

## 5

### Exceção permanente: algumas implicações

*Sumário do capítulo:* 5.1. Pensando o Brasil; 5.2. Constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais.

Acreditamos haver sido possível, nos dois últimos capítulos, traçar o contexto ao qual se refere a categoria exceção permanente, bem assim caracterizá-la mediante breve análise da experiência alemã dos anos 20 e 30 do século XX, das críticas dirigidas por Schmitt à Constituição de Weimar, do debate norte-americano pós-11/09 e da contribuição teórica de Giorgio Agamben. Sedimentou-se, dessa sorte, a conclusão no sentido de que a categoria da exceção permanente viabiliza a reconstrução da normatividade constitucional.

Neste capítulo apontaremos, por duas vias, as impressões resultantes da referência à exceção permanente como categoria útil ao desenvolvimento da teoria constitucional no século XXI: num primeiro momento, tentar-se-á refletir sobre o cenário brasileiro à luz do renovado marco da exceção permanente, hábil a viabilizar que se alargue a estreita visão da teoria e da dogmática jurídico-constitucional brasileira e a fomentar o estudo multidisciplinar do direito; em seguida, trataremos da possível aplicação da categoria na difícil tarefa de compreender tópicos centrais da teoria constitucional: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação e, em específico, tribunais constitucionais.

#### 5.1

##### Pensando o Brasil

Ingressamos no século XXI – repita-se – com tendências à concretização de uma nova ordem social, que aponta para a instituição de um sistema financeiro e produtivo globalizado. Vê-se surgir um novo Império, reestruturação da soberania que busca na

forma de um Estado de exceção permanente, militarizado e economicista, assegurar sua legitimidade.

Segundo Klaus Günther, na atual sociedade de mercado existe um “lado escuro” da expansão da liberdade de consumo, consubstanciado em maior restrição às liberdades tradicionais por intermédio do avanço da criminalização e de um estado de segurança de caráter transnacional:

Ademais, liberdade consumista, como qualquer aumento de liberdade, tem seu ameaçador lado escuro: individualização crescente, a dissolução dos laços sociais e das tradições, o risco de falhar na competição econômica e assim se tornar um dos perdedores da modernização e da globalização. Está provavelmente fora da experiência desses riscos que ali desenvolva um medo maciço do crime, que amarre junto os medos da sociedade de multi-opção. O outro, com seu altamente individualizado conjunto múltiplo de opções, torna-se um risco da segurança. Aqui está onde o estado de segurança se insere. As reformas econômicas nos Estados Unidos sob Ronald Reagan e na Grã-Bretanha sob Margaret Thatcher foram acompanhadas por um aperto maciço do direito criminal e penal. A liberação da economia do estado descansou numa simultânea restrição dos direitos civis tradicionais que, nada obstante, foram afirmados como 'liberdade pelo estado' – a saber, como proteção da liberdade dos consumidores das ameaças dos terceiros envolvidos. Esses terceiros envolvidos são situados fora do espaço interno desregulamentado, e, portanto, excluídos em todo caso, ou excluídos na base de sua falta de sucesso em divulgar o poder de trabalho deles (...).<sup>1</sup> (grifou-se)

Nessa ordem globalizada em que se utilizam instrumentos autoritários típicos dos estados de exceção para manter a segurança e a ordem, o Estado Democrático de Direito enfrenta forte tensão ao ver mitigada sua capacidade de assegurar direitos fundamentais, de viabilizar eficaz participação popular na formação da vontade política e de propulsionar justiça social.

Tem-se, portanto, uma nova configuração da ordem sócio-político-econômica que, acreditamos, é passível de ser melhor compreendida pela referência à categoria da exceção permanente e a algumas de suas principais características extraídas das experiências da República de Weimar e do atual debate norte-americano: (i) paradoxos

<sup>1</sup> GÜNTHER, K., *World Citizens between Freedom and Security*, p. 389: “In addition, consumerist freedom, like any increase of freedom, has its threatening dark side: increasing individualization, the dissolution of social ties and traditions, the risk of failing in economic competition and thus becoming one of modernizations and globalization’s losers. It is probably out of the experience of these risks that there develops a massive fear of crime, which bundles together the fears of multi-option society. The other, with his highly individualized multiplicity of options, becomes a security risk. Here is where the security state comes in. The economic reforms in the United States under Ronald Reagan and in Britain under Margaret Thatcher were accompanied by a massive tightening of criminal and penal law. The liberation of economy from the state rested on a simultaneous restriction of traditional civil rights, which was nevertheless asserted as ‘freedom through the state’ – namely as protection of consumerist freedom from threats from third parties. These third parties are situated outside the deregulated internal space, and thus exclude in any case, or exclude on the basis of their lack of success in marketing their labor power (...).”

referentes à perspectiva normativa construída nas sociedades capitalistas do Ocidente associados a uma maior influência da decisão política; (ii) contexto globalizado, em que se vêem reestruturadas as relações de poder em escala mundial; (iii) exploração, numa sociedade de risco, da sensação de insegurança e de medo para viabilizar a (iv) instituição de um governo forte e centralizado, expandindo-se a atuação do Executivo sob o alegado objetivo de garantir a segurança e a continuidade – ou “salvar” – as democracias constitucionais; (v) alteração e até a suspensão de direitos e liberdades a fim de assegurar a manutenção do regime democrático; (vi) déficit de representação e participação popular na formação da vontade política dos Estados com ampliação dos poderes governamentais, em específico do Executivo.

Como a exceção permanente se apresenta no contexto brasileiro de molde a contribuir para um adequado entendimento de nossos problemas específicos?

Principal particularidade a ser levada em conta ao se refletir sobre exceção permanente e Brasil – e que aqui, por razões de espaço e por necessidade de pesquisa mais detida, não desenvolveremos – se refere ao processo histórico de construção do Estado brasileiro.

Se adotarmos, apenas como hipótese referencial, abordagem semelhante àquela de Charles Tilly sobre a criação e desenvolvimento dos Estados nacionais na Europa, a importância de nossas particularidades é revelada de imediato. De acordo com Tilly,<sup>2</sup> são variáveis do desenvolvimento histórico do Estado nacional europeu a concentração de coerção e de capital, a preparação para a guerra e a posição dentro do sistema internacional. Ainda que se possa em nossa realidade contestar a variável preparação para guerra e, portanto, a maneira como ocorreu aqui a concentração de coerção, a formação do Estado brasileiro, sem dúvida, perpassa a problemática tensão entre coerção, capital e influência externa.

No Brasil, ao que tudo indica, algumas das identificadas características da exceção permanente – o que fortalece o sentido de permanência – mostram-se há muito na própria história do país. Para citar um exemplo, fiquemos com a ampliação de poderes do Executivo. Bem destaca Marcos Antônio Striquer Soares ao examinar o presidencialismo brasileiro que, no país,

[o] problema maior (...) não é exatamente o desequilíbrio exagerado entre os órgãos fundamentais do Estado, entre os Poderes do Estado, que existe e deve ser corrigido, mas

---

<sup>2</sup> CHARLES, Tilly. *Coerção, capital e estados europeus*, 1996.

uma conseqüência desse fato, a ausência de mecanismos de controle do chefe do Poder Executivo. No Brasil, ele tem controle sobre a produção legislativa, não sofre uma fiscalização adequada do Legislativo e, ainda, dificilmente será responsabilizado por seus atos, pois o mecanismo adotado por nós (crime de responsabilidade política), próprio do presidencialismo, depende de grande movimentação política da sociedade e das Instituições públicas, o que é dificultado pela excessiva hegemonia mantida pelo presidente. O presidencialismo brasileiro é bastante influenciado pelo sistema parlamentarista. Percebe-se que o chefe do nosso Executivo tem uma liberdade de atuação muito ampla, própria do parlamentarismo, mas somente pode ser afastado pelo mecanismo adotado no presidencialismo, de difícil sucesso. (...) O presidencialismo, no Brasil, ainda depende muito da pessoa que exerce o cargo de presidente, pois a ele são autorizados inúmeros poderes (competências). Isso porque nossas Instituições políticas ainda são muito frágeis, havendo hegemonia excessiva do Executivo, em detrimento dos demais Poderes, sem mecanismos apropriados de controle dos atos do presidente. (...) Em razão de excessivos poderes (competências) autorizados ao presidente, acabou-se atribuindo a ele a maioria das decisões sobre os caminhos de nosso país, o que caracteriza uma atuação sobranceira em relação aos demais Poderes.<sup>3</sup> (grifou-se)

Razões para tanto são encontradas na peculiar forma como aqui se relacionaram a concentração de capital e de coerção com a forte influência internacional.

Isso se verifica, de modo semelhante, no que toca à tensão paradoxal que, acentuamos, aflige as sociedades capitalistas e seu atual regime de organização, o Estado Democrático de Direito. Seguindo Honneth e Hartmann, conquistas emancipatórias promovem, hoje, por vezes, seu próprio esvaziamento. De acordo com os autores, por exemplo, a compreensão do “individualismo” como busca de autenticidade e de individualização na segunda metade do século XX, serviu às conquistas de reconhecimento e de identidade de minorias. Exigências de autenticidade, todavia, fizeram com que trabalhadores compreendessem suas obrigações como forma de auto-realização, “informalizando” as relações econômicas de trabalho. Vê-se que uma demanda ilimitada por capacidades subjetivas de ação conduz à indefinição das fronteiras entre as esferas privada e profissional e, por conseguinte, num movimento contraditório, à instrumentalização das relações intersubjetivas.<sup>4</sup>

No Brasil, entretanto, muitas das conquistas emancipatórias que, paradoxalmente, legitimam a configuração das democracias capitalistas contemporâneas, sequer foram implementadas. O paradoxo, por vezes, não se realizou nem se realiza. Discursos e políticas de emancipação social foram e ainda são implementados de modo obtuso, escamoteados pela retórica da classe política.

É ver, nesse sentido, com Francisco de Oliveira, as peculiaridades da configuração

<sup>3</sup> SOARES, M. A. S., *Características do Presidencialismo no Brasil e Fragilidade Democrática: dificuldades de controle do Presidente da República no Brasil*, 2003.

<sup>4</sup> HARTMANN, M.; HONNETH, A., *Paradoxes of Capitalism*, p. 49/50.

do capitalismo pátrio. Para o autor, o capitalismo industrial no país, construído sem revolução burguesa, foi forjado de maneira que a acumulação capitalista depende, necessariamente, da reprodução do subdesenvolvimento. Daí afirmar:

Ao rejeitar o dualismo cepalino, acentuava-se que o específico da revolução produtiva sem revolução burguesa era o caráter 'produtivo' do atraso como condômino da expansão capitalista. O subdesenvolvimento viria a ser, portanto, a forma de exceção permanente do sistema capitalista na sua periferia.<sup>5 6</sup>(grifou-se)

Também assim quanto aos direitos fundamentais. No Brasil o conjunto de direitos civis, políticos e sociais inerentes à concepção contemporânea de cidadania não percorreu uma seqüência lógica nem se desenvolveu por completo. Em vez de começar com os direitos civis para, em seguida, assegurar direitos políticos e sociais – sem ver nisso caminho seguro e único para o desenvolvimento dos direitos da cidadania – assevera José Maria Gómez que no Brasil se iniciou “muitas vezes com o reconhecimento tardio e seletivo de direitos sociais (...) introduzindo ao mesmo tempo fortes restrições aos direitos civis e graves distorções – quando não a supressão direta – ao exercício dos direitos políticos”.<sup>7</sup>

E continua Gómez:

(...) não surpreende que, após as brutais experiências de ditadura militar dos sessenta e setenta, com a volta da democracia liberal, universalizaram-se rapidamente os direitos políticos para todos os adultos, mas os direitos civis e sociais, embora consagrados pelos textos constitucionais, não só não os acompanharam como, vários deles, não pararam de regredir. Os direitos sociais, em função da crise terminal do modelo desenvolvimentista e da ofensiva das políticas neoliberais – que desmontaram os precários e incompletos mecanismos de Estado de Bem-Estar Social –, aí onde existiram. E os direitos civis, porque o Estado de Direito – o império da lei – jamais logrou se universalizar, nem social nem territorialmente. Por outro lado (...) esses direitos e os mais elementares direitos humanos à vida e à integridade física sofreram violações sistemáticas, por motivos políticos, nas últimas ditaduras (....).<sup>8</sup>

Diversos elementos que utilizamos para definir a situação de exceção permanente que se expande pelo globo, dessa sorte, integram nossa história, contribuindo seu estudo para o melhor entendimento da tensão vivenciada pelo Estado Democrático de Direito

<sup>5</sup> OLIVEIRA, F., *Crítica à razão dualista e o ornitorrinco*, p. 131.

<sup>6</sup> Útil a uma abordagem inicial – e de forte teor histórico – sobre o tema: TAVARES, José Antônio Giusti. De uma transição constitucional a outra. In: *Instituições políticas comparadas dos países do Mercosul*. TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 203-228.

<sup>7</sup> GÓMEZ, J. M., *Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina*, p. 92.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 94.

no Brasil do início do século XXI.

Assinalada tal peculiaridade, em pelo menos duas áreas a problemática da exceção permanente há de ser destacada ao se pensar o quadro hodierno do país: na seara *penal* assiste-se ao apelo à segurança e ao endurecimento das medidas estatais contra o aumento da criminalidade; no âmbito *político-econômico*, sob o pálio da necessidade e da urgência, tem-se a ampliação das atividades legislativas do Poder Executivo, bem como a manutenção de uma estrutura econômica de acumulação de capital que não se mostra sequer preocupada em fomentar distribuição de renda.

O recrudescimento de medidas policiais e do combate ao crime organizado e ‘desorganizado’ no Brasil é de todos conhecido, bem como a crescente proliferação dos discursos de lei e ordem, de aumento de penas e de defesa do ‘direito à arma’. Opera aqui, conforme aponta Thiago Bottino, a ‘cultura do medo’. Superdimensiona-se o sentimento de pânico para legitimar a restrição de liberdades tradicionais e a maior intervenção do Estado:

O termo “cultura do medo” representa o superdimensionamento do medo mediante a alteração da percepção da população no que tange à violência. Essa “cultura do medo” se transforma num discurso legitimador do aumento dos poderes do Estado, justificando ações e comportamento claramente antidemocráticos e nitidamente direcionados para um maior e mais estrito controle social. Com efeito, o pânico social provoca nos indivíduos seus “instintos mais primitivos”, razão pela qual proliferam discursos pleiteando que o criminoso seja despedido de sua condição de ser humano e tratado de modo selvagem, mediante aplicação de medidas como tortura, esterilização forçada, diminuição da responsabilidade penal e até o assassinato de criminosos, numa reação igualmente violenta em retaliação ao crime (...). O uso político do medo para controle social é processo relativamente simples de ser entendido. Identifica-se um “inimigo” e cultiva-se o medo de que esse inimigo possa destruir o Estado e corromper a sociedade. O discurso envolve sempre expressões fortes como “guerra contra as drogas”, “combate aos bandidos”, “erradicação do crime” etc, bem como a demonização da figura do criminoso, num processo de negação da “normalidade social” do delito e de idealização de uma sociedade sem conflitos ou sem violência. Esse discurso esconde que violência e insegurança são problemas sociais distintos, com causas independentes (...). A consequência mais visível desse processo é a associação, feita por uma larga parcela da população de que sua segurança coletiva depende de punições mais severas para os delitos já praticados. Contudo, o discurso da falência social, da impotência do cidadão frente ao crime tem por resultado concreto apenas o fortalecimento do poder estatal e o endurecimento dos meios de controle social.<sup>9</sup>

Os recentes ataques a delegacias, a batalhões de polícia militar e de bombeiros, a repartições e meios de transporte públicos promovidos em São Paulo e no Rio de

<sup>9</sup> BOTTINO, Thiago, Direito de Segurança: segurança do Estado versus segurança do Cidadão, In VIEIRA, J. R. (org.), *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*, p. 116.

Janeiro são indicativos de que a problemática tem, no país, espaço aberto para difusão. Mais grave, no entanto, é que a fortificação do Estado policial ocorre em conjunto com o crescimento da sociedade de mercado neoliberal. Sistemas administrativo e econômico avançam lado a lado na colonização – paradoxal, como defendem Hartman e Honneth – do mundo da vida. O controle ideológico derivado do “uso político do medo” cristaliza o *status quo* e engessa a ação política de indivíduos e de coletividades.

No âmbito político-econômico, é ver que no Brasil o Legislativo não legisla, ou melhor, legisla pouco. Otavio Amorin Neto e Fabiano Santos,<sup>10</sup> citando Figueiredo e Limongi, destacam que entre 1989 e 1998 apenas 14% das leis aprovadas foram de autoria de deputados e senadores ou de comissões parlamentares.

Desse diminuto percentual, as pesquisas de Amorin Neto e Santos revelam que a maior participação do Legislativo é verificada na área social de âmbito nacional – códigos, direitos de minorias, salário-mínimo, educação e segurança. Além disso, tais leis não afetariam “o *status* econômico e social do país, sendo mais propriamente intervenções tópicas em questões pertinentes ao cotidiano do cidadão comum”.<sup>11</sup>

Nos decretos legislativos e resoluções do Senado Federal no período de 1985 a 1999 predominaram os assuntos econômicos. Todavia, também aqui é pouca a influência no indigitado *status* econômico e social. Os decretos legislativos mostram algum paroquialismo, configurando, na sua maioria, distribuição de direitos de exploração de serviços de rádio e televisão. Quase todas as resoluções do Senado, por sua vez, estão afetadas ao setor econômico – 98,3% – abrangendo questões locais e regionais. Daí concluírem Amorin Neto e Santos que as resoluções do Senado servem para tratar quase exclusivamente de questões econômicas da União, Estados e Municípios. Mais especificamente, de problemas relativos ao endividamento dessas entidades da Federação Brasileira.

Charles Pessanha<sup>12</sup> salienta que de 1988 a 2001 foram submetidas 6.110 medidas provisórias ao Legislativo, sendo 619 originais, 5.036 reedições e, ao final, 469 aprovadas. Acrescenta, ainda, que a legislação extraordinária e emergencial constitui opção preferencial do Poder Executivo desde 1967. Para ele “não seria exagero afirmar que, nos últimos 70 anos, a maioria das normas reguladoras da vida social e política

---

<sup>10</sup> AMORIM NETO, Otavio; SANTOS, Fabiano, *A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação*, p. 91/139.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>12</sup> PESSANHA, Charles. *O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras*, p. 141/195.

brasileira é oriunda de legislação emergencial dos dois tipos analisados [decretos-lei e medidas provisórias], configurando quadro de produção legal cuja característica principal é a ausência de participação do Poder Legislativo.”<sup>13</sup>

Evidente aqui a transmutação da noção clássica de legalidade – obediência à lei formal exarada pelo Legislativo – para albergar toda a produção normativa do governo, inclusive os atos com “força de lei sem lei”.

Exemplo caricatural da complacência com a supremacia da função legislativa do Poder Executivo constata-se na interpretação que o Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup> – cujos ministros são nomeados pelo Presidente – faz dos conceitos de relevância e de urgência que servem de pressupostos às medidas provisórias. Seguindo-se o entendimento do Tribunal, os conceitos de relevância e de urgência estão submetidos ao quase “intocável” poder discricionário do Presidente da República.

A Emenda Constitucional n.º 32 introduziu alterações no art. 62 da Constituição Federal a fim de restringir a proliferação das medidas provisórias. Todavia, sua redação vacilante deixa brechas suficientes para que, principalmente em matéria econômica, o Executivo assumira papel central no exercício da função legislativa.

A supremacia legislativa do Executivo, notadamente nas questões econômicas, associada à retórica emergencial do medo, causa preocupação. Não arrefece o problema a crescente judicialização da vida social e política.<sup>15</sup> O Brasil, submetido à contumaz ineficácia da legislação protetora dos direitos fundamentais, à sucessão de planos milagrosos para salvar a economia, a ocupar a periferia do capitalismo e à acumulação do capital estruturada na exploração do subdesenvolvimento, vê-se governado pela

<sup>13</sup> Ibid., p. 180.

<sup>14</sup> Já em dezembro de 1989, nos autos da medida cautelar na ADI 162, Rel. Min. Moreira Alves, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidia: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar. - Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. - A prisão temporária prevista no artigo 2º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo. - Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2º do artigo 3º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado. (...) Pedido de liminar indeferido”. O Supremo tem mantido a orientação, decidindo, topicamente, quando há o alegado excesso do poder de legislar. Nesse sentido confira a ADI 2213 MC.

<sup>15</sup> Sobre o tema ler CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, 2003. Consoante a autora, “a promulgação da Constituição cidadã, cujo sistema de direitos fundamentais como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva daquilo que Pierre Bouretz designa como movimento de retorno ao direito no país”.

lógica de exceção permanente. É o que assinala Bercovici ao comentar a ditadura constitucional de Rossiter:

Rossiter destaca que, além das leis de emergência promulgadas pelo Poder Executivo e da lei marcial (ou estado de sítio), uma nova característica dos poderes de emergência seria a interferência governamental nas liberdades políticas e econômicas, particularmente o direito à propriedade. Antes, limitavam-se aos direitos individuais tendo em vista o bem-estar coletivo. Hoje, dá-se o contrário: a utilização atual dos poderes de emergência caracteriza-se por limitar os direitos da população em geral para garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista.<sup>16</sup> (grifou-se)

Ainda na seara que denominamos político-econômica, a exceção permanente que aqui e nos demais países periféricos se imbrica com a urgência econômica e com a exploração do subdesenvolvimento, é agravada pela supremacia da “capacidade norteamericana de enquadramento econômico-financeiro e político-ideológico (...), impondo a visão neoliberal dominante como única possível”.<sup>17</sup>

Em entrevista ao jornal *O Globo* do dia cinco de junho de 2005 Leda Paulani, autora do livro *Modernidade e discurso Econômico*, esclarece-nos o aspecto ideológico do neoliberalismo, que nasce “como doutrina, e não como teoria econômica” e difunde rapidamente “a crença de que a sociedade organizada pelo mercado é a melhor que o homem já foi capaz de construir (...)”, sendo aceito com facilidade porque, continua Paulani:

A doutrina neoliberal fala muito ao senso comum. Afirmações como ‘ninguém pode gastar mais do que ganha’ etc. podem ser verdadeiras no plano doméstico, mas são falaciosas no plano macroeconômico. Elas passam a ser vistas como verdade porque de fácil compreensão.<sup>18</sup>

Não é outro o motivo pelo qual o texto constitucional – de acentuada influência comunitária – sucumbiu nos seus primeiros anos de vida ao neoliberalismo implementado nos governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso.<sup>19</sup> Basta comparar as metas do Consenso de Washington<sup>20</sup> com as emendas constitucionais de n.º 5 a n.º 15, n.º 19 e n.º 20 para comprovar a assertiva.

Combinados, (i) a acumulação capitalista estrutural – originada da força do capital

<sup>16</sup> BERCOVICI, G. op. cit., p. 173.

<sup>17</sup> Ibid., p. 174.

<sup>18</sup> PAULANI, L., *O neoliberalismo não era o único caminho*, 2005. Entrevista.

<sup>19</sup> Cf. OLIVEIRA, F. *Balanço do neoliberalismo*, 1995.

<sup>20</sup> Para uma crítica sobre a adoção do plano econômico traçado no consenso de Washington ver FIORI, José Luís. *Os moedeiros falsos*. 5ª ed.. Petrópolis, Editora Vozes, 1998, p. 11 a 21.

globalizado e do próprio desenvolvimento do capitalismo nacional – , (ii) o desrespeito a direitos fundamentais, notadamente civis e sociais, (iii) o uso político-ideológico do sentimento de medo e (iv) a centralização da função legislativa no Poder Executivo sintetizam a situação de exceção permanente no Brasil, sendo esse o “terrorismo” que nos assola.

Não se vê saída desse “embróglio” pela via estreita do discurso constitucional. Alternativas deverão ser procuradas, sustentamos, se se quer abrir espaço para mudanças emancipatórias, a partir da reestruturação da normatividade constitucional levada a efeito pela categoria da exceção permanente.

## 5.2

### **Constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais**

Não nos aprofundaremos no exame específico das conseqüências da categoria da exceção permanente em cada um dos temas da teoria constitucional destacados na introdução: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica constitucional e tribunais constitucionais. Não só falta tempo hábil para elaborar tal empreitada no breve período do mestrado, mas, deve-se admitir, conhecimento suficiente de alguém ainda iniciado na pesquisa jurídica e no pensamento teórico-filosófico.

É possível, no entanto, consignar algumas noções principais da categoria exceção permanente que auxiliam, pelo menos, a indicar, num esforço de síntese, a contribuição que a categoria traz para refletirmos sobre esses temas, em específico, sobre os tribunais constitucionais.

*A normatividade constitucional*, à luz da categoria da exceção permanente, trata da criação/inscrição do âmbito de sua própria referência na vida real, de molde que, repita-se, a própria distinção entre normatividade e realidade, de tal maneira estão jungidos ao se pensar no fenômeno político-jurídico, perde sua razão de ser. A *constituição*, assim, serve de expressão regulatória da vida social em meio aos conflitos de poder, não se afigurando adequado engessá-la num texto escrito ou em práticas e tradições consolidadas no tempo. Ainda que escrita e que nela se encontrem positivados valores e princípios históricos, de vocação universal ou particular, a constituição

mostra-se como um processo sócio-político-jurídico. Sua força depende do permanente mover de lutas e embates que acabam por lhe conferir – aí sim – certo sentido normativo e definidor de condutas.

A constituição jurídica e a constituição real se promiscuem e se indiscernem. Não precisa ser configurada de modo sintético – como defendido por Konrad Hesse – nem incorporar, mediante ponderação, estruturas que lhe são mesmo contrárias. Seu pressuposto não é a simples estabilidade, mas servir de expressão regulatória da vida social. Consolida valores, princípios e interesses de um grupo, num momento histórico determinado e poderá se ater a princípios morais e de justiça, a valores universais ou comunitários na medida em que se modelarem os embates sócio-político-econômicos.

A constituição, na perspectiva da exceção permanente, é constantemente construída e defendida. Tem de ser mantida acesa se se quiser sustentar alguma vontade de constituição. Sua eficácia não decorre de uma pretensão abstrata de concretizar disposições escritas, mas do permanente mover de lutas e embates que acabam por lhe conferir – aí sim – certo sentido normativo e definidor de condutas.<sup>21</sup>

Por intermédio da categoria exceção permanente, portanto, não se restringe o fenômeno político-constitucional à normatividade e à formalidade da constituição. Também não se cuida, simplesmente, de vislumbrar, em meio às transformações do mundo no início do século XXI, a desformalização da constituição e a recomposição dos valores liberdade e segurança, com um suposto predomínio daquele em detrimento dos recentes avanços deste. Antes, por intermédio da exceção permanente se objetiva captar o fluir do momento histórico e ver que para nos opormos às tendências antidemocráticas, conservadoras e desemancipatórias crescentes neste milênio se faz imprescindível adentrar na própria situação contemporânea de exceção e, dela, extrair as linhas características do direito no sentido de uma constituição e de um constitucionalismo voltados às bases materiais das composições de poder, da “inclusão exclusiva” da vida no mundo jurídico-político, e, em especial, à necessidade de se assumir o fato de que a constituição é conquista diária, não alcançada pela mera estabilização e rigidez da forma escrita ou do costume.

Os *direitos fundamentais*, por sua vez, consubstanciam conquistas axiológicas e

---

<sup>21</sup> Não é de se estranhar, portanto, que já na década de 90 do século passado autores norte-americanos como Griffin e Ackerman sustentassem a *mutabilidade* da Constituição como característica a ser objeto de estudos teóricos mais amplos, promovendo novas maneiras de compreender o fenômeno político-constitucional, e, no Brasil, se venha desenvolvendo pesquisa nessa direção. É ler: DUARTE, Fernanda; RIBAS VIEIRA, José. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

deontológicas inscritas nas constituições ou nos costumes constitucionais de determinado grupo. Rejeita-se qualquer espécie de imposição de direitos fundamentais que, em verdade, sirvam de arrimo às intervenções militares e à dominação do cenário econômico planetário. Pela exceção se vê que avanços qualitativos no âmbito dos direitos humanos, notadamente os sociais, não dependerão de atuações de ordem exclusivamente jurídicas. Antes, de ações fora do direito que dele se utilizem instrumentalmente.

A tendência universalizante defendida nas perspectivas liberais e deliberativas é, na exceção permanente, fruto da própria configuração do espaço e do tempo no momento atual, bem como de uma nova percepção da ontologia que dissemos romper com o dualismo natureza-cultura.

Em resumo, tem-se que o universo do 'ser' apresenta aspectos naturais e culturais imbricados. Nós vivemos num mundo híbrido que, ao mesmo tempo, é objeto de percepções culturais, julgamentos de moral, política e tecnologia, e expressão da natureza. Um mundo complexo e ambivalente. O 'ser', o ontológico, se expressa na exceção permanente como um vir-a-ser. Há determinações e limites naturais, diretivas fixas que, nesse único sentido, são universais; a realização, a concretização dessas linhas de força determinadas, contudo, está aberta, passível de construção, destruição e/ou reconstrução no âmbito da cultura. A realização dessas linhas de força ou virtualidades é mediada pela potência criativa do ser humano na política, na economia, no direito, etc. E a consciência disso faz, na perspectiva da exceção, se revalorizar a responsabilidade, a decisão e, por sua vez, o espaço extrajurídico de ação.

A *hermenêutica constitucional*, reduzida a importância do elemento normativo autônomo, deverá se abrir à complexidade da vida, principalmente às disputas de poder sem considerar isso, na linha do positivismo jurídico, elemento ou circunstância externa ao direito. Por intermédio de técnicas argumentativas e de uma orientação do aplicador de acordo com cenário político dever-se-á levar em conta as pressões de poder envolvidas nas disputas perante os tribunais e as divergentes orientações político-ideológicas que consolidam a técnica jurídica, tratando-as como partes integrantes da estrutura normativa; não como recursos de retórica ou de simples esclarecimento, mas parte da própria norma, que, já vimos, está em constante processo de criação, destruição e recriação.

No que tange aos *tribunais constitucionais*, vejamos, com maior atenção, algumas implicações da categoria da exceção permanente.

Viu-se na introdução que os tribunais constitucionais têm atuação distinta em cada uma das concepções político-constitucionais que o informam. Dentre aquelas que foram destacadas, pode-se dizer, em linhas gerais, que, na perspectiva *comunitária*, aos tribunais incumbe a proteção de opções valorativas inscritas na constituição. Na visão *liberal*, os tribunais, no papel de instituição exemplar, protegem minorias de restrições excessivas da vontade majoritária em questões essenciais à estrutura social. De acordo com a posição *procedimental-deliberativa*, aos tribunais cumpre tutelar o processo de criação democrática do direito.

Cada perspectiva, à sua maneira, busca compatibilizar o controle da constitucionalidade e todo o avanço dos tribunais sobre o espaço político com o princípio democrático de molde a harmonizar as funções (ou poderes) do Estado, notadamente, o Judiciário e o Legislativo. Tenta-se solucionar, bem destaca Karina Ansolabehere, um paradoxo, a saber, o fato de a consolidação dos regimes democráticos na segunda metade do século XX, revalorizando o direito e os tribunais constitucionais, estar despolitizando a democracia.<sup>22</sup>

As posições sobre o tema, no que tange, em específico, à atuação dos tribunais constitucionais, variam, num espectro amplo, entre aqueles que defendem um poder máximo desses entes, tendo em vista que a racionalidade do direito modela a paixão e a política e, dessa forma, garante os direitos de grupos minoritários, e aqueles que advogam a tese de um poder mínimo, não admitindo o fato de funcionários não eleitos decidirem os problemas do governo democrático.

Roberto Gargarella, em breve exposição, atento à discussão no cenário norteamericano, oferece-nos um resumo dos principais argumentos apresentados em defesa da legitimidade da atuação dos tribunais constitucionais.<sup>23</sup>

Inicialmente aponta o argumento no sentido de que o controle ou a revisão pelos tribunais não estabelece uma superioridade dos juízes em relação aos legisladores eleitos, mas reafirma a vontade popular soberana contida nas constituições, a superioridade da própria constituição. Em seguida, a tese de que o controle de

---

<sup>22</sup> CF. ANSOLABEHERE, K., *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia*, p. 42: “La paradoja es el advenimiento y la consolidación de la democracia nos conducen a la despolitización de la democracia. En los gobiernos democráticos, el poder judicial controla e revisa las acciones del poder político, de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político.”

<sup>23</sup> GARGARELLA, R. *Crítica de la constitución: sus zonas oscuras*, 2004. Também: MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional. Disponível no endereço eletrônico <[www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030212.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030212.html)> Acesso em 07/11/2006.

constitucionalidade não atenta contra a democracia se esta for entendida não pela regra da maioria, mas como autogoverno de todas as pessoas atuando como partes de um empreendimento cooperativo, no qual participam em pé de igualdade, uma democracia constitucional. De acordo com essa maneira de compreender, os tribunais mesmos serviriam para consolidar, ainda que de modo anômolo, a democracia. Terceiro argumento: a via jurisdicional serviria para suprir a crise dos órgãos de representação legislativos e executivos, minorando o déficit democrático. Quarto: no controle exercido pelos tribunais se viabiliza a proteção dos direitos das minorias (caráter contramajoritário), preservando o regime democrático. Quinto: o procedimento dos tribunais revela elevada racionalidade e, com isso, viabiliza decisões imparciais em situações de conflito, contribuindo, também, para a manutenção do regime democrático.

O autor expõe, de igual modo, as críticas comumente dirigidas a cada um desses argumentos. Contra a supremacia da constituição decorrente de se ver nela a manifestação da soberania popular, objeta-se haver aí certa ficção, tendo em vista ser difícil que na constituição se encontre o produto da “vontade geral” quando “reconecemos las exclusiones sociales a partir de las cuales muchas de ellas fueron generadas”.<sup>24</sup> Além disso, ainda que a constituição fosse considerada a “voz do povo”, ainda assim, não se pode olvidar a complexidade de sua interpretação e a dificuldade resultante em definir quando se estaria ou não respeitando essa voz.

Contrário à tese de que os tribunais atuam em favor da democracia constitucional alega-se que em “países en donde ese control no existe – países como Nueva Zeland, Gran Bretaña, Irlanda e Holanda – los derechos ciudadanos, al menos, no parecen menos resguardados”.<sup>25</sup> Ademais, nem sempre os tribunais constitucionais atuam num sentido protetor e promotor de direitos. Faltaria, destarte, uma evidencia empírica a sustentar a tese do controle numa democracia constitucional. Não escapam os tribunais, além disso, cujos membros, via de regra, sequer são eleitos, mas nomeados e se encontram tão distantes do povo quanto os integrantes do Legislativo, da crise dos órgãos de representação democrática.

O caráter contramajoritário da atuação dos tribunais é atacado, em linha de princípio, porque não representam os juízes, necessariamente, os interesses das minorias e, também, porque não há garantias institucionais de que em favor dessas agirão. E mais, do respeito à constituição e à vontade popular nela inscrita não é correto inferir

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 72.

<sup>25</sup> Ibid., p. 75.

que os membros dos tribunais constitucionais sempre atuarão em favor dos direitos minoritários assegurados no texto constitucional. Como já se expôs, existe certo grau de incerteza na interpretação que obsta afirmar que determinada maneira de ler a constituição é, sem dúvida, aquela que melhor salvaguarda os direitos das minorias.

A racionalidade do procedimento dos tribunais também não escapa à crítica. A falta de abertura nos processos, isto é, da participação de todos os afetados pela norma e pela sua invalidação – o que muitas vezes se mostrará, de fato, materialmente irrealizável – é inegável e afeta a crença na imparcialidade dos tribunais constitucionais. Não se têm, com facilidade, diálogo razoável dos tribunais com a sociedade, na maior parte das vezes ouvida, tão só, pela distorcida voz dos meios de comunicação de massa e de seus controladores.

Stephen Griffin também nos auxilia a traçar um mapa – suscinto, não se nega – do debate concernentes ao tribunais constitucionais e ao controle por eles exercido.<sup>26</sup>

Para o autor existem argumentos legais – assentados no texto da constituição, nos precedentes e no intuito do legislador constituinte –, prudenciais, que vêem o controle judicial em meio aos valores, crenças e circunstâncias políticas contemporâneas, e morais ou abstratos, que tratam da revisão ou do controle realizado pelos tribunais a partir de idéias e princípios fundamentais.<sup>27</sup> Os dois últimos, segundo Griffin, são os mais utilizados.

A dificuldade contramajoritária exposta por Alexander Bickel<sup>28</sup> seria o mais consistente e conhecido argumento prudencial/moral na tradição norte-americana. Griffin sustenta, no entanto, que esse argumento se arrima na pressuposição de que o governo americano é caracterizado pelo princípio majoritário, enquanto, no seu entender, a história indicaria que a democracia no seu país é mais bem entendida em termos de um complexo de princípios normativos. O debate tenderia, assim, em direção aos argumentos morais.

No nível moral/abstrato menciona Griffin as ponderações de Samuel Freeman e Riley. Freeman, inspirado na teoria da justiça de Rawls, postula que pessoas livres e iguais direcionam seus interesses para a proteção do senso de justiça e de suas concepções de bem, reforçando, por conta disso, um rol de direitos iguais básicos e de liberdades, em especial o direito de igual participação política. Supondo, com Rawls,

---

<sup>26</sup> GRIFFIN, S. *American constitutionalism: from theory to politics*, 1998.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 106-107.

<sup>28</sup> O autor se refere ao livro de Bickel *The last dangerous branch*, publicado na década de 1970.

uma posição original, alega que pessoas livres e iguais estabeleceriam direitos civis – especialmente direitos de propriedade e garantias de devido processo legal – protegendo-os mediante sua inscrição numa constituição. E, na medida em que se entenda que o regime democrático exige a tutela desses direitos e liberdades básicas, o controle que deles fizerem os tribunais constitucionais será legítimo.

Riley, a partir da tradição política norte-americana, aduz que o controle ou a revisão judicial se legitima porque consubstancia uma das maneiras de se promover o sistema de freios e contra-pesos, preotegendo os direitos fundamentais da regra da maioria.

Para Griffin, no entanto, a história constitucional revelaria que os tribunais falharam – e falham – como guardiões dos direitos e liberdades básicas, devendo-se buscar numa visão institucionalista e alinhada à teoria da mudança constitucional novos caminhos para o debate concernente à revisão levada a efeito pelos tribunais constitucionais. No seu entender há de se promover uma nova crítica democrática do controle judicial de modo a responder, especificamente, à pergunta sobre qual esfera (Poder) do governo melhor atua na criação e proteção dos direitos, certo que, no curso da história, nem sempre os tribunais se mostraram mais capazes de resguardar os direitos e as liberdades básicas.<sup>29</sup>

Exemplifique-se, em linhas gerais, algumas das observações apontadas por Gargarella e Griffin.

Dispõe o art. 37, VII da Constituição de 1988, em sua redação original que: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”.

De acordo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 20, o preceito que

(...) reconhecer o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta — ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição — para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida — que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público — constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica,

<sup>29</sup> GRIFFIN, S., *Has the hour of democracy come round at last? The new critique of judicial review*, 2005. E ainda: GRIFFIN, S., *Constitutional theory transformed*, 1999.

precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa — não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora — vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários (...).<sup>30</sup>

E decidiu, por maioria,

(...) reconhecer a mora do congresso nacional em regulamentar o art. 37, VII da Constituição Federal e comunicar-lhe a decisão, a fim de que tome as providências necessárias à edição de lei complementar indispensável ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.<sup>31</sup>

A emenda constitucional n.º 19/98 substituiu a exigência de lei complementar por “lei específica”.<sup>32</sup> Em nada alterou, contudo, a orientação da Corte.

Sem se ater ao desmonte do mandado de injunção promovido pelo Supremo Tribunal<sup>33</sup>, quer haja lei complementar ou específica quer não as greves dos servidores públicos, de fato, ocorrem, projetam-se na realidade e, por conta disso, levam o Judiciário a se pronunciar. O Supremo, então, a despeito de haver decidido que “mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta — ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição — para justificar o seu imediato exercício”, vê-se a julgar, por exemplo, a constitucionalidade de decreto de Governador que, partindo da premissa da ilicitude da greve promovida por servidores, disciplina suas conseqüências administrativas<sup>34</sup> e, ainda hoje, diverge sobre a aplicação supletiva da lei n.º 7.783/89 – que trata do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada – para sanar a omissão legislativa em regulamentar o disposto no art. 37, VI da Constituição da República.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> MI 20, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/05/1994 e publicado no DJ no dia 20/11/1996. O inteiro teor do julgado está disponível no endereço eletrônico [http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=MI&processo=20&origem=IT&cod\\_classe=37](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=MI&processo=20&origem=IT&cod_classe=37). Acesso em 29 de julho de 2006.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Art. 37 (...) VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

<sup>33</sup> Um breve esboço do problema pode ser encontrado em BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no *direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 104-112.

<sup>34</sup> Cf. ADI 1696, STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16/05/2002 e publicado no DJ em 14/06/2002: “Greve de servidor público: não ofende a competência privativa da União para disciplinar-lhe, por lei complementar, os termos e limites - e o que o STF reputa indispensável à licitude do exercício do direito (MI 20 e MI 438; ressalva do relator) - o decreto do Governador que - a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei complementar federal - discipline suas conseqüências administrativas, disciplinares ou não (precedente: ADInMC 1306, 30.6.95).”

<sup>35</sup> Síntese da retomada do debate encontra-se no informativo n.º 430 do Supremo Tribunal Federal. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info430.asp>>

Evidente, portanto, na direção defendida por Grffin, não bastar o exame estático da constituição, de sua efetividade e interpretação. O fenômeno político-constitucional é dinâmico e para dele se ter compreensão adequada é preciso observar, também, a atuação dos tribunais constitucionais.

Ao alargar o universo de análise – incluindo as cortes – aprofunda-se o próprio entendimento acerca dos problemas referentes à efetividade da constituição. É o que de concreto se pode inferir do caso da greve dos servidores. De um lado, o Supremo Tribunal reconhece que o exercício de direito inserto na Constituição de 1988 carece de regulamentação do Legislativo. De outro, tem de enfrentar o fato da greve e de suas conseqüências. Norma e realidade revelam a imbricação que perpassa todo o espectro jurídico.

Considere-se a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45, sobre veto do Presidente da República à dispositivo que estabelecia diretrizes para a lei orçamentária de 2004.<sup>36</sup>

O Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que o dispositivo objeto de veto veio a ser restaurado em Projeto de Lei do Presidente,<sup>37</sup> julgou prejudicada a argüição. No entanto, o Relator, Min. Celso de Mello, fez constar dos fundamentos do *decisum* ser viável o controle de políticas públicas quando houvesse “abusividade governamental”.<sup>38</sup>

Difícil é definir quando há abuso do governo. Volta-se, nesse ponto, à tensão entre

<sup>36</sup> Trata-se do § 2º do art. 55 – posteriormente alterado para art. 59 – de Projeto convertido na lei 10.707/03: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.” O Presidente vetou o parágrafo porque a “exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez dos recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo.” Disponível no endereço eletrônico <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/2003/Mv357-03.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm)>

<sup>37</sup> O Projeto foi convertido na lei n.º 10777/03, cujo art. 1º dispôs: “Art. 1º O art. 59 da lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59 (...). § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR).”

<sup>38</sup> É ler a ementa do julgado: “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do núcleo consubstanciador do ‘*mínimo existencial*’. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

norma e realidade.

Arrimado no julgamento da ADPF n.º 45 há decisões no Supremo reconhecendo o dever de o Poder Público, notadamente dos Municípios, garantir acesso e atendimento às crianças de até seis anos em creches e unidades de pré-escola.<sup>39</sup> Da ementa do acórdão proferido no julgamento do RE-AgR 410715 extrai-se:

(...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes**, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (grifou-se)

Também a corte assegurou a portador do vírus HIV medicamento gratuito do Estado.<sup>40</sup>

Por que não levar a efeito o direito à moradia ou à prestação de serviço hospitalar de qualidade? Não se encontram, de igual modo, definidos na Constituição? Não consubstanciam núcleo do mínimo existencial? E o que dizer do entendimento da Corte no sentido de que o “o artigo 7º, IV (...) da Constituição se refere à remuneração total recebida pelo servidor em atividade e não apenas ao vencimento-base”,<sup>41</sup> permitindo que Estados e Municípios, por conveniências financeiras, paguem a seus agentes remuneração-base menor que um salário mínimo?

Concorde-se ou não com a orientação do Supremo Tribunal Federal em cada um

<sup>39</sup> RE-AGR 410715, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2006.

<sup>40</sup> Confira o seguinte excerto da ementa do RE-AgR 271286, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24/11/2000: “(...) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”.

<sup>41</sup> RE-ED 455137 / RN, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 16/06/2006.

desses julgados, impossível é enjeitar a realidade da disputa de preferências neles instaurada ou afiançar que o Judiciário, especialmente o Supremo, sempre se manifestará na direção dos anseios emancipatórios da comunidade. Ao menos nesse ponto, com efeito, têm razão Griffin e aqueles que, de acordo com as ponderações críticas indicadas por Gargarella, sustentam que nem sempre os tribunais constitucionais atuam num sentido protetor e promotor de direitos.

Ilustrativa, a propósito, a experiência norte-americana da legislação do trabalho infantil, na primeira metade do século XX.<sup>42</sup>

Em 1916 o Presidente Woodrow Wilson promulgou lei que proibia fossem empregadas crianças na fabricação de produtos destinados ao comércio. Fundamentou-se no dispositivo da Constituição que trata do poder de comércio inter-estadual. Segundo Griffin, o diploma havia sido bem recebido na sociedade, encontrando apoio dos partidos democrata e republicano na *House of Representatives* e no Senado. Algumas indústrias do Sul dos Estados Unidos, que se utilizavam da mão de obra infantil, levaram o caso à Suprema Corte que, em *Hammer v. Dagenhart*, declarou, por cinco votos a quatro, a inconstitucionalidade da legislação. De acordo com o Tribunal, ultrapassou a legislação a fronteira do poder de comércio inter-estadual.

A decisão veio a ser objeto de difundida crítica na imprensa. Sem questionar, no entanto, que à Corte incumbia a última palavra em matéria de interpretação constitucional, os defensores da lei contra o trabalho infantil mudaram de estratégia. Voltaram-se, para obstar a exploração de crianças, ao âmbito tributário. Em 1919, com efeito, o Congresso aprovou lei que impunha carga tributária mais elevada aos produtos originados do trabalho infantil. A Suprema Corte, movida mais uma vez pelos industriais dos Estados do Sul, tendo em vista que a Emenda n.º 10 obstaría a utilização pelo Congresso do poder de tributar para implementar medidas que não poderiam ser efetivadas em regulação direta da atividade econômica, julgou, em *Bailey v. Drexel Furnitue Co.*, por oito votos a um, inconstitucional o tributo.

Nos anos que se seguiram os defensores do diploma tentaram aprovar emenda

---

<sup>42</sup> Segue-se adiante a narração do caso que se encontra em GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 88-89. No contexto atual de exceção são bastante interessantes os julgados concernentes à suspensão do *habeas corpus* e à prisão em Guantánamo. Sobre o tema confira-se FISS, Owen. *The war against terrorism and the Rule of Law*. In *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n.º 02, 2006, pp. 235-256. No cenário alemão, vale referir o caso da legislação de segurança aérea, que permitia o abate de aviões em situações de emergência e do “data screening of Muslim Sleepers”. Cf. KETT-STRAUB, Gabriele. *Data screening of muslim sleepers unconstitutional*. *German Law Journal*, n.º 11, nov. 2006. Disponível em <[www.germanlawjournal.com/article.php?id=770](http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=770)>. Acesso em: 08 dezembro 2006.

constitucional que conferisse ao Congresso poderes para regular o trabalho de crianças. Não obtiveram, contudo, o *quorum* de Estados que exige a rígida disciplina do poder de revisão na Constituição norte-americana.

Somente em 1938, após as “ameaças” do Presidente Roosevelt de alterar a composição da Suprema Corte, é que se veio a julgar constitucional, em *United States v. Darby Lumber Co.*, a proibição do trabalho infantil inserida no *Fair Labor Standards Act*, editado no mesmo ano.

Bastante interessante – e bem mais recente – o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal da Argentina, da constitucionalidade da medida que restringiu, por causa da crise econômico-financeira que assolou o país no início do século, o saque dos depósitos bancários e estabeleceu a conversão, em pesos, dos depósitos efetuados em moeda estrangeira (o *corralito*).

O tribunal, não sem desconsiderar os vícios de constitucionalidade indicados no voto da Ministra Carmen M. Argay (não observância do procedimento legislativo de urgência da constituição; violação do art. 17 da constituição, tendo em vista que atinge a substância da garantia fundamental nele disposta; desnecessidade, ante as peculiaridades do caso, de se afastar o processo legislativo comum; inaceitabilidade da ratificação do Congresso três anos após expedição do decreto), manifestou-se no sentido da constitucionalidade dos diplomas regulamentadores do *corralito*, notadamente o decreto nº 214/02. Prevaleceu, na hipótese, argumentos pragmáticos que destacaram a necessidade de se evitar uma eventual agravação da crise que, agora, já se mostrava controlada e em via de superação.

Segundo o Ministro Carlos Fayt, a corte, afastando divergências individuais, chegou a “una decisión consensuada entre los ministros” e, embora haja reconhecido o direito de o autor ver devolvido o seu depósito em moeda estrangeira “convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa de 4% anual no capitalizable (...)”, deliberou sobre a constitucionalidade da legislação de urgência, tendo em conta, de modo especial, a necessidade de se “ponderar las consecuencias que derivan de las decisiones judiciales”.

Prevaleceu, aqui, a preservação da norma, com alguns ajustes, considerando-se a dimensão da situação de emergência vivenciada na Argentina no início do século XXI e o fato de as medidas tomadas estarem se mostrando eficazes. O tribunal constitucional apenas chancelou, com temperos, a solução formulado pelo Executivo sem obedecer, ao

que tudo indica, às formalidades e limitações impostas pelo texto constitucional.

Nada disso obstante, ainda que os exemplos deixem claro não haver garantia de que os tribunais constitucionais atuem num sentido emancipatório, o discurso jurídico das últimas décadas, sob a teoria constitucional pós-45, quer na perspectiva liberal quer na comunitária ou deliberativa, direciona-se no sentido de que se deve buscar nos tribunais, com arrimo na normatividade autônoma da constituição, promover as demandas sociais não atendidas pelas vias da representação política no Legislativo e no Executivo.<sup>43</sup>

Resta ver, embora em seus traços mais amplos, como a categoria da exceção permanente ingressaria no debate.

Ao traçar o marco da exceção permanente enfatizou-se como a normatividade do direito e, por conseguinte, na forma de uma metonímia, da constituição, se apresenta. A exceção aponta no sentido de uma zona de indiscernibilidade entre fato e norma, de modo que se concluiu não haver, no sentido formulado pela teoria pós-45, uma força normativa ou força ativa autônoma.

Se, na linha da abordagem da teoria pós-1945, pode-se sustentar posição semelhante àquela de Canotilho em texto apresentado por ocasião do XX aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal no sentido de que uma das principais razões para a atuação política dos tribunais deriva do avanço da normatização/jurisdição de conteúdos políticos<sup>44</sup>, sob as lentes da categoria da exceção permanente, reestruturada a normatividade, encontrar-se-ia à primeira vista mitigada a intervenção dos tribunais. Não é essa, entretanto, a melhor leitura. Sob a categoria da exceção permanente tem-se consequência distinta, talvez mais complexa: reduzida a normatividade autônoma, tende

---

<sup>43</sup> Nesse sentido o seguinte excerto extraído de MELLO, Cláudio Ar, 2004, p. 190-192: “Mark Van Hoeck sustenta, ao meu ver com toda razão, que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional está fundada na comunicação deliberativa que se forma entre os demais poderes do Estado, o próprio poder Judiciário e a sociedade em geral (...) O processo judicial, pela sua própria natureza forma ‘círculos comunicativos’ (*communicative circles*) em escala crescente de deliberação pública, desde o círculo que envolve apenas as partes e o juiz do caso concreto, passando pelo círculo que incorpora no diálogo os tribunais superiores (...) e depois, eventualmente, a doutrina, até círculos comunicativos que atraem o interesse da mídia e são discutidos pela opinião pública, e que podem envolver os poderes legislativo e executivo e até a sociedade como um todo. (...) Por fim, as decisões do poder Judiciário respondem a um requisito fundamental de legitimidade democrática, que consiste na racionalidade das discussões e decisões públicas.” Ver também BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa e a atuação do STF. In Ribas Vieira, José (Org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo; SOUZA JÚNIOR, A. U. de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas*, 2004.

<sup>44</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Tribunal Constitucional, jurisprudências e políticas públicas. XX Aniversário do Tribunal Constitucional, 28 de novembro de 2003. Disponível no endereço eletrônico <[www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html)>.

a aumentar a atuação política dos tribunais.

Na medida em que se passar a reconhecer a fragilidade da força normativa autônoma das constituições e se assumir sua plena conexão com a moral e, notadamente, com a política, retirar-se-á o véu que obsta seja o discurso jurídico-constitucional entendido como manifestação de interesses e valores numa lógica de constante *luta de e por* poder atual e em potência, permitindo ver a ação dos tribunais constitucionais na sua complexidade social, econômica, política e jurídica.

Sob o marco da exceção permanente a constituição é concebida como instrumento político-jurídico objeto de constante construção e defesa por parte daqueles que com ela interagem, decorrendo sua eficácia do permanente mover de lutas e embates que lhe conferem certo sentido normativo e definidor de condutas. Os tribunais constitucionais, dessa sorte, refletirão os embates que definem, constantemente, o próprio sentido da constituição, podendo ou não se apresentar como órgão de emancipação, promotor e guardião de direitos. A proteção de minorias ou de direitos e liberdades básicas não lhe é intrínseca – varia, por exemplo, com composição do tribunal, com a ideologia seguida por seus membros, com o grau de autonomia que lhe é conferido no ordenamento jurídico, etc. Estará o tribunal, por vezes, longe de se identificar com alguma espécie de vontade popular soberana contida na constituição.

Não suprem os tribunais, além disso, déficits de outros órgãos de representação democrática, apresentando, eles mesmos, deficiências. E mais, a maneira de julgar e os seus procedimentos ainda que assegurem relativa racionalidade técnica, não promovem, necessariamente, entendimentos comunicativos e bases de integração social solidárias. Esses são resultados que, acaso obtidos, afiguram-se meramente contingentes.

Na maior parte das vezes, sob a categoria exceção permanente, restará evidenciado, em crítica, que os tribunais têm assumido, neste início de milênio, postura pragmático-conseqüencialista em seus julgamentos.<sup>45</sup>

Por postura pragmático-conseqüencialista entenda-se a primazia, nos fundamentos da decisão, de argumentos e critérios de eficiência, utilidade, segurança, conveniência, oportunidade ou governabilidade. Trata-se, em síntese, segundo Posner, de focalizar os resultados práticos das decisões.<sup>46</sup> Esclarece Oscar Vilhena Vieira, arrimado na distinção weberiana entre ética de princípios e ética de resultados, que a decisão

<sup>45</sup> Nesse sentido: VIEIRA, J. R. (Org.) ; DUARTE, Fernanda (Org.) ; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.) ; GOMES, Maria Paulina (Org.) . Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal - laboratório de análise jurisprudencial . Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>46</sup> POSNER, R. A., *A Political Court*, 2005.

consequencialista é aquela que confere maior peso aos referidos critérios de “eficiência, utilidade, conveniência, oportunidade, segurança ou governabilidade, do que à própria normatividade (...)”.<sup>47</sup>

Canotilho, em texto já citado,<sup>48</sup> destaca a existência de quatro espécies de jurisprudência – quatro jurisprudências (pragmatismo, principialismo, contextualismo e precedentalismo) – sustentando que a postura pragmática, algumas vezes preponderante no Tribunal Constitucional português, reduz a complexidade do político e da política de duas formas: (i) pela rejeição ou prudência quanto à utilização das grandes teorias; (ii) pela parcimônia na abordagem dos problemas metodológicos de interpretação/concretização das normas constitucionais.

Acrescenta Canotilho, seguindo Richard Posner, que o pragmatismo leva à duas maneiras de autocontenção: (i) coloca “entre parênteses os fundamentos ou concepções teóricas eventualmente antagônicas sempre que isso perturbe a sua autonomia de juízo; (ii) busca uma solução prática, “operacional, aceitável e creditável para o problema constitucional concreto – e apenas para este.

Na exceção permanente – destruída, senão reconfigurada, a normatividade constitucional autônoma – a tendência a decisões pragmáticas não há de revelar adesão ao pragmatismo. Trata, antes, de uma postura crítica, acentuando o fato de a perspectiva pragmática deixar transparecer, por vezes, as motivações políticas que subjazem em questões que alguns acreditam meramente jurídicas.

Inspirados no marco da exceção permanente é possível arriscar, ainda, conclusão no sentido de que nem mesmo aquelas decisões voltadas a um suposto principialismo, a uma ética de princípios, escapam à politização e à necessidade de se redimensionar, no âmbito jurídico-constitucional, o poder. Os argumentos principiológicos, atados à força normativa autônoma da constituição, não fazem senão, na perspectiva da exceção permanente, escamotear, com algumas limitações postas pela linguagem do direito, o mover das lutas e embates que caracterizam a constituição.

Quanto à compatibilidade do controle realizado pelos tribunais constitucionais com o regime democrático, embora não se tenha aqui buscado desenvolver espécie alguma de teoria democrática sob a categoria exceção permanente, é possível asseverar que a exceção permanente aponta no sentido da valorização de um regime que: (i)

<sup>47</sup> VIEIRA, O. V., *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, 2002.

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tribunal Constitucional, jurisprudências e políticas públicas*. XX Aniversário do Tribunal Constitucional, 28 de novembro de 2003. Disponível no endereço eletrônico <[www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html)>

ponha o homem como sujeito criador do aparelho de autoridade coletivo e que precisa agir no mundo para fazer valer interesses seus e do grupo ao qual pertença; (ii) viabilize maneiras de se abrir, constantemente, oportunidades reais de igualdade e de participação daqueles que se vêm excluídos ou derrotados nas articulações de poder que determinam as inclusões da vida no direito; (iii) não se restrinja à regra da maioria, porquanto reconhece posições de domínio exercidas, na maior parte das vezes, por falsas maiorias, em minoriais de classe e de feição elitista e (iv) proteja direitos fundamentais civis, políticos, sócio-econômicos e ambientais como única maneira de assegurar o exercício livre da potência humana criativa e sua ação.

Em linha de princípio, portanto, os tribunais constitucionais serviriam como uma das possíveis arenas de luta para a determinação da constituição, nenhuma garantia havendo de que eventual ativismo venha a ser ou não emancipatório. Cumpririam a função, num sistema democrático com as características acima indicadas, de mais um instrumento institucional na complexa realidade político-jurídica de implementação dos direitos fundamentais necessários à garantia da potência criativa da ação humana sem, contudo, apresentarem-se como seus únicos defensores e mecanismos de atuação.

Essa visão dinâmica da atuação dos tribunais constitucionais consubstancia contribuição importante do marco da exceção permanente, lançando luz às crescentes análises de tendências jurisprudenciais.