

6

Conclusão

Ao longo da dissertação sustentamos ser a exceção permanente categoria adequada à compreensão e ao desenvolvimento da teoria constitucional do início do século XXI.

Atentou-se, no capítulo segundo, para a articulação dinâmica de alguns temas da teoria constitucional (constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais) e para a análise de textos de autores que, no âmbito da tradição romano-germânica, destacaram-se na construção da teoria pós-1945 e serviram de referência à sua internalização no Brasil, a fim de deixar claro que a perspectiva teórica pós-1945 tem por pressuposto, na linha do constitucionalismo clássico, a crença em uma específica ou autônoma normatividade da constituição.

Realidade e norma, aí, encontram-se em relação de reciprocidade: contextualiza-se a constituição e se assenta o dado normativo sobre uma base fática. Pode-se dizer, em linhas gerais, que a normatividade autônoma apenas caminha ao lado da realidade e com ela mantém constante troca.

Novos tempos, todavia, sinalizam a crise desse pressuposto. Num cenário político e econômico global-nacional gerador de dominação, propagador de violência e contrário à criatividade constituinte do ser humano, que revela características semelhantes àsquelas encontradas em estados de exceção, emergência ou sítio da primeira metade do século XX, nos quais os preceitos fixados na ordem jurídica, embora vigentes, não são efetivados e em que se reafirma a lógica da insuficiência do regime democrático, a capacidade de a constituição regular a vida é, sem dúvida, ameaçada.

Vivemos, hoje, uma *situação de exceção permanente* que, conforme desenvolvido no capítulo terceiro, pode ser sintetizada pelas noções de globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo: um contexto planetário, dominado pela lógica da incerteza e da insegurança, bem como pela difusão de políticas conservadoras e contrárias à capacidade criativa humana. Unidos os conceitos, tem-se um contexto que desafia a capacidade reguladora da constituição na sua atual configuração normativa autônoma, indicando ser necessária sua reestruturação para abrir maior espaço a uma

dimensão não-judicializada e à política ou, pelo menos, a uma perspectiva que não atribua ao jurídico-constitucional a potência emancipatória que lhe tem conferido a teoria pós-1945.

Nada melhor, então, do que buscar na idéia mesma de *exceção* – adjetivada, nos últimos tempos, pela permanência – *categoria* capaz de contribuir para o entendimento do fenômeno jurídico-político, em especial, do direito constitucional.

Características quer da *situação* quer da *categoria exceção permanente* transparecem se observadas, ainda que de maneira bastante resumida, à experiência de crise na República de Weimar e o ressurgir do discurso emergencial (ou de exceção) nos Estados Unidos da América pós-09/11. É o que se fez no capítulo quarto, indicando-se, a título exemplificativo, as seguintes: (i) paradoxos referentes à perspectiva normativa construída nas sociedades capitalistas do Ocidente associados a uma maior influência da decisão política, (ii) contexto globalizado, em que se vêm 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 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.

Acrescente-se o fato de o freqüente apelo da teoria constitucional pós-1945 à ação jurídica se harmonizar com uma aparente preferência do neoliberalismo de levar os debates políticos, em especial aqueles de relevância econômica, ao Judiciário e ao Executivo, esquivando-se dos mecanismos e processos de deliberação democrática exigidos no momento de se criarem as normas. Uma revalorização normativa de caráter bastante inteligente e aceitável, ainda que expresse feições emancipatórias em questões identitárias, para, em regimes democráticos, administrar-se, com alguma previsibilidade, a dominação.

Ainda no capítulo quarto se desenvolveu, alinhado a um discurso de ruptura de registro paradigmático, a categoria da exceção permanente.

O elemento antropológico, o *humano*, não é nela invocado como um absoluto transcendente nem como um ser cuja *razão* é capaz de tudo controlar e subjugar – aí também o elemento epistemológico. Reconhece-se pela categoria da exceção, em vez disso, que a pessoa humana é caracterizada por fragilidades, por destrutividade e, ao

mesmo tempo, pela capacidade de criar e inovar a construção do mundo. O *indivíduo*, o sujeito, não é substituído por uma perspectiva organicista, um ser coletivo, mas preservado de maneira que não se estabeleça exclusivamente sobre ele a construção da vida comum. Orienta-se a categoria da exceção permanente pela problemática da subjetividade e das ingerências sobre sua formação, ampliando-se a visão da *igualdade* de molde a abarcar exigências de distribuição econômica e de composições identitárias.

O universo do ‘ser’ – a ontologia – revela, na exceção permanente, encontrarem-se imbricados aspectos naturais e culturais. Compartilhamos um 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’ se expressa 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, revalorizar a responsabilidade, a decisão e, por sua vez, a política.

A exceção permanente como categoria encontra ponto de partida na doutrina da exceção sustentada por Carl Schmitt e é consolidada na formulação de Giorgio Agamben, que, em apertada síntese, inspirado em Walter Benjamin, postula ser a exceção, o momento político originário, um *espaço vazio*. Seguindo Agamben, conforme se explicitou no capítulo quarto, o *bando* seria a relação política originária, que nasce na *zona da exceção*. A *soberania* atua sobre a produção da *vida nua*. Ao sujeito que recebe o impacto do poder e lança luz sobre o entendimento desse momento formativo da exceção e do bando é representado pelo *homo sacer*. O *campo de concentração* funcionaria como um paradigma da dominação biopolítica que, atualmente, se alastra. O *paradoxo* é a chave lógica da soberania.

A relação entre norma e vida não é de simples reciprocidade, mas de imanência ou de “imanência-recíproca”: o dado normativo não é autônomo, estando, como numa linha paralela, em mera correspondência com a realidade. Em vez disso, a realidade é, além de sua parte integrante, por ele também integrada, de modo que compõe um espaço de indiscernibilidade a exigir o exercício de uma violência pura, criadora, capaz de se viabilizar por meios não-jurídicos de entendimento.

A normatividade constitucional à luz da categoria da exceção permanente trata da

criação/inscrição do âmbito de sua própria referência na vida real, de modo que a própria distinção entre normatividade e realidade, de tal maneira estão jungidos norma e vida, perde sua razão de ser, emergindo espaços de solução de conflito não juridicizados, únicos em que se poderia alcançar, realmente, uma não violência.

A normatividade autônoma pós-1945, portanto, revelaria hoje, na sua estrutura, a característica que Zizek, acompanhando Alain Badiou, atribui ao século XX: a *paixão pelo real*. Pretende manter contato pleno com a realidade, mas, ao enfrentá-la, manifesta certa repugnância pelo que está diante de si e se isola na mera reciprocidade. Almeja emancipação, conquistas pela sua capacidade regente, mas, confrontado com o real, transmuta-se em imobilidade.

A normatividade, nessa versão, como força ativa autônoma, outra coisa não é senão a construção de um período histórico cada vez mais chocado pela realidade que nele mesmo se produz. À maneira de um paradoxo, trata de uma *ficção real*: (i) o núcleo *duro do real* consiste em saber que a constituição (metonímia contemporânea do próprio direito), por si só, em nada afeta ou dirige a vida (e esse parece haver sido o grande trauma da primeira metade do século XX e que ainda perdura); (ii) afigurando-se insuportável a “descoberta”, transmuta-se, transfuncionaliza-se, esse dado real de modo que a incapacidade regulatória da constituição é vista como ficção. Para simplificar o percurso cria-se a idéia de força normativa da constituição ou, como preferimos, de normatividade específica ou autônoma.

Algumas implicações da categoria da exceção permanente foram apresentadas no quinto capítulo.

De molde a alargar a estreita visão da teoria e da dogmática jurídico-constitucional brasileira e a fomentar o estudo multidisciplinar do direito discorreu-se sobre o cenário brasileiro à luz do renovado marco da exceção permanente, constatando que (i) a acumulação capitalista estrutural – originada da força do capital 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, em conjunto, a situação de exceção permanente no país.

Temas estruturais da teoria constitucional, além disso, foram objeto de atenção.

Sob a categoria da exceção permanente, a constituição se mostra como um processo sócio-político-jurídico. Sua força depende do permanente mover de lutas e embates que acabam por lhe conferir, então, certo sentido normativo e definidor de

condutas.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são manifestação de conquistas axiológicas e deontológicas inscritas nas constituições ou nos costumes constitucionais de determinado grupo. A tendência universalizante defendida nas perspectivas liberais e deliberativas é, na exceção permanente, fruto da própria configuração do espaço e do tempo no momento histórico atual, bem como de uma nova percepção da ontologia que dissemos romper, ao analisarmos a noção de risco, com o dualismo natureza-cultura. Pela exceção se mostra 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 hermenêutica constitucional, reduzida a importância do elemento normativo autônomo, deverá, sem deixá-lo de lado, abrir maior espaço às disputas de poder e aos elementos da realidade. Não os considerar, na linha do positivismo jurídico, como elementos ou circunstâncias externas ao direito, mas, sob a categoria da exceção permanente, por intermédio de técnicas argumentativas e de uma orientação do aplicador de acordo com cenário político, às pressões de poder envolvidas na disputa levada ao tribunal e suas convicções – tratá-los como partes integrantes da estrutura normativa mesmo: 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.

A despeito de arrefecida a força ativa da constituição, sob a categoria da exceção permanente os tribunais constitucionais, objeto de análise mais detida, tendem a aumentar sua atuação política. Por intermédio da exceção permanente o discurso jurídico-constitucional é assumido, em nível teórico, como manifestação de interesses e valores numa lógica de constante luta *de e por* poder social atual e em potência. A ação dos tribunais constitucionais passa a ser analisada no seu sentido eminentemente político.

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.

Na maior parte das vezes, sob a categoria exceção permanente, restará evidenciado que os tribunais assumem postura pragmático-consequencialista em seus julgamentos. Por postura pragmático-consequencialista entenda-se a primazia, nos fundamentos da decisão, de argumentos e critérios de eficiência, utilidade, segurança, conveniência, oportunidade ou governabilidade, bem como a atitude de rejeição ou prudência quanto à vinculação às grandes teorias jurídicas e a parcimônia na abordagem dos problemas metodológicos de interpretação/concretização das normas constitucionais.

Isso não há de significar, contudo, que à luz da exceção permanente se adere ao pragmatismo. O interesse em semelhante modo de decidir decorre do fato de nele se tentar escamotear – sem sucesso – as motivações políticas que subjazem em questões que alguns acreditam meramente jurídicas e econômicas.

Inspirados no marco da exceção permanente é possível inferir 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. Sob a categoria da exceção permanente os argumentos principiológicos, atados à força normativa, outra coisa não revelam senão formas que, com algumas limitações postas pela linguagem do direito, objetivam forjar, mediante constante construção e defesa por parte daqueles que com ela interagem, pelo permanente mover de lutas e embates, uma *constituição*.

Concluiu-se, além do mais, não haver incompatibilidade entre o controle realizado pelos tribunais constitucionais com o regime democrático. A exceção permanente aponta no sentido da valorização de um regime que (i) 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 em que se insere; (ii) viabilize maneiras de, constantemente, abrir oportunidades reais de igualdade e de participação àqueles que se vêem excluídos ou derrotados nas articulações de poder que determinam, principalmente pela função legislativa, formas de inclusão 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, minorias 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. Coaduna-se, dessa sorte, não sem relevar suas peculiaridades, com o regime democrático.

Os tribunais constitucionais consubstanciam arenas de luta para a determinação da constituição, nenhuma garantia havendo de que eventual ativismo venha a ser emancipatório ou desemanipatório. 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 criatividade e à ação humana sem, contudo, se apresentarem como seus únicos defensores e mecanismos de atuação.

Sintetizado assim, em linhas amplas, o percurso seguido ao longo da pesquisa e algumas de suas implicações mais imediatas no que toca aos quatro temas da teoria constitucional aqui selecionados, resta pôr em destaque a contribuição da categoria da exceção permanente para a elaboração e o desenvolvimento da teoria constitucional, a contribuição, por assim dizer, “cognoscitiva” da categoria.

A exceção permanente, nesse aspecto, indica pelo menos três diretivas para a teoria constitucional do século XXI, ainda que de modo introdutório: (i) reestruturação da relação entre norma e realidade – objeto principal, aqui, de nossos esforços; (ii) valorização do processo histórica na compreensão do fenômeno político constitucional; (iii) ampliação do espaço destinado ao agir político.

Quanto à *relação entre norma e realidade*, é ler as páginas e capítulos antecedentes. Essa problemática foi objeto da dissertação em razão de ser ela, em nosso modo de ver, que arrima e conduz as outras.

A valorização do *processo histórico* encontra na teoria pós-1945 seu ponto de partida, como vimos no capítulo primeiro, notadamente em Zagrebelsky. Todavia, na medida em que redimensionada a própria compreensão da tensão entre normatividade e vida não se poderá ler, de igual maneira, a influência do dado histórico. Bem adverte José Ribas Vieira:

Em razão mesmo da grandeza desse denso fluir histórico, ao qual a constituição de forma constata defronta, não podemos, provavelmente, reduzir as fronteiras do atual constitucionalismo somente a um esgotamento, por exemplo, do paradigma constitucional pós-45, a uma única variável explicativa seja a de caráter valorativo ou de matriz política.¹

Na óbvia referência pós-1945 o processo histórico é luz externa para a compreensão do direito. Sob a categoria da exceção, em vez disso, por ele se sinaliza a

¹ VIEIRA, J. R. (Org.), *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*, p. 199.

insuficiência mesma das análises que se pretendem exclusivamente jurídicas no âmbito da teoria constitucional.

A ampliação do espaço destinado ao agir político decorre de se reconhecer uma zona de indiscernibilidade entre norma e realidade, em que não se afigura possível inscrever no registro jurídico a totalidade do fenômeno político-constitucional. Trata-se, grosso modo, de assumir que a emancipação perpassa, muito mais do que o âmbito de um discurso único de direito, em específico de direito constitucional, nosso agir político.

A atribuição de direitos, de uma cidadania jurídica, por mais desejável que possa ser não é suficiente para viabilizar, qualitativamente, a emancipação e a conquista de “novos” direitos, a exemplo dos intermináveis debates concernentes aos direitos humanos sociais. É preciso explorar a violência pura benjaminiana, a potência destrutiva e constituinte da multidão que se espalha pelo globo para alcançar ou manter, em um nível que transcende a própria jurisdição, objetivos e conquistas que, em determinado momento histórico, no discurso constitucional estrito, não se mostra acessível.

É esperar, agora, que a tentativa de inserir uma nova categoria compreensiva da situação exceção permanente deste início de milênio, ainda que não acolhidas as ponderações aqui expostas, frutifique, mantendo acesos o pensamento crítico e o sentimento de não conformação com os problemas e mazelas que afligem o Brasil e mundo.