

CADERNOS FUNDAMENTAIS

#1 - OUTUBRO DE 2022

Democracia, constitucionalismo e exceção



Edição:

Sandra Bitencourt

Autores:

Rogério Viola Coelho;

Fernando Abrucio e Tarso Genro

DEMOCRACIA E
Direitos
Fundamentais

ISSN 2763-7964

CADERNOS FUNDAMENTAIS

Com este primeiro número inauguramos uma coleção de cadernos para o exercício da análise sistemática e plural da democracia e da efetividade dos direitos fundamentais.

O propósito é elencar e debater convergências, afinidades e discrepâncias, sobre as concepções em disputa na teoria da política e do direito, buscando uma atenção privilegiada ao sistema de normas e ao mundo do poder real.

Pretendemos buscar sentidos e conotações para a teoria do direito, fundindo as suas dimensões descritivas e normativas, presentes nas interpretações do sistema de normas da Constituição, que carrega, em sua opacidade, várias alternativas dogmáticas, diante de um mundo que se transforma em fluxos cada vez mais rápidos.

Nossa contribuição vem da necessidade de coletar e reordenar análises acerca do discurso democrático, aprofundar interpretações acerca do Estado de Direito na sua especificidade de Estado Social e ativar a defesa dos direitos fundamentais.

TEMA:

Democracia, constitucionalismo e exceção

Edição: Sandra Bitencourt

Autores: Rogério Viola Coelho; Fernando Abrucio e Tarso Genro



Introdução

Por Sandra Bitencourt

Este primeiro caderno da coleção **Cadernos Fundamentais** seleciona três diferentes textos para observar e interpretar, a partir de acontecimentos concretos, as exceções capazes de erodir direitos e garantias democráticas.

O texto central para promover esta discussão é o artigo “**Do significado institucional do novo regime de pagamento de precatórios, instituído pelas emendas 113/114-2021**”, de Rogerio Viola Coelho. Este artigo tem muitas propriedades, mas a principal delas é conduzir de modo didático para uma reflexão sobre a brutalidade (configurada nas emendas 113/114) do ataque aos direitos e aos princípios que asseguram a realização democrática baseada na igualdade e na inviolabilidade dos direitos. De modo muito claro foi traçado um panorama sobre a violação de direitos contida na instituição das emendas que versam sobre o pagamento de precatórios. Como demonstra o autor, viola o direito à propriedade, ao devido processo legal, ao acesso à justiça e à igualdade perante a lei. Essa condução didática é importante porque a princípio, pelo senso comum, o “atraso” nos pagamentos ou bloqueio aos pagamentos não parece ser uma ação tão danosa. O autor ilumina esse aspecto com evidências significativas, apresentando os contornos da brutalidade de quem é atingido duplamente, pois fica sem o abrigo da justiça, mas ao mesmo tempo padece dos instrumentos que a justiça fornece com força coercitiva aos seus credores. Outro efeito é a transferência de renda de baixo para cima. Tal exemplo tem a virtude de materializar os macro princípios que concebem a igualdade como a pedra angular de todo o edifício constitucional, pois essas situações de exceção e de desigualdade são incompatíveis com a ordem de valor superior do ordenamento jurídico que informa todo ordenamento positivo.

Os direitos só se realizam se houver a premissa fundamental da igualdade formal e a garantia da inviolabilidade dos direitos. A Democracia existe através da efetivação de direitos, de acordo com dois autores citados (GENRO e FERRAJOLI), para os quais assim fica consagrado o direito à igualdade. Esse preceito não contém uma única dimensão, como o texto enfatiza. Por um lado, exige a igualdade de tratamento (igualdade formal) para não ser juridicamente tratado diferentemente de quem se encontra na mesma situação. Por outro, impõe a proibição de discriminação por motivos específicos e expressamente rejeitáveis, incompatíveis com a dignidade humana. Esse princípio exige, principalmente, que os poderes públicos promovam as condições e removam os obstáculos para que a igualdade seja real e efetiva. Ou seja, todos são iguais perante a lei e têm, indistintamente, direito a igual proteção da lei. O texto nos conduz por uma perspectiva histórica mostrando que essas dimensões se originam na França do século XVIII e se transformam numa espécie de cânone

da razoabilidade, proporcionalidade e adequação. A igualdade na lei não é apenas um limite formal, mas também material, que afeta o conteúdo da Lei. A igualdade na aplicação da lei pressupõe que os poderes constituídos (governos, administrações, legisladores) no exercício das suas funções, não devem conceder tratamento diferenciado aos que se encontrem em mesma situação ou submeter a ações arbitrárias. A reflexão empreendida no texto denuncia o abuso para reformar cláusulas pétreas que são guardiãs de garantias fundamentais. Ou seja, abuso de competência dos poderes constituídos para instituir regime de exceção por meio de uma emenda.

A partir daí, os argumentos conduzem para a hipótese de que há um movimento de equiparação dos poderes constituídos ao poder constituinte. Seria um retorno à sobrevalorização do atributo de soberania do Estado. Ou dito de outro modo, um retorno a uma lógica absolutista. Trata-se de um retrocesso, já que a supremacia da constituição é a mais importante inovação na estrutura da legalidade constitucional, fruto de um arranjo institucional para conter regimes neofascistas que poderiam retornar via eleitoral. Tem fonte numa ideologia liberal a ideia de retorno à soberania perdida do Estado. Os neofascismos esvaziam direitos pela via das reformas constitucionais. Ao mesmo tempo, a rigidez constitucional é respaldada pelo sistema de controle da constitucionalidade, abrigada no Tribunal guardião da Constituição. Nessa ordem, os mandatários eleitos não têm poderes gerais e discricionariedade para atacar direitos, mas assumem competências específicas (lembrando do freio pensado para impedir retorno do nazifascismo). A democracia Constitucional só será realizada na medida em que os direitos forem efetivados e os legisladores devem atuar na dimensão material da supremacia constitucional.

Em síntese, o autor mostra a gênese das Constituições surgidas nos países que se libertaram do nazifascistas e foram concebidas para resistir a eventual retorno do movimento (daí que foram chamadas de constituições antifascistas por Ferrajoli), destacando também a relevância da instituição dos Tribunais constitucionais nesses projetos.

A “PEC do calote” é um exemplo concreto de que isso está sob risco e sob ataque. E é um alicerce fundamental. No entanto, o caminho de resistência apontado é a necessidade de mobilização da sociedade organizada.

Nesse ponto, destacamos o texto “**A sociedade civil pela democracia**”, de **Fernando Abrucio**, originalmente publicado no jornal Valor Econômico, em julho deste ano. Nele, o autor defende que para resistir a possíveis ações autoritárias de líderes políticos e forças militares, os cidadãos não podem agir de forma fragmentada. Segundo o cientista político, a democracia brasileira chegou ao seu limite e o risco foi compreendido pelos países democráticos presentes em uma reunião convocada pelo próprio presidente brasileiro para atacar o sistema eleitoral do país. Na opinião do autor, o Tribunal Constitucional (STF) tem sido a única instância capaz de barrar as iniciativas autoritárias de toda ordem, mas as demais institui-

ções (Congresso e estados subnacionais) se mostram incapazes de frear as ameaças. Portanto, é chegada a hora de colocar novamente a sociedade civil no centro da política brasileira, por pelo menos quatro razões: só a sociedade civil organizada será capaz de convocar lideranças de vários campos da vida social e com diversidade de visões de mundo; é preciso entregar apoio social às instituições de Justiça e aos políticos que querem proteger a democracia; há necessidade de angariar apoio da comunidade internacional e por fim, é essencial fortalecer organizações que reúnam lideranças e grupos representativos em torno da democracia. Abrúcio caracteriza a sociedade civil organizada como guardiã da democracia e parteira de um debate plural de ideias.

Tarso Genro no texto **“Do direito e da exceção dentro do ajuste”** alerta que a garantia do funcionamento da ordem jurídica como protetora da efetividade de direitos tornou-se mais complexa no século XX, na medida em que novos atores sociais e sujeitos de direitos começaram a esculpir nas respectivas Constituições as marcas da sua presença na produção, na política, na cultura e na vida democrática das suas nações. Tarso propõe a questão de até que ponto as “exceções”, dentro da democracia, podem ser legitimadas pelo Estado de Direito. Para o autor, no Brasil essa questão tem tipicidade, porque há um constituinte da constituição silenciado, sob um manto de baixa constitucionalidade. Criticar em profundidade a “exceção”, na ordem global do capital financeiro em curso, destaca o texto, é imprescindível para resistir a uma saída conservadora da crise do Estado e da representação.

A seguir os textos na íntegra. Boa leitura.

INTRODUÇÃO (Tarso Genro)

O metucioso texto de Rogério Viola Coelho que ora vem à lume trata, de forma rigorosa, de uma cristalina violação do Estado Constitucional, cuja naturalização só poderia ocorrer dentro de um processo político específico, em que a exceção substitui a regra e em que a política, distorcida pela força dos fatos, submete a força normativa legada pelo constituinte, expressa no corpo positivado da Constituição. Esta, que revela o *dever ser* da sociedade - sempre em construção e em permanente revelação das suas debilidades - está sempre mais adiante, no horizonte, cuja maior ou menor possibilidade de alcance será dada pela presença do povo concreto, na sociedade civil, mobilizado e consciente dos seus direitos e prerrogativas. Fora disso, o que pode ocorrer é que a nova ordem se dissolva no fogo mortal da hidra do fascismo e da ditadura.

DO SIGNIFICADO INSTITUCIONAL DO NOVO REGIME DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS, INSTITUIDO PELAS EMENDAS 113/114-2021

Por Rogério Viola Coelho

EMENTA

- As Emendas 113/114/2021 instituíram um teto de gastos rebaixado para pagamento de precatórios, que bloqueia o recebimento da maior parte dos créditos habilitados. Ocorrendo o bloqueio depois de já estarem internalizados nos patrimônios individuais dos credores, é violado o seu *direito fundamental individual de propriedade*. Além disto, instituindo um processo de execução excepcional que vai bloquear o seu resultado **útil**, para os créditos habilitados ano a ano, nega-lhes o *direito fundamental ao devido processo legal* e obstrui o seu *direito fundamental de acesso à justiça*, por cinco anos.

- O *processo de execução excepcional*, sendo imposto apenas a um grupo recortado na sociedade, corresponde a um **regime de exceção** que nega a este grupo garantias fundamentais mantidas para todos os demais cidadãos. Trata-se de um grupo humano situado na base da

sociedade, formado por segurados da previdência, servidores públicos, pequenos proprietários rurais expulsos de suas terras pelas hidroelétricas e pequenos empresários. Serão centenas de milhares de pessoas que tiveram os seus direitos resistidos em juízo por muitos anos pelo Estado, até serem completamente adquiridos. Tinham então a *garantia fundamental da inviolabilidade dos direitos*, e a *garantia fundamental da igualdade perante a lei*, também **macro princípios do Estado de Direito, que guarnecem cada um dos direitos fundamentais.**

- A edição das Emendas constitui uma *discriminação na edição lei* para estes credores do Estado certificados pela Jurisdição, suspendendo a disponibilidade de seus créditos – que são bens integrados aos respectivos patrimônios individuais – sem prazo de pagamento, o que leva de imediato a seu brutal aviltamento, para eventual transferência.

- O *regime processual de exceção* imposto aos titulares de precatórios contra o Estado gera para eles uma *situação prolongada* de brutal *desigualdade na aplicação da lei em relação aos demais cidadãos*. Enquanto seus créditos **são** lançados a fundo perdido, as obrigações que assumem com outros **são** garantidas por ações judiciais com força executiva reforçada.

- As emendas afrontam assim a *garantia fundamental da igualdade perante a lei* em sua dupla dimensão - *a igualdade na edição da lei e a igualdade na aplicação da lei*. Um *macro princípio do Estado de Direito* que garante todos os *direitos individuais* e a *igualdade entre os cidadãos*.

- As emendas conferem aos credores que não receberem seus créditos no ano previsto, a faculdade de recebê-los do Estado no ano seguinte, mas com deságio mínimo de 40%; conferem também a faculdade de ceder os créditos mutilados a terceiros, sendo receptadores habituais os banqueiros, que os adquirem por preço vil e vendem próximo ao valor de face.

- Em consequência, **centenas de milhares de pessoas da base da sociedade** são chamados a fazer, por via oblíqua, *uma transferência de renda de baixo para cima*, estimada entre **500 bilhões e 1 trilhão de reais** ao longo de 5 anos, **montante** destinado ao **enriquecimento dos banqueiros, gerando estímulo ao mercado financeiro.**

1. O novo Sistema de Pagamento de Precatórios e o Estado Constitucional de Direito

As Emendas Constitucionais 113 e 114/2021 introduzem um *teto de gastos* com precatórios na Constituição que fica muito aquém do montante necessário anualmente para o seu pagamento. Já no primeiro ano (2022) faltará mais de dois terços do valor habilitado. Vigorando até 2026, o processo de exceção imposto pelas emendas acumulará um volume de créditos sobranes, ano após ano, entre 500 bilhões e um trilhão de reais, que ficarão sem prazo de pagamento.

Em busca do significado institucional das Emendas cumpre lembrar que o Estado de Direito é a combinação da divisão de poderes com o *império da lei* mais as *garantias dos direitos fundamentais*, expressas no artigo 5º da Constituição: (I) a *garantia fundamental da inviolabilidade dos direitos fundamentais* e (II) a *garantia fundamental da igualdade perante a lei*, que impede a imposição de regimes de exceção que discriminem quaisquer grupos sociais. O regime de exceção imposto reduz o *império da lei*, ao excluir uma parte do povo da sua proteção. As normas que instituem os *direitos e garantias fundamentais individuais* tem dupla função no ordenamento: “*garantem não só direitos subjetivos dos indivíduos, mas são também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, influem em todo o seu alcance sobre o ordenamento jurídico em seu conjunto*”. Daí porque tais *garantias fundamentais* são consideradas *macro princípios do Estado de Direito*. (1)

Destacando a missão da *garantia fundamental da inviolabilidade dos direitos individuais* e a da *garantia fundamental da igualdade na edição e na aplicação da lei* para todos os cidadãos, postas no artigo 5º da Constituição, TARSO GENRO mostrou a sua relevância, sentenciando que constituem os **fundamentos da Constituição democrática**, pela função superior que cumprem no arranjo institucional:

“O arrolamento dos ‘direitos fundamentais’ constantes da Carta de 88 é precedido, não gratuitamente, da afirmação do princípio da igualdade formal e do princípio da inviolabilidade dos direitos. Na verdade, aquele elenco de direitos fundamentais é dependente. Eles só são realizáveis, mesmo em parte, se estiverem cercados pelo princípio da ‘igualdade formal’ e também protegidos pelo dogma da ‘inviolabilidade’. Ambos constam do artigo 5º da CF.” (2)

Dispõe o artigo 5º da Constituição:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos:”

Da afirmação de TARSO – *os direitos fundamentais só são realizáveis se estiverem cercados pelas duas garantias fundamentais positivadas no artigo 5º* – se pode extrair que, estando guarnecidos pelas garantias da *inviolabilidade dos direitos* e da *igualdade perante a lei*, a efetivação dos *direitos fundamentais* é realizável (ao menos em parte). Com esta conclusão ele concorre para lembrar a tese de FERRAJOLI, que inverte a relação entre democracia e direitos fundamentais. As novas *Constituições* instituem a Democracia Constitucional, mas ela – a democracia – só se realiza através (e na medida) da efetivação dos direitos fundamentais (3). Assim, os dois *macros princípios*, além de proteger o Estado Constitucional de Direito instituído na Constituição concorrem para a realização (construção) da Democracia. E a atividade de defesa e luta pela efetivação dos direitos, constitui um contributo para a realização da democracia.

2. As duas dimensões do princípio da igualdade perante a lei

O número de credores do Estado atingidos pelo processo de exceção crescerá ano a ano, alcançando ao longo de cinco anos centenas de milhares de pessoas que ficarão profundamente desiguais diante dos demais cidadãos na *aplicação da lei*. Os credores do Estado atingidos são simultaneamente devedores dos entes públicos por tributos diversos, a começar pelo Imposto de Renda, mas também por taxas sobre serviços públicos, como água e luz. As pequenas empresas, quando atrasam os tributos, são cobradas através de execução fiscal, com enorme força coercitiva. E todos os seus credores seguem dispendo de ações executivas com especial força coercitiva. As suas dívidas com o sistema financeiro, quando atrasadas, dão ensejo a medidas reforçadas de cobrança. E suas obrigações crescerão com a mora que fatalmente ocorrerá em medidas variáveis. ***Discriminados na edição das emendas***, eleitos para suportar um processo de exceção e ***discriminados na aplicação da lei*** em face desse processo ineficaz imposto para haverem seus créditos, **este grupo da base da sociedade ficará sujeito a um cerco perverso.**

O ***princípio da igualdade perante a lei*** tem efetivamente duas dimensões, a *igualdade na edição da lei* (igualdade na lei) e a *igualdade na aplicação da lei*. No Brasil, as duas dimensões do princípio foram assimiladas pela doutrina a partir da Constituição de 1988 conforme Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no artigo 5º caput – que todos são iguais perante a lei. Entende-se em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a a isonomia.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o legislador. Deveras,

não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.” (4)

A gênese da democracia moderna, revelada nas Declarações de Direitos do Homem do fim do século XVIII, mostra a relevância do *princípio da igualdade perante a lei*. O postulado da *igualdade perante a lei* surge logo no artigo 1º da Declaração de 1789, que indica a universalização dos direitos: “**Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos**”. Esta ideia foi concebida na França oitocentista em oposição à desigualdade dominante no Ancien Régime, que era materializada na edição da lei, geradora de privilégios e acentuada na sua aplicação, sempre em nome do Rei, que era o mediador da vontade divina na vida social.

A primeira Constituição da França revolucionária, instituindo o Estado de Direito, afirma que “*a lei deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir*”. A mesma Declaração de 1789 dizia que o fundamento da Constituição é a defesa dos direitos fundamentais, proclamando no seu artigo 2º que: “*A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem*”. E considera o direito de propriedade *sacré et inviolable*, sob o fundamento de que era essencial para garantia da liberdade. O *novo sistema de pagamento de precatórios* instituído pelas Emendas 113 e 114, como vimos, viola diversos direitos individuais fundamentais de seus destinatários, consagrados no artigo 5º da Constituição, entre os quais avulta o direito de propriedade consagrado na França oitocentista como essencial ao exercício da liberdade.

3. Das violações que ofendem o princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais

Primeira. O direito de propriedade é consagrado no caput do artigo 5º e no seu inciso XXII - “*é garantido o direito de propriedade*”. Os créditos habilitados contra o Estado já estarão internalizados nos patrimônios individuais dos credores quando o sistema de pagamento de exceção, instituído pelas Emendas, bloquear o exercício das *faculdades de usar, fruir e dispor do bem, e o direito de reavê-lo*, que constituem o *conteúdo essencial do direito de propriedade*.

O artigo 1228 do Código Civil conceitua o direito de propriedade definindo o seu conteúdo pelo feixe de faculdades que o integram:

“Art. 1228 – O proprietário tem a faculdade, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

As Emendas conferem aos credores sobranes, a faculdade de recebimento do Estado devedor no exercício seguinte, com redução mínima de 40%, operando assim uma redução substancial do direito. O mesmo ocorre com a faculdade instituída de transferência a terceiros - aos receptadores habituais. Esta operação - já praticada amplamente com os créditos de precatórios contra os Estados inadimplentes - importa na perda de 70 a 80% do seu valor.

Haveria nestas operações uma devolução (tardia) da faculdade de dispor dos créditos por quem os detinha injustamente? Sim. Mas o preço pago para reaver esta faculdade importa numa expropriação da substância do direito, e fica difícil de acreditar que ela não seria intencional.

Segunda. A imposição por cinco anos de um processo excepcional, que bloqueia e produz uma redução substancial do seu resultado útil, constitui uma negação do seu *direito fundamental ao devido processo legal*, inscrito no inciso LIV do artigo 5º, que reza que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Terceira. Na medida em que bloqueia o acesso ao resultado útil do processo, esvaziando a *tutela jurisdicional*, viola o *direito fundamental de acesso à justiça* deste universo de cidadãos. *Direito fundamental individual* inscrito no inciso XXXV que reza - “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça à direito.

Quarta. Na medida em que torna ineficaz a decisão judicial definitiva, viola também a **garantia da coisa julgada**, inscrita no inciso XXXVI do mesmo artigo que reza: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

O *direito individual fundamental de propriedade* é um direito substantivo, enquanto os demais *direitos individuais fundamentais violados*, com o *regime de exceção* imposto para um grupo significativo de credores do Estado, situados na base da sociedade, são direitos adjetivos, vale dizer, de natureza procedimental.

4. Do abuso da competência do legislador ordinário para emendar a Constituição

Os *poderes constituídos* invocaram a competência conferida ao legislador na Seção do Processo legislativo, enunciada no caput do artigo 60 - “a Constituição poderá ser emendada, mediante proposta ...”. Ocorre que os direitos violados estavam garantidos pelas duas *garantias fundamentais* examinadas, ambas protegidas pelas cláusulas pétreas do § 4º do mesmo artigo:

....

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – A forma federativa de Estado;

(...)

IV – Os direitos e garantias individuais.”

O STF já se manifestou sobre a violação dos limites explícitos ao chamado poder de emenda quando *os poderes constituídos* aprovaram emendas que adiavam o pagamento de precatórios habilitados contra Estados e Municípios, atrasados por vários anos. Este o voto da relatora Ministra ROSA WEBER:

“Pode o constituinte reformador interferir na efetividade da jurisdição, nesse poder de realizar o Direito com plena eficácia vinculativa em lides já solucionadas por decisões com trânsito em julgado, ao abrigo, portanto, da autoridade da coisa julgada? Para mim, com todas as vênias, a resposta é negativa. Compartilho da compreensão dos que conferem exegese ampla às cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, do nosso texto magno.

Entendo que também o poder constituinte derivado ou reformador – e não apenas o legislador ordinário – está submetido ao postulado da irretroatividade consagrado no art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, a meu juízo, a lei a que o constituinte originário veda prejudique o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada não é apenas a norma infraconstitucional, mas também a emenda constitucional. E interpreto a dicção do art. 60, § 4º, da CF – não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir, os direitos e garantias individuais –, no sentido de que também se encontram vedadas restrições equivalentes a uma efetiva supressão. Ora, o acesso à Justiça, a efetividade da jurisdição, a efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos, a irretroatividade da lei frente ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada estão contemplados em nossa Constituição como garantias individuais, garantias fundamentais, e nessa medida foram erigidos à condição de cláusulas pétreas no texto constitucional. Todos esses postulados, com a devida vênias, foram atropelados pela Emenda Constitucional 62, em vários de seus ditames, como ontem já se decidiu, e, a meu juízo, da mesma inconstitucionalidade material se ressente o parágrafo quinze do artigo 100 da CF, com a redação da Emenda 62.

Subscrevo na íntegra os fundamentos do eminente Relator, Ministro Ayres Britto, quando conclui que os dois modelos de regime especial para pagamento de precatórios instituídos no ADCT, art.

97, afrontam a ideia central de Estado Democrático de Direito, violam as garantias do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário, 5º, XXXV, do devido processo legal, 5º, LIV, e da razoável duração do processo, 5º, LXXVIII, e afrontam a autoridade das decisões judiciais, ao prolongar por mais de quinze anos o cumprimento de sentenças judiciais com trânsito em julgado, já prorrogado por um decênio pela Emenda Constitucional 30, de 2000.”

5. Da fuga dos *poderes constituídos* das limitações explícitas ou intrínsecas da competência para emendar a Constituição

A instituição pelos *poderes constituídos*, através de emenda, de um regime de exceção no pagamento de precatórios habilitados contra a União e a violação do direito fundamental substantivo de propriedade de um grupo de cidadãos, constitui um *abuso da competência* que lhes foi conferida pela *Assembleia Constituinte*. A doutrina liberal exalta essa competência como um *poder* – o *poder de emenda* – e eleva o status dos *poderes constituídos*, dizendo que são dotados de um *poder constituinte derivado*, equivalente ao *poder constituinte originário*, diferenciado do originário apenas formalmente, por serem dele derivados. SEPÚLVEDA PERTENCE diz que o STF já reconheceu “a existência de limitações formais e materiais implícitas ao poder de reforma constitucional”...” a *própria denominação poder constituinte derivado visa encaminhar a fuga das suas limitações intrínsecas ou explícitas*”. E acresce que “na verdade, o que se tem é uma função constituinte entregue a um poder constituído, portanto limitável pela Constituição que o institui” (5).

A equiparação dos *poderes constituídos* ao *poder constituinte*, que é a expressão primordial da soberania popular, deslocaria para o Estado o atributo da soberania, restituindo a ele o pleno domínio sobre a sociedade. A soberania que o Estado tinha na época do Estado absoluto, subsistiu na prática durante o *Estado de direito liberal*. O Parlamento é que decidia se as leis que editava estavam em conformidade com a Constituição e os *poderes constituídos* podiam emendá-la com o mesmo rito das leis ordinárias. O Estado – os *poderes constituídos* - detinha a soberania interna porquanto ela se configura com a inexistência de qualquer poder acima da instituição. Só com o advento do Estado Constitucional de Direito, surgido na Europa no segundo pós-guerra, a soberania do Estado feneceu.

A origem remota desta visão mitificada do Estado remonta à época do Estado absoluto, quando prevalecia a crença de que ele havia sido criado por Deus, que veicularia sua vontade sobre a sociedade através do Monarca. Contando com a legitimação religiosa, não admitia direitos individuais ou de grupos contra ou sobre ele. O Estado sacralizado era totalmente imunizado. Esta crença na soberania

do Estado foi mantida no longo período da Democracia liberal, instituída pelas revoluções oitocentistas, mas por outros fundamentos. A crença na sua soberania persistiu porque o Estado é que editava a Constituição, para sua auto-organização, valendo pouco mais que um regulamento interno, modificável facilmente. Ademais, como era o próprio Parlamento que decidia sobre a conformidade das leis que editava com a Constituição, o que havia era uma espécie de autocontrole alterável sem obstáculos, ou dificuldades, pelos poderes constituídos. Remanescia assim no *imaginário social* a crença na soberania do Estado.

O novo constitucionalismo alterou radicalmente esta situação, consagrando a *soberania popular*. A Constituição não seria mais editada pelo Estado, mas sim pelo *povo soberano* no processo constituinte; processo concluído pelos representantes eleitos, com poderes especiais para editá-la. A supremacia da Constituição sobre os *poderes constituídos* implicava em reconhecer à manifestação da soberania popular nela materializada. Num patamar superior ao das manifestações subsequentes da *soberania popular*, na vida cotidiana da democracia parlamentar, através dos *poderes constituídos*.

FERRAJOLI diz que o princípio da supremacia da Constituição institui um sistema de *normas sobre a produção de normas*, que não se limita mais só “*a normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio de igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam ao poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos*” (6). Segundo observa o autor italiano, produziu-se uma inovação na própria estrutura da legalidade, talvez “*a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação jurídica do direito positivo mesmo, não somente quanto às formas de produção, senão também no que se refere aos conteúdos produzidos*” (7).

6. O giro do constitucionalismo no segundo pós-guerra e suas razões próximas

A garantia da supremacia da Constituição veio de um arranjo institucional feito nos *processos constituintes* instaurados com a insurgência dos povos dominados pelo nazifascismo, após sua derrota na segunda guerra mundial. Ele foi concebido pensando na eventualidade de sua volta à cena política pela via eleitoral, como ocorrera no início do século. Este arranjo consistiu: (I) numa limitação imposta às emendas à Constituição pelo legislador, com a exigência de maioria qualificadas e bloqueio de várias matérias. (II) na instituição de um órgão judicial acima da estrutura do Poder Judiciário, para garantir o cumprimento a Constituição pelos *poderes constituídos*. Reconhecida como expressão suprema da *soberania popular*, ela teria agora a função estratégica de orientar, limitar e condicionar as manifestações subsequentes da *soberania do povo* através dos *poderes constituídos*.

A *supremacia da Constituição* é um *macro princípio* do *Estado Constitucional de Direito*, essencial para a *realização* da *Democracia Constitucional* que a Constituição *institui*. Apenas institui, mas não realiza. FERRAJOLI reflete bem esta ideia dizendo que “*minhas teses se limitam a dar conta de um fato: que os direitos fundamentais estabelecidos por uma constituição rígida impõem, queiram ou não, limites e vínculos substanciais ... à democracia política, tal como se expressa nas decisões das maiorias contingentes.*” (8)

No Estado Constitucional de direito, a sociedade institui o Estado, desenhando os *poderes constituídos* e submetendo-os ao Direito. É a soberania popular que impõe ao Estado, no *processo constituinte*, a missão de garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais e individuais por ela consagrados, com a garantia de igual medida para todos. É o que expressa o preâmbulo da nossa Constituição. A Assembleia Constituinte declara estar reunida “*para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça ...*” Eis aí o *giro do novo constitucionalismo*. A pretensão de imunização do Estado, expressa nas emendas em questão, se apoia na crença da soberania perdida, que remanesce como ideologia na cabeça dos juristas liberais. A soberania do Estado resultava da inexistência de qualquer poder acima dele e agora o Estado foi submetido à *soberania popular objetivada na Constituição*.

FERRAJOLI descreve com extrema clareza a perda da soberania do Estado com o advento do Estado Constitucional de Direito: “*Desaba, assim, o postulado (...) da onipotência do legislador e da soberania do parlamento. Como a subordinação do próprio poder legislativo da maioria à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos; o modelo do estado de direito aperfeiçoa-se e completa-se no modelo do estado constitucional de direito, e a soberania interna como potestas absolutas (poder absoluto), já não existindo nenhum poder absoluto, mas sendo todos os poderes subordinados ao direito, se dissolve definitivamente.*” (9)

A supremacia da nossa Constituição consistiu (I) em impor limites procedimentais e substanciais ao legislador e foi garantida (II) com a instituição de um órgão legitimado para controlar a constitucionalidade das atividades do legislador e o seu cumprimento pelo Presidente que, conforme dispõe o seu artigo 78, jura *manter, defender e cumprir* as suas determinações. O órgão que recebe a missão de assegurar a *supremacia da Constituição* é legitimado *ex ante* pela *soberania popular* que nela se expressa e pela *eleição indireta* dos seus membros, através dos titulares dos poderes constituídos, que são eleitos. A sua legitimação se consolida *ex post* à medida em que ele cumpre sua missão institucional. O Estado Constitucional de Direito inverteu, portanto, a supremacia, estabelecendo a supremacia da Constituição em lugar da supremacia dos *poderes constituídos*. Inverteu também o lugar da soberania, deslocando-a do Estado para o *povo soberano*, que institui o Estado na sua ma-

nifestação primordial no processo constituinte. A supremacia não é soberania da Constituição. Ela é a *mediação necessária* para afirmação da *soberania popular*.

7. O avanço da democracia com as constituições do segundo pós-guerra

As constituições na Europa surgidas no segundo pós-guerra, constituem um avanço da democracia. CANOTILHO e VITAL MOREIRA dizem que na concepção tradicional, agora superada, a constituição era apenas o estatuto de organização do Estado, que estabelecia limites ao seu poder para preservar uma esfera de autonomia para os indivíduos, com a positivação da chamada liberdade frente ao Estado. Era um gesto de autolimitação do seu poder. Alheia à ordem social, a Constituição do Estado liberal não podia impor-lhe tarefas em favor dos cidadãos. Justamente porque elas eram editadas pelo Estado, ou pela *nação*, como diz a Constituição francesa de 1891. A soberania da nação só deu lugar à soberania popular na Constituição republicana de 1870. Antes dela onze foram editadas pela nação.

Na nova concepção, a Constituição é obra do povo soberano no processo constituinte, editada através de seus mandatários. É a Constituição que institui o Estado e o submete ao Direito, assegurando a sua supremacia sobre ele. Ela é também agora a *lei de organização da sociedade*, trazendo “*um caderno de encargos do Estado, das suas tarefas e obrigações no sentido de satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais dos cidadãos e dos grupos sociais.*” (9)

As correntes políticas identificadas com a doutrina do liberalismo econômico, extremado com o avanço recente de partidos neofascistas, vêm pautando reformas em vários países com o objetivo de eliminar garantias institucionais, suprimindo ou esvaziando a efetividade dos direitos fundamentais sociais e individuais, que foram positivados extensamente nas constituições dos países democráticos, centrais e periféricos. O neofascismo no poder instaura uma guerra interna contra os partidos e correntes políticas que lhe opõem resistência, eliminando as lideranças e ativistas autônomos.

Os autores lusitanos assinalam que ao mesmo tempo a Constituição se arma para vencer a resistência à efetivação dos direitos por ela consagrados e para resistir às investidas contra eles. A sua rigidez é respaldada pelo sistema de controle de constitucionalidade, atribuído ao Tribunal que assegura a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. O Estado (vale dizer, os *poderes constituídos*), ficou submetido não só ao regime de competência e aos procedimentos prescritos pelo estatuto supremo, como também às suas determinações substantivas, ficando o legislador comprometido com a observância do conteúdo material das normas superiores e a agir no mesmo sentido. E o poder executivo fica obrigado a obedecer

a Constituição. Como vimos, o Presidente na posse se obriga a “*manter, defender e cumprir a Constituição*” (art. 78).

No Estado Constitucional de Direito, o povo soberano não transfere o **exercício da soberania ao Estado** (aos **poderes constituídos**), o que valeria como um gesto de devolução a quem era o seu titular ao longo de muitos séculos. O mandato político não é mais um mandato com poderes gerais para exercer discricionariamente o comando da instituição. Ele agora confere aos mandatários **competências específicas** (chamadas no instituto do mandato civil de *poderes especiais*). Como ensina

KRIELE, “*o Estado constitucional é um Estado de competências e, no seu âmbito, só cria direito quem esteja habilitado a fazê-lo, então o verdadeiro Direito ... é o que vem a ser, no final do processo que o revela e declara.*” (10). E o órgão judicial instituído pela Constituição para garantir a sua supremacia, identifica e sana as ações ou omissões que a desfiguram. A iniciativa é atribuída a instituições criadas pela própria Constituição (artigo 60), recortadas nos *poderes constituídos* e nas instituições da sociedade, que são legitimados para as ações constitucionais. Também os cidadãos individualmente têm o Mandado de Injunção para obter uma regulamentação provisória de um direito fundamental, necessária ao seu exercício.

O avanço da *soberania popular* levou FERRAJOLI a dizer que foi instituída a **democracia constitucional**. Foi apenas **instituída**. Será realizada à medida da efetivação dos direitos fundamentais. É o que ele chama de “**DEMOCRACIA ATRAVÉS DOS DIREITOS**” (11).

8. A supremacia da Constituição no curso do Estado de Direito Liberal desprovida da garantia jurisdicional

A atividade do *legislador ordinário* é uma atividade de **concretização** da Constituição, que desde o início trazia as regras de competência e de procedimento para sua realização. Era a dimensão formal da sua supremacia, que consistia na *subsunção do processo legislativo às regras de competência e de procedimento*. Com o advento do Estado Constitucional de direito, foi acrescida a **dimensão material** da supremacia, que implica em verificar a *compatibilidade* e a *coerência* das leis com os *preceitos substanciais* da Constituição, os direitos fundamentais, que são também princípios, à frente. A supremacia da constituição, que no início consistia apenas na imposição de *diretrizes procedimentais* para a atividade do legislador, foi ampliada no Estado Constitucional de direito com a exigência de compatibilidade e coerência das leis com os *preceitos substanciais* da Constituição.

Esta ampliação foi a primeira inovação do Estado Constitucional. A segunda foi a exigência de maiorias qualificadas para a produção de emendas pelos poderes constituídos. E a terceira inovação foi a criação de uma **garantia para a suprema-**

cia da Constituição, com a instituição dos Tribunais Constitucionais. Esta garantia foi concebida por KELSEN e posta por ele na Constituição da Áustria de 1920, pela primeira vez. A sua instituição se expandiu no continente Europeu no segundo pós-guerra, propiciando o *controle concentrado da constitucionalidade das leis*, por um órgão situado fora dos três poderes constituídos.

Nas constituições anteriores, do Estado de Direito Liberal, o princípio da supremacia da Constituição era geralmente positivado. Mas as constituições se limitavam a afirmar o princípio, sem instituir as garantias necessárias à sua efetividade. O primeiro exemplo disto é a Constituição da Itália de 1848 que explicitava a sua supremacia, vigente – vigente na época em que Mussolini ascendeu ao poder (1922) . Na Constituição de Weimar, editada em 1919 – vigente quando Hitler assumiu o poder, em 1933, também pela via eleitoral – a supremacia da Constituição sobre o legislador era explícita, mas **inexistia a garantia jurisdicional para assegurar a supremacia efetiva da Constituição**.

8.1. A Itália de Mussolini

A Constituição da Itália à época teve origem no Estatuto Albertino, outorgado por Carlos Alberto, Rei da Sardenha, que foi adotado como carta magna pelo reino unificado da Itália em 1848. Ela afirmava no seu artigo 81 o princípio da supremacia: “**Toda ley contraria al presente Estatuto queda ab-rogada**”. Mas a interpretação das leis cabia exclusivamente ao poder legislativo, conforme seu Art. 73: “*La interpretación de las leyes, en modo para todos obligatorio, corresponde únicamente al poder legislativo.*” Esta competência inclui a decisão sobre a conformidade da lei ordinária com a Constituição.

A inexistência de garantia para a supremacia da Constituição positivada no seu texto é que possibilitou a Mussolini avançar dentro da institucionalidade por três anos, até editar uma lei ordinária por cima da Constituição. Como relata Marcel Mangini Laurindo:

“Formalmente, tudo ocorreu dentro dos marcos da legalidade: Mussolini havia sido regularmente eleito e poderia ser investido na função pelo monarca. Com o Estatuto Albertino sob os braços, o futuro Duce formou uma coalizão com os mais variados matizes. Ele contou, inclusive, com o apoio de liberais (DE FELICE, 2018, p. 22). Sem nenhuma discussão, o Congresso italiano aprovou, em 1925, a lei 2263, que conferiu a Mussolini o poder de obstruir qualquer iniciativa de lei proposta por qualquer parlamentar. No Senado, uma única voz se levantou contra o projeto – a de Gaetano Mosca (SCHWARZENBERG, 1977, p. 45).” (11)

8.2. A Alemanha de Hitler

A Constituição da Alemanha que estava em vigor em 1933, quando o partido nacional socialista com outros partidos elegeu Hitler Chanceler era a CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR, de 1919 – afirmava a sua supremacia genericamente no seu artigo 5º, que dispunha:

“Artigo 5 - A autoridade do Estado é exercida nos assuntos imperiais pelos órgãos do império com base na constituição imperial, nos assuntos do estado pelos órgãos dos estados com base nas constituições estaduais.”

O presidente do Reich prestava juramento de defender a Constituição e cumprir os seus deveres, que eram nela estabelecidos. Dispõe o seu artigo 42:

“Artigo 42 - (1) O Presidente do Reich prestará o seguinte juramento perante o Reichstag ao assumir seu cargo:

Juro que dedicarei minhas energias ao bem-estar do povo alemão, aumentarei seu bem-estar, protegê-lo de danos, defender a constituição e as leis do Reich, cumprir meus deveres com consciência e fazer justiça a todos.”

A Constituição não declarava explicitamente a sua supremacia sobre o poder legislativo – Reichstag – ou das leis que ele editava. Ela se limitava a regular as competências do processo legislativo, deixando ao legislador a regulação dos procedimentos. O Reichstag podia promover o *impeachment* do Presidente do Reich (art. 59) e ser dissolvido por ele (artigo 25), com a obrigação de convocar novas eleições em 30 dias.

O texto da Constituição de Weimar trazia um caso especial de controle de constitucionalidade, ao regular os conflitos surgidos no processo legislativo entre o parlamento e os demais órgãos que tinham participação ou intervenção no processo legislativo. A solução destes conflitos constitucionais entre instituições do Estado era encaminhada para o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO REICH alemão.

Não era um controle abstrato de constitucionalidade, como é o caso de eventuais conflitos das leis ordinárias editadas pelo Parlamento, ou atos normativos (como os decretos), com a normatividade constitucional. Estes conflitos não eram sequer previstos. Daí porque inexistia controle abstrato de constitucionalidade, que seria a **garantia efetiva da supremacia da constituição** sobre as atividades dos legisladores. Nem era cogitado um órgão para exercer esta função garantista. A edição de emendas à constituição pelos legisladores era prevista e regulada, observando-se a exigência de quórum qualificado para instalação da Assembleia e maioria qualificada para aprovação.

A exigência de quórum de instalação e maioria qualificada para a aprovação de emendas era uma forma de defesa da constituição, na medida em que dificultava a sua modificação. Este mecanismo concorre para a sua rigidez, mas é insuficiente para garantia da supremacia da Constituição sobre os *poderes constituídos*. A inovação principal foi a instituição de um órgão judicial externo aos três poderes, com a missão superior de **garantia da supremacia da constituição**. Ela apareceu pela primeira vez na Constituição da Áustria de 1920, concebida por Kelsen, que foi também o seu redator. E, como vimos, ressurgiu no segundo pós-guerra na Itália e na Alemanha, expandindo-se primeiro no continente Europeu e a seguir nos países periféricos.

9. O Tribunal Constitucional é uma garantia jurisdicional das garantias postas na Constituição, como a inviolabilidade dos direitos fundamentais e a igualdade perante a lei

O Tribunal Constitucional em face de sua missão de garantia da supremacia da Constituição é considerado o seu guardião. Mas nesta medida ele é simultaneamente uma garantia da soberania popular que se manifesta primordialmente no processo constituinte. O nosso Supremo Tribunal Federal, ao assumir as competências de Tribunal Constitucional, perdeu a competência para a unificação da jurisprudência relativa ao ordenamento ordinário e a competência para garantir a inviolabilidade dos direitos objetivos instituídos pelo legislador ordinário. Esta competência passou para o Superior Tribunal de Justiça, que julga os recursos especiais oriundos de todos os tribunais estaduais, além dos oriundos dos Tribunais Regionais da Justiça Federal.

O artigo 102 da CF dispõe que “**Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a guarda da Constituição,**” acrescentando várias outras elencadas no mesmo artigo, especialmente de privilégio de foro. O STF recebe recursos dos Tribunais inferiores que contêm questões constitucionais, exercendo assim o controle das decisões judiciais, no denominado controle concreto. Controla, portanto, a constitucionalidade dos atos dos três poderes,

Interessante destacar, por último, que a *garantia da igualdade na aplicação da lei* e a *garantia da inviolabilidade dos direitos objetivados na legislação ordinária*, são asseguradas pelo Superior Tribunal de Justiça, que julga os recursos na hipótese de violação do direito objetivo e de desigualdade na aplicação da lei, uniformizando a jurisprudência.

A gênese histórica dos denominados *Tribunais de cassação* revela nitidamente que os Tribunais posicionados acima do segundo grau cumprem as funções de assegurar a igualdade na aplicação da lei e a inviolabilidade dos direitos individuais, recebendo recursos por violação do direito objetivo. Com o advento da Revolução Francesa, a origem divina do poder régio, invocada pelo Estado Monárquico foi

renegada. Foram separados os poderes e a lei, posta pelo Parlamento, passou a ser a fonte única do direito. No início, prevalecia a crença de que a lei – entendida como expressão da *vontade geral* – seria obra perfeita, sem lacunas ou contradições, e o seu texto não se prestaria a leituras divergentes. Nestas condições, o juiz cumpriria uma tarefa simples; não seria mais do que “a boca que pronuncia a vontade da lei” – um simples funcionário, portanto.

A evolução da vida social mostrou em seguida que a obra do *legislador real* – resultando do embate político dos grupos sociais representados no parlamento e padecendo das limitações humanas – não tinha os atributos anunciados, cabendo ao julgador, ao aplicá-la no caso concreto, uma tarefa de interpretação que implicava, na prática, em “reconstruir” a vontade posta no conjunto dos textos produzidos pelo parlamento, que eram capazes de incidir no caso concreto. Hoje se sabe e reconhece que o juiz é um *sujeito* atuante, que interpreta a lei a partir das suas concepções de mundo e dos valores que assume. Nas múltiplas escolhas que o juiz faz, influem decisivamente o seu próprio sistema de valores, as suas convicções sobre o mundo e a sociedade, ainda que ele não tenha consciência disso no ato de julgar.

Era tão grande a segurança de que não haveria decisões divergentes na aplicação da lei, que foi estabelecido o retorno ao Parlamento para fixar o sentido da norma, quando se manifestassem mais de duas decisões divergentes nos tribunais, em grau de recurso. Quando transbordaram as discrepâncias, teve de ser criado um tribunal superior para unificar a jurisprudência. O denominado Tribunal de Cassação seria a *garantia da igualdade na aplicação da lei*, assim como a *garantia da inviolabilidade dos direitos objetivos e garantias positivadas no ordenamento*. A *garantia jurisdicional* das garantias positivadas no direito escrito.

10. Conclusão

Podemos concluir que as Emendas dos precatórios violaram direitos fundamentais de um grupo social recortado da comunidade social. Esses direitos fundamentais violados são assegurados pelas duas garantias fundamentais. A garantia da inviolabilidade dos direitos e a garantia da igualdade perante a lei – nas suas dimensões, de igualdade na edição da lei e igualdade na aplicação da lei.

Estas garantias são reconhecidas como *garantias primárias*, relevantes porque, sendo inscritas na Constituição, estão fora do alcance do legislador ordinário. Mas elas são insuficientes para realizar a sua função protetiva, porque não incidem automaticamente. As normas, todas as normas, não incidem sozinhas, elas têm de ser aplicadas por pessoas. Para sua aplicação necessitam de garantias jurisdicionais, instituídas para serem acionadas pelos titulares dos direitos e/ou garantias primárias. A iniciativa do cidadão busca tutela jurisdicional. Como mostramos antes, o Tribunal Constitucional é a *garantia secundária* oferecida aos titulares de direitos e garantias violados.

FERRAIOLI mais uma vez distingue claramente o estatuto das garantias primárias e das garantias secundárias. Ambas as garantias não se pressupõem existentes, elas necessitam ser positivadas no ordenamento. Vimos que as garantias primárias foram enunciadas no artigo 5º, caput. E é visível a carência de garantias secundárias para fazê-las valer. O jurista italiano dá como exemplo as garantias penais. Na ausência do direito penal, nenhum dos direitos tutelados por ele, a começar pelo direito à vida, teriam garantias primárias. Faltando a norma que proíbe a privação de liberdade, sem mandado motivado da autoridade judicial, não existiria garantia primária da liberdade pessoal. De forma ainda mais evidente, na falta de normas instituindo a jurisdição, não existiriam garantias secundárias para nenhum direito. E as lesões sofridas restariam irreparáveis. Obviamente, só por tal falta, seria absurdo negar a existência dos direitos, ao invés de, mais corretamente, admitir a inexistência de garantias secundárias, em face da ausência de normas que a predisponham.

“Em suma, os direitos existem se e somente se estão normativamente estabelecidos, assim como as garantias constituídas por obrigações e proibições correspondentes, existem se e somente se também elas se encontram normativamente estabelecidas. E isto vale tanto para os direitos de liberdade (negativos), como para os direitos sociais (positivos)”. (13)

Fica evidenciada a relevância da instituição do Tribunal Constitucional, mas convém lembrar que a garantia jurisdicional instituída pelo direito não é intransponível. Pode ser silenciada e mesmo extinta pelas armas em poder das milícias e/ou pelos tanques e canhões apontados para as instituições democráticas. Daí a necessidade de mobilização, em épocas como a que vivemos, da **sociedade organizada** - a garantia derradeira, situada na terceira linha de trincheiras de defesa da democracia.

A **sociedade organizada** parece originária de uma metamorfose do povo, existente desde tempos imemoriais no estado de natureza, como dizem os contratualistas. Hobbes e Kant imaginaram assembleias gerais constituintes nessa época. O primeiro concebe uma assembleia que institui o Estado Absoluto, para garantia do direito à vida e a segurança pessoal. E o segundo uma assembleia constituinte que institui um Estado de Direito liberal, para garantir uma esfera de liberdade para os indivíduos, assegurando a não interferência do Estado e coexistência das liberdades individuais.

As assembleias constituintes do segundo pós-guerra instituíram o Estado Constitucional de Direito, que ultrapassa o projeto kantiano, assegurando, além da liberdade negativa, também a liberdade positiva, propiciando aos cidadãos a intervenção na determinação das suas condições de vida. A liberdade positiva conta com a mediação das organizações intermediárias existentes na sociedade, tais como partidos políticos, sindicatos movimentos sociais e comunidades organizadas.

As suas formas de organização, hoje, certamente devem considerar tanto os meios de dominação que os poderes fácticos do capital detêm, para submeter a ordem as

suas necessidades, como levar em conta os novos meios tecnológicos disponíveis, para a resistência e a luta pela efetividade dos direitos fundamentais contidos no sentido da democracia, na sua forma republicana e plebeia.

NOTAS

(1) HESSE, Konrad, *Significado dos Direitos Fundamentais*. In: Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 33.

(2) GENRO, Tarso. *Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito*. In: Tratado de Direito Constitucional 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. P. 143.

(3) FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

(4) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. P. 9.

(5) SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. *O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de Jurisprudência*. In: Revista Direito do Estado, Tomo 1. Editora Max Limonad.

(6) FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La Ley del más Débil”. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 20.

(7) Idem, p. 19.

(8) FERRAJOLI, Luigi. *Os fundamentos dos direitos fundamentais: Debate com L. Bacelli, M. Bovero, R. Guastini e outros*. Madrid: Editora Trotta, 2001. P. 342.

(9) FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 32.

(10) KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 151; GADAMER, Hans-Georg. *A ideia do bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115.

(11) LAURINDO, Marcel Mangili. *O Império da Lei: o Estado de direito entre o liberalismo e o fascismo*. 231 p. Tese (doutorado) - UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/229778/PDPC1571-T.pdf>

(12) CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

(12) Op. Cit.

(13) FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La Ley del más Débil”. P. 63

¹A sociedade civil pela democracia

Por Fernando Luiz Abrucio

*É preciso dar um apoio social às instituições
de Justiça e aos políticos que querem proteger
a democracia dos ataques bolsonaristas*

Todo o poder emana do povo, diz a Constituição brasileira logo em seu início. Mas nem sempre os cidadãos, tomados de forma fragmentada, são capazes de resistir a ações autoritárias de líderes políticos e forças militares. A oposição e outros políticos eleitos podem tentar resguardar o regime democrático, porém parte deles pode aderir ao golpismo e inviabilizar a resistência política. Há ainda as instituições de controle como instrumentos para limitar o poder dos governantes. Só que por vezes elas sucumbem diante do populismo autoritário. Ao final, quando o próprio presidente jura de morte a democracia, o último bastião da liberdade é a sociedade civil organizada.

A democracia brasileira chegou ao seu limite quando o presidente Bolsonaro chamou embaixadores de outros países para deslegitimar o processo eleitoral, dizendo, no fundo, que como candidato à reeleição ele não necessariamente obedecerá às regras do jogo. Assim, ele avisou ao mundo que o voto poderá não ser a forma de definir o próximo governante do país. O sinal do golpe final contra o regime democrático foi dado.

O recado foi entendido pelos países democráticos presentes na fatídica reunião, que disseram duas coisas importantíssimas. Primeira, se o Brasil caminhar para algum tipo de autoritarismo, haverá rechaço internacional em todos os campos (militar, político, econômico etc.), de modo que passaremos de isolados a boicotados. Mas a segunda observação é tão importante quanto a inicial: cabe aos brasileiros definir o seu caminho e defender a sua democracia.

Até o momento, o ataque contínuo de Bolsonaro à democracia tem sido barrado basicamente pelo STF e pelo TSE. Não por acaso seus ministros têm sido constantemente xingados e ameaçados pelo bolsonarismo. O presidente busca emparedar as cortes superiores do Judiciário para evitar que elas tomem as decisões que deveriam tomar, inclusive impugnar candidaturas que atacam a democracia. Em poucas palavras, o controle institucional vindo da última instância da Justiça, central em

¹Texto originalmente publicado no Jornal Valor Econômico em julho de 2022.

qualquer país democrático, está sob fogo cruzado e talvez não tenha como resistir sozinha ao ataque populista do bolsonarismo.

O Congresso Nacional poderia ser o guardião contra um golpe bolsonarista, mas sua atuação recente revela tibieza e dificuldade de abandonar as benesses do poder. O presidente do Senado responde com um discurso bacharelesco, tentando se equilibrar em meio ao precipício. Já Arthur Lira virou sócio do projeto de golpe autoritário. Aquela ideia de que o Centrão era uma força moderadora da política brasileira foi agora sepultada. E, infelizmente, mesmo com a reação de políticos e opositoristas que têm a coragem que o momento exige, a maioria dos parlamentares foi sequestrada pelo orçamento secreto, com o qual fizeram um pacto como o de Mefistófeles de Goethe: deram sua alma democrática em troca de bilhões de reais.

Haveria, ainda, a possibilidade de uma reação dos governos subnacionais, especialmente os estados, que foram fundamentais para evitar milhares de mortes durante a pandemia de covid-19, em contraste com a gigantesca omissão do governo Bolsonaro. Mas a federação também está sendo estilhaçada pelo bolsonarismo nos últimos meses, com a prestimosa ajuda dos presidentes da Câmara e, estranhamente, do Senado, porque Rodrigo Pacheco deveria, constitucionalmente, atuar pelo equilíbrio federativo. Os projetos relativos ao ICMS mostraram como a União, aliçada na aliança entre bolsonaristas, Centrão e endinheirados com o orçamento secreto, pode atuar para fraturar o pacto federativo.

A esperança maior, hoje, está na reconstrução do conceito de sociedade civil organizada. Quando o Brasil viveu por duas décadas numa ditadura civil-militar, eram grupos organizados da sociedade que mobilizavam seus pares e outras lideranças para defender a liberdade e atacar o regime autoritário. Era um tempo em que OAB, CNBB, SBPC, entre outras, evitaram a morte de cidadãos, denunciaram internacionalmente a tortura ocorrida nos porões brasileiros e engajaram, paulatinamente, milhões de cidadãos para lutar pela democracia. Relembrando a fala final de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988, foram os resistentes da sociedade civil organizada - e todos nós, democratas - que vencerem ao final, e não os facínoras que mataram Rubens Paiva.

Com a redemocratização, a defesa dos direitos básicos se institucionalizou nas ações de partidos, governantes e órgãos de Justiça. As eleições e as políticas públicas tornaram-se o palco do desenvolvimento da democracia e da cidadania. Além disso, os temas relevantes da sociedade ampliaram-se, e mais grupos e entidades sociais surgiram para defender uma multiplicidade de causas e direitos. Esse saudável crescimento de temáticas e da pluralidade de posições só foi possível porque a garantia da democracia tinha deixado de ser um problema.

Bolsonaro consolidou um processo de ataque à democracia que, na verdade, já havia começado em 2013. Nas jornadas de junho, manifestantes gritavam na ave-

nida Paulista uma das frases usadas pelos fascistas na Marcha sobre Roma: “Sem partidos! Sem partidos!”. A experiência daquelas enormes manifestações só levou à fragmentação e à polarização da sociedade, gerando um jogo de manada, de likes e haters, com pouco compromisso com as instituições democráticas. Começava assim um caminho que nos levou a um governo com um projeto nitidamente autoritário, e as organizações da sociedade civil não foram capazes de reagir ao enfraquecimento paulatino da democracia.

Chegou a hora de colocar novamente a sociedade civil no centro da política brasileira por quatro razões. A primeira é que só ela pode juntar lideranças de vários campos da vida social e com diversas visões de mundo na defesa da democracia. Não serão a lógica difusa das redes sociais nem a convocação de manifestantes de rua performáticos capazes de mobilizar de forma politizada, com consciência democrática, uma miríade de atores que podem dar um nome, uma história de vida, à defesa do regime democrático.

Além disso, uma segunda razão torna essencial a mobilização da sociedade civil: é preciso dar um apoio social às instituições de Justiça e aos políticos que querem proteger a democracia dos ataques bolsonaristas. Mas não é um apoio social qualquer: são pessoas importantíssimas para a história recente do país, com grandes serviços prestados à nação e à identidade nacional, ao contrário da irrelevância dos apoiadores bolsonaristas. Quanto mais gente qualificada e de diversos espectros ideológicos apoiarem a democracia, mais o bolsonarismo ficará isolado, fazendo com que seu projeto de golpe seja cada vez mais ilegítimo e dependente de extrema violência.

Uma terceira razão justifica apostar na ação da sociedade civil para defender a democracia: a necessidade de angariar apoio internacional. Foram as pressões de organizações internacionais e de outros países que ajudaram a derrubar grande parte das ditaduras do século XX. O caminho do isolamento e do boicote é bem provável se Bolsonaro construir o caos nas eleições, mas é preciso evitar essa possibilidade, construindo desde já alianças que permitam uma ação externa de apoio aos democratas brasileiros na luta contra o autoritarismo bolsonarista.

Retomar a centralidade da sociedade civil, por fim, é central para fortalecermos organizações que reúnam lideranças e grupos representativos em torno da democracia e, ademais, que recuperem a ideia de que podemos ter um futuro melhor, com projetos e debates qualificados. Num primeiro plano, está sendo muito destacada a Carta às Brasileiras e aos Brasileiros em defesa do Estado Democrático de Direito, que congregou assinaturas de figuras centrais do país, numa dimensão não alcançada desde o fim da ditadura. Ela será lida e apresentada publicamente no dia 11 de agosto, em São Paulo. Depois disso, o 7 de Setembro bolsonarista não será mais o mesmo.

Mas, antes desse grande marco mobilizador, ocorrerão duas iniciativas fundamentais na próxima segunda-feira, dia 1º de agosto. A primeira será um evento organizado pelo grupo Direitos Já/Fórum Pela Democracia, criado em 2019 e que junta os grupos sociais mais diversos, incluindo lideranças dos partidos que lutam contra o bolsonarismo. Intitulado IX Ato do Direitos Já! Fórum Pela Democracia - Em Defesa da Justiça Eleitoral e da Não Violência, o encontro será no Rio de Janeiro, no Clube de Engenharia.

No mesmo dia será lançado o documento Uma Agenda Inadiável, produzido pelo grupo Derrubando Muros, composto por um grupo apartidário cujo objetivo é recuperar o debate das políticas públicas necessárias ao país, de uma forma plural e contra a lógica polarizadora. A apresentação será feita pelo YouTube (youtu.be/Oo2_1PtCyP4). Obviamente que as ideias ali expostas não são perfeitas, mas permitem ter um diálogo plural lastreado em evidências e experiências de gestão, e não em mitologias, negacionismo científico e mero oportunismo clientelista.

O Brasil só poderá ser reconstruído do vendaval autoritário e desastroso do bolsonarismo se a sociedade civil for guardiã da democracia e parteira de um debate plural de ideias. Caso contrário, será difícil evitar o caos que Bolsonaro sonha para as eleições de 2022.

DO DIREITO E DA EXCEÇÃO DENTRO DO AJUSTE

Tarso Genro

Roscoe Pound¹, no seu clássico “Introdução à Filosofia do Direito”, diz que foi no pensamento jurídico do século XIX que o “direito, como **recurso para assegurar** a igualdade natural, se transformou **no direito como meio** para garantir os direitos naturais” e a ordem jurídica, em consequência, passou a “existir para proteger e dar efetividade a estes direitos”.

A garantia do funcionamento desta ordem tornou-se mais complexa no século XX, a partir do momento que novos atores sociais e sujeitos de direitos começaram a esculpir nas respectivas Constituições as marcas da sua presença na produção, na política, na cultura e na vida democrática das suas nações. Este é o movimento que vai da Declaração de Independência Americana (1776), Declaração dos Direitos do Homem e da Cidadania (1789) à Constituição Social da República de Weimar (1919).

Em 2010, na revista “El Cronista del Estado Social e Democrático de Derecho”² foi publicado um artigo do acadêmico Tony Ward, sob o título “Es en algum caso admissible la tortura”, que bem poderia ser titulado, “Uma micro ‘exceção’, dentro da democracia, pode ser legitimada pelo Estado de Direito?” Uma pergunta desta natureza tem um longo percurso, mas o seu lento questionamento na vida prática das nações, não deixou incólume sequer as ordens jurídicas do século XX, em países de capitalismo mais desenvolvido, como os EEUU, desde que se considere que o “apartheid” racial possa ser considerado uma tortura moral continuada.

Os seres humanos considerados como coisas ou animais permanecem por longo tempo no direito moderno. Os avanços, neste tema crucial, bem que poderiam ser examinados a partir do seguinte percurso: de uma sociedade em que a violência privada é admitida pelo Estado contra certos grupos humanos, como **necessária** para o seu funcionamento estável, como elemento integrante da ordem (escravidão no capitalismo americano), para uma sociedade em que Estado detém o monopólio da violência e só ele pode “excepcionar” o tratamento do outro -retirando-o da ordem- para defender-se de

¹ POUND, Roscoe. “Introducción a La Filosofía Del Derecho”. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1972, pp. 57/58.

² Ed. Portal Derecho SA - janeiro de 2010, p. 4 e segts.

uma ameaça aos seus valores ou a sua segurança (torturas oficializada como “exceção” depois do terrorismo das” Torres Gêmeas).

O debate estimulado pelo professor Ward, a partir de uma “ética dos casos excepcionais” (uma ética de “exceção”, portanto), é proposto a partir de um fato ocorrido em 2002, na Alemanha. O filho, ainda criança, de um alto executivo bancário, foi sequestrado por um estudante de direito psicopata, que pretendia um resgate em dinheiro. Magnus Gaefgen, o criminoso, foi submetido a interrogatório e não revelou o paradeiro da vítima. Temendo que a criança perdesse a vida, o oficial de polícia Wolfgang Dachner, encarregado da investigação, outorgou por escrito aos seus subordinados a permissão para que “infligissem dor, sempre sob supervisão médica”, ao sequestrador. O procedimento foi executado com a vinda de um especialista em tais práticas, de Frankfurt. O objetivo da “coisificação” do criminoso, retirando-o da proteção da ordem jurídica formal, seria obter uma informação que permitisse ao Estado retirar a vítima do seu cativeiro e, provavelmente, salvar-lhe a vida.

Com a tortura, Magnus Gaefgen admitiu que a criança estava morta e revelou onde se encontrava o cadáver. O agente de polícia, representando o Estado, assumira a volta ao “estado da natureza”, escudado numa particular interpretação da “legítima defesa de terceiro”, ou do “estado de necessidade” (ou da “inexigibilidade de outra conduta, tese supra legal que vem, aliás, do direito alemão) e assumiu o “risco” de tortura, que se mostrou inútil. Goefgen foi condenado à cadeia perpétua por sequestro e assassinato e Dashner foi condenado por coerção, face às instruções que deu aos seus subordinados, para cometerem um delito. O Tribunal rejeitou a legítima defesa de terceiro (Nothilfe) e a “emergência justificada” (Rechtfertgender Notstand).

Carl Schmitt (1888-1985)^{3*} e Robert Alexy (1945)^{4**}, dois juristas alemães, separados por duas guerras mundiais e por posições jusfilosóficas diferentes, mas não diametralmente opostas, podem ser paradigmáticos para um debate, hoje, sobre os rumos da democracia e o seu convívio com a “exceção”. Igualmente sobre o desfecho que terá o Estado de Direito, na época que se encerra o ciclo das constituições sociais, que começaram com Weimar (1919) e se inicia um novo período do Estado de Direito Democrático, no qual a força normativa das Constituições (Konrad Hesse) enfrenta a **força normativa do**

³ Uma boa análise das ideias do jurista Carl Schmitt podem ser buscadas em “Carl Schmitt e a fundamentação do Direito”, com textos de Schmitt, de autoria de Ronaldo Porto Macedo Jr. (Max Limonad, 1988).

⁴ As concepções de Alexy podem ser buscadas em seus livros: “El concepto y La validez Del derecho”. 2ª Ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004; “Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica”. 2ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2005; “Teoria de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

capital financeiro, que tende a sobrepor-se às constituições mais próximas às vertentes do Iluminismo europeu.

Em relação ao Brasil esta situação tem tipicidade, pois como diz Lenio Streck⁵, “no texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um ‘silêncio eloquente’ acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de ‘norma diretiva fundamental’. Numa palavra: sob o manto de uma ‘baixa constitucionalidade’, olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele”.

Sergio Paulo Rouanet⁶, pensador brasileiro da filosofia política e da democracia, insuspeito de ser um “radical”, escreveu que “uma atitude reverente com a letra do patrimônio iluminista é a melhor maneira de trair o seu espírito”. Ninguém foi mais irreverente com este patrimônio no Século XX, -no campo da Teoria do Direito- do que o filósofo da “exceção”, Carl Schmitt. A sua irreverência, todavia, não cortejou o alargamento das liberdades e dos pressupostos de igualdade, originários das “luzes”, mas submeteu seus predicados a uma crítica virulenta.

A poderosa inteligência de Schmitt voltou-se para destruir os fundamentos jurídicos do iluminismo democrático, que tinham se projetado de algum modo nas grandes mudanças que começaram com a Revolução Francesa. Robert Alexy, por outro lado, que seria um “pós-positivista” -politicamente antípoda de Schmitt, deu pretensões de “cientificidade” crítica ao “cientificismo” positivista democrático, que tem na Teoria do Direito de Kelsen e Renner, seus representantes politicamente mais significativos.

Para Alexy, como os direitos fundamentais devem ser considerados “princípios” que na vida prática dos Tribunais podem “colidir”, é necessário praticar uma **ponderação**, para verificar qual o princípio (que ele identifica como “direito fundamental”), aplicável à situação concreta que os tribunais enfrentam. Para percorrer esta trajetória Alexy despreendeu-se, parcialmente, do positivismo, tanto clássico como lógico, passando a considerar os princípios como normas, que devem ser relativamente cumpridas, mas **que sendo um “dever ser ideal”, apenas dizem como se deve pensar, para evitar “contradições”**.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002, p. 126.

⁶ ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 195.

A filosofia de Schmitt acabou por justificar Hitler e os fascismos, que lhe antecederam e sucederam. A filosofia-metodologia de Alexy, ainda paira enigmática sobre o futuro do Estado de Direito em crise, pois a escolha **entre um princípio e outro** -em caso de “colisão”- permanecerá sempre uma decisão política e uma escolha soberana. Num conflito grave, entre buscar a aplicação de uma regra, como caminho mais difícil, que defenda a ordem democrática como totalidade, ou optar pela exceção, que resolva uma situação comprometendo a ordem democrática, como caminho mais fácil e rápido, temos uma “decisão” -Schmitt de novo- que não é despida de valores, cuja solução mais justa não virá por uma operação meramente lógica.

Criticar em profundidade a “exceção”, na ordem global do capital financeiro em curso, é imprescindível para resistir a uma saída conservadora da crise do Estado e da representação, irreverência democrática que ainda não cometemos. O ponto de partida metodológico para esta crítica exige que se considere que “o direito não é - simplesmente - o ‘resultado final’ da luta de classes, mas sua forma normativa ‘atual’” (...), pois “existe uma forte tendência dos marxistas a ver as normas como o resultado da contenda: o que ganha impõe a norma, sua norma. Como se no mundo moderno alguém ganhasse sem condições, ou como se não fosse necessário lutar para conservar o poder”⁷.

Sirvo-me do que escreveu um defensor do capitalismo “civilizado”, Thomas Piketty, numa carta à Angela Merkel: “A austeridade ‘que nunca acaba’ e que a Europa está forçando ‘goela abaixo’ ao povo grego simplesmente não está funcionando. Agora a Grécia disse ‘não mais’. (...) O impacto humanitário foi colossal – 40% das crianças agora vivem na pobreza, a mortalidade infantil sobe aceleradamente e o desemprego dos jovens chega perto de 50%. Corrupção, evasão de impostos e uma terrível contabilidade do governo grego anterior ajudaram a criar o problema da dívida. Os gregos cumpriram com muito do pedido de austeridade da chanceler alemã Angela Merkel – cortaram salários, cortaram os gastos do governo, reduziram as pensões, privatizaram e desregulamentaram e aumentaram os impostos. (...) O remédio prescrito pelo Ministério das Finanças alemão e Bruxelas sangrou o paciente, não curou a doença”.⁸

O direito que não é contrastado com a situação histórica real, sobre a qual as suas normas tem vigência, é como uma moldura vazia, num quadro cujo interior é um mero esboço da volta ao “estado da natureza”, no qual a força

⁷ CORREAS, Óscar. “Kelsen y los Marxistas”. México: Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994, p. 47.

⁸ “A austeridade falhou: uma carta aberta de Thomas Piketty à Angela Merkel”. In: revista digital Carta Maior – 09/07/2015.

das “inimizades” em disputa -para utilizar uma categoria tão cara a Schmitt- resolve os impasses pela violência e assim o vencedor promove a sua própria força à condição de norma jurídica.

O conceito básico de Schmitt, do qual ele parte para justificar a supremacia do Estado sobre a lei, é que no conceito de “normalidade” está implícita a própria ideia de “exceção”. Face a isso, a decisão da “exceção” -a ser tomada pelo soberano em defesa da permanência do Estado- é que dá significado e funcionalidade à ordem jurídica, pois “regra” e “exceção” convertem-se, permanentemente, uma na outra, tornando o direito -em momentos de crise- uma soma de decisões autoritária do vencedor.

É verdade que a “exceção”, furtiva ou abertamente, percorre qualquer ordem jurídica, já que as leis não podem prever tudo, para regularem a ação administrativa e política dos agentes públicos, mas o pensamento de Schmitt dá tal primazia às decisões fora de qualquer previsão constitucional, que **o próprio sentido do jurídico e da legitimidade da ordem, ficam amparados apenas pela força.**

No período atual, todavia, como salienta um honesto jornalista nada de esquerda (Paul Mason), isso só poderia ser realizado plenamente por uma volta ao nacionalismo “no estilo anos 30” (...) “para se opor a uma espécie de feudalismo tecnológico (dos países capitalistas dominantes) que multiplica as desigualdades”⁹. Nesta hipótese, o Estado Nacional, de costas para o mundo, sufocaria o direito e afirmaria a ditadura, seja qual for o regime econômico ou o sistema político escolhido.

Os valores cristalizados no texto constitucional -os seus fundamentos e princípios- que foram inspirados pelo poder constituinte do povo, assim -deixariam de ter qualquer importância. A escolha “na colisão” - hipótese levantada por Alexy- já estaria resolvida pela visão “decisionista” de Schmitt, definida por aquilo que enseja a “exceção”: o domínio da força sobre as normas. Isso permitiu a Schmitt defender, de forma expressa, que “o Führer” protege o direito. Nele, falta Kant (valores), Kelsen (sentido de hierarquia das normas) e Bloch (humanismo democrático).

Para a “exceção” cortejada por Schmitt, a inviolabilidade dos direitos, de uma parte, e o princípio da igualdade formal, de outra (fundamentos do Estado Democrático de Direito), não tem nenhuma importância para dar legitimidade à ordem jurídica: **a necessidade da exceção, para Schmitt, é o que**

⁹ FARIZA, Ignacio. “Capitalismo: luces y (muchas) sombras”. In: *El País digital*, 29/02/2016.

justifica a normalidade legítima, e esta só pode existir como coexistência, que autorize tomar decisões fora da lei. Para Alexy, quando esta contradição se apresenta, involuntariamente, o **que se decide é qual o princípio a ser aplicado, que aponte para um “dever ser ideal”**. E esta é uma escolha que é não meramente lógica, mas ideológica e cultural, com objetivo consciente de preservar as garantias da normalidade.

O chamamento do apelo à “exceção” aumenta com a gravidade das crises e com a asfixia do estreito caminho (“sem saída?”), a que nos levou o capitalismo financeiro, turbinado pelas novas tecnologias e pelo consumo predatório. A “exceção”, no contexto de crise, começa como uma pequena célula, torna-se semente e se transforma numa erva daninha que ataca todo o tecido democrático. Ela pode viabilizar políticas de Estado, então, que ofendem os direitos fundamentais em bloco (não permitindo ao julgador alternativas de escolha, entre um princípio e outro), com medidas que não poderiam ser implementadas num ambiente de normalidade, no qual a “exceção” tem um significado residual.

A obsolescência programada e a criação de necessidades artificiais, para as classes médias altas, são “programas” (decisões) econômicos naturalmente de “exceção”, se forem contrastadas com os critérios de normalidade econômica do capitalismo industrial e a elas deve corresponder um certo funcionamento da sua ordem jurídica. Gradativamente, porém, estas políticas vão compondo um cenário de nova “normalidade” jurídica, pela exceção, coerente com o que os economistas liberais apontam como o novo “padrão de acumulação”.

A “exceção”, tornada política de Estado, vai assim se legitimando independentemente de uma maior consciência ou convencimento dos seus operadores burocráticos. Ela passa a ser o “direito natural” defensivo do capitalismo financeiro numa determinada época, para o Estado que está sendo chamado a esgotar, pelas reformas, as suas funções públicas originárias.

A profundidade maior ou menor da crise **aproxima mais, ou menos, a exceção da normalidade**, no sentido de estimular **mais, ou menos**, que as decisões dos agentes públicos sejam, ou não, “naturalizadas”, sem mudar o direito positivo. Seus operadores políticos do direito são obrigados (ou tentados) a tomar medidas paralelas à Constituição escrita, fora da lei, optando pelas conveniências da economia e não pela escolha entres princípios. Não buscam um sentido para a totalidade da ordem jurídica, mas produzir o que é **necessário** para o seu funcionamento.

A concentração de renda e a desigualdade, amparadas por uma dupla força, **a força da burocracia superior do Estado** (que acolhe e processa a “exceção”

inclusive para reforçar o seu poder corporativo) e a força da **mídia partidari-
zada** (bancada pelas forças econômicas que promovem o ajuste), embora não
formem um bloco homogêneo, compõem um pacto de hegemonia.

Não é novidade para ninguém, que o planeta não dispõe de recursos que
permitam que países como Brasil, a Índia, o Paquistão, a África do Sul e a
China, tenham o “modo de vida” e o nível de consumo dos Estados Uni-
dos, do Canadá, da Europa Ocidental e da Inglaterra. Apenas um exemplo,
também lembrado por Baumann¹⁰: a Tanzânia -um dos países mais pobres
do mundo- gera, anualmente, 2,2 bilhões de dólares, para 25 milhões de ha-
bitantes; a Goldman Sachs, uma empresa financeira, gera uma renda de 2.6
bilhões de dólares, para 161 acionistas.

No relatório do “Estado da União Europeia”, publicado pela Fundação
Ebert e pela Fundação Alternativas (2013, 219 pgs.) fica transparente a for-
ma que o ajuste europeu escolheu para vencer a crise: “os bancos só utilizam
(os recursos dos fundos europeus) para sanear os seus balanços e não para dar
liquidez creditícia às empresas”. Esta informação tem um grande significado,
pois ela sintetiza os reflexos dos ajustes nos países estrangulados pela dívida
pública: **o ajuste é fim em si mesmo**, que ordinariamente precisa da “ex-
ceção” para viabilizar-se e para que o Estado se torne menos público. As
reformas não visam repor o equilíbrio alcançado pelo Estado Social, já que
-na melhor das hipóteses- ensinam a retomada do crescimento com menos
empregos e mais concentração de renda. Surgem os descartáveis, os intermi-
tentes, os precários, os “meia jornada” e a ordem jurídica deve ser excepcio-
nada para dar suporte a este novo padrão de acumulação.

Este processo perverso não é uma questão europeia ou latino-americana,
pois isso foi exatamente o que ocorreu nos Estados Unidos, depois da crise
do “subprime”. Após a “estatização” (de “exceção”), para socorro inclusive de
empresas automobilísticas e após o repasse de bilhões de dólares (como “exce-
ção”) - para reerguer o sistema bancário que tinha enganado os poupadores,
o fisco e o governo- o Estado americano, através de uma brutal ampliação do
seu “déficit” público, tornou novamente “saudáveis” os bancos, prestigiou
as agências de risco e repassou a conta para o mundo.

A democracia só sobrevive se ela se torna, como disse Pasolini -a respeito de
um poema da sua autoria- “uma fonte de luz que possa vir a ter um valor re-
troativo”. Penso que o espaço político-jurídico sofrerá o impacto dos ajustes,
implicando em formas novas de controle social e novas interpretações sobre o

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. “Medo Líquido”. Rio de Janeiro: Zahar – Jorge Zahar Editor, 2008, p. 98.

alcance dos direitos individuais, com aumento do autoritarismo de “exceção”, cujo resultado pode comprometer o Estado Social, como pacto que ainda mantém as classes sociais agrupadas em torno da Constituição.

Face a este contexto, sustento que a questão da relação do Estado de Direito com a “exceção”, hoje, deve ser tema fundamental da pauta política nos regimes democráticos. Em momentos de normalidade econômica e social, nos quais as instituições funcionam com um padrão de estabilidade razoável - com problemas e soluções previsíveis- a **política** é discutida com as pautas específicas do ritual democrático: **maioria e minoria, alcance das normas** positivas para a proteção dos direitos políticos dos indivíduos e dos partidos, pequenos **desequilíbrios no balanceamento dos poderes, influências do poder econômico**. Em momentos de crise grave, a “exceção” invade o terreno próprio da política e contamina todo o edifício democrático.

A situação que é atravessada, com formas específicas, por diversos países capitalistas com democracia política, não é igual à crise da República de Weimar, mas são situações análogas. Guardadas as características nacionais e a diferença de origem, na formação das classes ricas em cada país, estas situações de crise devem ser contrastadas com o sistema democrático, que cada um destes países construiu, recentemente, nos respectivos períodos de formação dos seus Estados “modernos”. Por exemplo, a Alemanha com a república de Weimar, o Brasil com a Revolução de 30 e a Constituição de 88, a Espanha na transição pós-franquista e com o Pacto de Moncloa.

Em todas as crises atuais, respondidas pelos respectivos ajustes, é possível apontar duas semelhanças significativas: a **destruição da esfera da política tradicional**, como esfera de comunicação confiável entre partes adversas; e o **surgimento de procedimentos e/ou decisões de “exceção”**, que vulneram direitos fundamentais, com tendência a se tornarem “regras”. Buscam, de uma parte, isolar na sociedade as facções que possam ser apontadas como representantes dos “responsáveis” pela crise e, de outra parte, passam a debilitar as antigas conquistas dos “de baixo”.

Neste contexto, “a exceção”, tornada eficaz de forma paralela à Constituição, começa a fragilizar a política e os direitos individuais e coletivos da cidadania são corroídos pela propaganda e pela manipulação midiática. A medida do “direito igual”, passa a ser substituída por uma outra medida: a medida do “direito mais conveniente”, para manter o Estado funcionando, sem comprometer os fundamentos materiais das desigualdades, que o constituíram.

Walter Benjamim, falando sobre a arquitetura e a cultura da cidade moder-

na, disse que “todas as coisas submetidas a um processo incontido de mistura e contaminação, perdem o que é a sua expressão essencial, de modo que o **ambíguo** ocupa (...) o lugar do **autêntico**”¹¹. A formulação de Benjamim pode servir para uma reflexão sobre a conversão do “direito em exceção”, e da “exceção em direito”, no âmbito da crise do Estado moderno, tal qual ele funciona hoje. Esta “contaminação” do direito democrático pela “exceção”, **ocorre porque a crise grave abre lacunas, cuja regulação não foi nem poderia ser prevista pelo direito da Constituição: lacunas que só podem ser preenchidas por “decisões políticas”, tomadas para preencher um espaço cuja regulação está fora das leis.**

Exemplo desta situação, não prevista de maneira formal e direta, é o conflito entre a “força normativa da constituição” e a “força normativa do capital financeiro”. Este necessita moldar o funcionamento do Estado para garantir, em primeiro lugar, **os direitos dos credores da dívida pública**, secundarizando a dívida do Estado com os **credores dos direitos sociais e fundamentais**. É um impasse não escolhido de antemão por ninguém, mas que se alimenta de silêncios tão eloquentes na ordem constitucional, que tem uma importância tão grande como certas regras constitucionais escritas.

Depreciar as regras jurídicas do Estado Democrático de Direito e a importância dos seus princípios, não foi um costume nem dos juristas reformistas democráticos da socialdemocracia, nem dos juristas marxistas revisionistas do leninismo que, baseados em releituras do próprio Marx, observaram com respeito as conquistas “dentro da ordem”, que hoje são levados à irrelevância pelo próprio positivismo lógico. Vejam a carta de Marx a Lincoln, marcando a importância da sua reeleição, mais de 15 anos depois do Manifesto Comunista: “Senhor, felicitamos o povo americano pela sua reeleição por uma larga maioria. Se a palavra de ordem reservada da sua primeira eleição foi resistência ao Poder dos Escravistas (Slave Power), o grito de guerra triunfante da sua reeleição é Morte à Escravatura”.¹²

O exemplo não é de difícil compreensão: entre violar o “direito de propriedade” (dos “proprietários” da dívida pública, por exemplo), para tentar superar a crise, ou violar o “direito a um salário justo” (dos “proprietários da força de trabalho”, por exemplo) para superá-la, o que será escolhido para ser vulnerabilizado pela “exceção” será a violação dos direitos dos “donos” da força de trabalho. Não porque os governantes optem, livremente, por esta solu-

¹¹ BENJAMIN, Walter. “Escritos Políticos”. Madrid: Abada Editores, 2012, p. 54.

¹² BELÉM, Euler de França. “Carta de Karl Marx para Abraham Lincoln”. In: Revista Bula digital, 15/05/2015.

ção “humanista”, mas porque a garantia do direito ao salário justo, como elo mais forte da democracia social, só pode ser preservado enquanto garante a funcionalidade de todo o sistema.

Não é gratuito que Marx, na carta, exulta com a **violação do direito de propriedade dos senhores de escravos sobre os escravos, como momento de celebração de um novo ciclo do capitalismo, com base no assalariamento**. Marx sabe que a Constituição vai prever direitos só formalmente iguais, mas, a **força material destes direitos, está criada fora da Constituição e anteriormente à Constituição**. O trabalho assalariado liberta o indivíduo das correntes que lhe atam como “coisa” à propriedade e lhe colocam na condição de sujeito de direitos perante o Estado.

Se a crise econômica e financeira desestrutura o edifício dos direitos e ela não pode ser superada sem que algo, neste edifício, seja sacrificado, de quem será o sacrifício já está resolvido fora da ordem jurídica formal, pelas relações reais de poder, que todas as constituições refletem. Não é difícil saber, por isso, contra quem a “exceção” vai se voltar, “naturalmente”, como **poder do novo “direito natural” da força do capital financeiro**.

O colonialismo francês, com a Guerra da Argélia, que perdurou até o fim dos anos 50, com a “exceção” não declarada -tanto na colônia como na metrópole- conviveu com a Constituição Democrática da IV República, e foi denunciada por intelectuais e artistas como Sartre, Truffaut, Marguerite Duras, Simone de Beauvoir, Simone Signoret e Henri Lefevre. No famoso “Manifesto dos 121 contra a Guerra da Argélia” os signatários “em nome da ‘moral’ e da ‘verdade’ alertaram a opinião pública nacional e internacional sobre as violências e as arbitrariedades cometidas pelas tropas francesas na Argélia”, em guerra colonial jamais declarada pelas autoridades francesas, num contexto de censura e de opacidade na metrópole¹³.

Na Alemanha, a partir de setembro de 1935, quando as chamadas Leis de Nuremberg revogaram os direitos de cidadania dos judeus e legalizaram o “antisemitismo biológico e racial dos nazistas”, todas as “exceções”, que já vinham sendo toleradas pelo Estado - mesmo antes da ascensão definitiva de Hitler ao poder- foram condensadas como “regras” com pretensão jurídica. Carl Schmitt, o teórico da “exceção”, as defendeu galhardamente.

Na verdade, cada um dos atos de “exceção”, tolerados pela maioria da sociedade antes da ditadura de Hitler - acolhidos por juristas como Schmitt

¹³ RODRIGUES, Helenice. “Os 121 contra a guerra da Argélia”. In: *Portal Ciência & Vida*, 15/05/2015.

- tinham sua singularidade justificada por argumentos de natureza política. E o foram, até serem ordenados num sistema de poder coerente, para fazer o Estado subsistir, como disse Ernest Bloch (no seu “Direito Natural e Dignidade Humana”), com o direito retrocedendo a um segundo plano: **“como o estado de exceção é sempre distinto da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico uma ordem, ainda que não uma ordem jurídica”**.¹⁴

No Brasil, já temos exemplos flagrantes abrindo o caminho à “exceção”: o Ministério Público pede a condenação do Prefeito Haddad (pasmem!) por ter feito ciclovias em São Paulo; o processo do Senador Aécio Neves é arquivado sem qualquer investigação séria, ao contrário dos inquéritos contra o ex-Presidente Lula, permanentes, manipulados e reiterados; o STF altera a regra do cumprimento das penas não transitadas em julgado, instituindo norma constitucional de “exceção”, paralela à norma escrita da Lei Maior; o juiz Moro consolida uma **jurisdição nacional**, fora de qualquer previsão e abrigo legal; as pessoas são mantidas presas, sem qualquer condenação, confessadamente para fazerem **delações premiadas** (reféns do Estado de Direito); vazamentos indiscriminados de informações, em inquéritos contra o Presidente Lula, já integram o ritual de parte do MP e parte da Polícia Federal; o Tribunal Superior Eleitoral avoca-se a possibilidade de interromper o mandato presidencial; a mídia oligopolizada transforma os processos e as investigações sobre corrupção -com ou sem provas- numa rotina de espetáculos degradantes, tanto para a Justiça como para os investigados.

A segurança jurídica foi pelo ralo e o combate à corrupção, que deveria ser universal, torna-se um particularismo da “exceção” dentro do ajuste, cuja castração de direitos, se não for feita agora, será feita após a liquidação política das “facções” de esquerda ou centristas, que apoiaram a esquerda.

A guerra do Golfo, a ocupação do Iraque, a legalização da tortura fora do seu território, o “Patriot Act”, fizeram dos EEUU um modelo de experimentalismo de “exceção” e, internamente, centenas de decisões já têm coragem de mostrar abertamente a sua face. A condição de classe (superior), que era favorecida pelo mercado da fama de grandes advogados da área criminal, passa a formar escola interpretativa na “exceção” granular: “Ethan Couch, de 19 anos, evitou entrar na prisão em 2013 depois de atropelar e matar quatro pessoas quando conduzia sob o efeito do álcool. Seus advogados alegaram, então, que padecia de “*affluenza*”, o que aparentemente **o impede de distinguir o bem do mal pela excessiva proteção de seus pais e pela riqueza que sempre desfrutou**”. (...)

¹⁴ BLOCH, Ernst. “Derecho Natural y Dignidad Humana”. Madrid: Biblioteca Juridica Aguillar, 1980, p. 154.

“Os intelectuais lançaram à fama a “*affluenza*” - riqueza- e *influenza* -gripe- para converter em doença a abundância de recursos. (...) “O matrimônio, divorciado em 2007, está por trás de uma firma milionária do Texas”.¹⁵

Se o que ocorre no Brasil fosse uma mera conspiração seria fácil de ser denunciado e combatido, mas tudo é mais difícil e dramático. É possível verificar que **distintos atores, de formações ideológicas e simpatias políticas divergentes -inclusive com enfoques diferenciados sobre o alcance do Estado de Direito- mudam de “lado”, conforme o tema, ora confortando a “exceção”, ora se rebelando contra ela.**

Trata-se, portanto, não de uma conspiração, mas de um modo já “misto”, **não autêntico**, de funcionamento do Estado de Direito, no que refere ao alcance da “exceção”, e de forma concreta de partidarização do funcionamento do Estado. Nele, a “exceção” vai, paulatinamente, se tornando regra, com o apoio ou a passividade da maior parte da sociedade, que recebe uma carga inédita diária, de informações processadas e controladas pela grande mídia, abrindo espaços, como bem colocou Boaventura Souza Santos, também para um fascismo não declarado, o fascismo “societal”.

O que poderá barrar este processo é um novo contrato social, derivado da renovação do pacto político democrático, ainda que temporalmente acordado, através de um novo processo constituinte. Fora disso, tudo indica que caminharemos para uma situação propícia a uma guerra civil, ainda que não declarada, mas certamente a caminho de um regime autoritário, cujos contornos ainda são imprevisíveis.

¹⁵ *Elpais digital*, 30/12/2015.

Breve currículo dos autores:

Rogério Viola Coelho é advogado trabalhista, com assessoria a diversas entidades de trabalhadores (Unafisco, ANDES, CPERS, ASSUFRGS, SIMPRERS, SINDIPERS, ABERGS). Autor na área do direito trabalhista e direito público, com diversos livros, capítulos e artigos publicados.

Fernando Abrucio é doutor em ciência política pela USP e professor da Fundação Getúlio Vargas.

Tarso Genro é advogado, membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Entre 2003 e 2007 foi Ministro da Secretaria Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, Ministro da Educação e Ministro da Justiça. Governador do Estado do Rio Grande do Sul (2010). Autor de livros e de artigos de Teoria do Direito, Teoria Política e Filosofia do Direito.

Sandra Bitencourt é jornalista, doutora em Comunicação e Informação e pesquisadora do Núcleo de Comunicação Pública e Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.



direitosfundamentais.org.br

EXPEDIENTE

Diretor Executivo Jorge Branco

Revisão Guilherme Gomes

Editoração Vinícius Kraskin

DEMOCRACIA E 
Direitos
Fundamentais

direitosfundamentais.org.br

