica do fenômeno jurídico-político: a exceção permanente. A imagem dessa situação será apresentada por intermédio de cinco noções – globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo –, deixando mais clara a conclusão do capítulo primeiro no sentido de que, ante um cenário de agudização do risco, gerador de dominação, propagador de violência e contrário à criatividade constituinte do ser humano, em que se reafirma, ainda que implicitamente, o discurso da insuficiência do regime democrático, a normatividade autônoma que serve de fundamento da teoria constitucional pós-1945 se vê, realmente, em crise.

Espera-se no quarto capítulo sedimentar a conclusão de que enfrentamos, hoje, no mundo e também em nosso país, um contexto transformador da normatividade autônoma que mantém a realidade como dado exterior à constituição. É o que sinalizada a experiência norte-americana hodierna. Extraíndo as origens da exceção em Schmitt almeja-se, com Agambem, (re)construir a categoria – adjetiva, agora, pela permanência e direcionada à reconstrução do normativo, à exposição da imanência entre vida e norma, da zona de indiscernibilidade não apreendida, em sua totalidade, pelo discurso jurídico-constitucional que, por si só, é incapaz de conquistas emancipatórias e, por isso, deve proporcionar maior abertura à política.

O capítulo quinto volta-se, em específico, à esboçar algumas implicações da categoria da exceção permanente para a teoria constitucional no século XXI, promovendo, com destaque, uma breve incursão no debate referente aos tribunais constitucionais.

Na seqüência, a conclusão.