

É a Constituição, estúpido! Que não se use a CF contra ela mesma!

Abstract: *que não seja a história da Constituição brasileira uma história da não democracia dentro da democracia.*

"É a economia, estúpido", respondeu o marqueteiro de Bill Clinton, James Carville, quando afirmou, contra tudo e contra todos, que George Bush não era invencível. Aqui, a frase é "É a Constituição,



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Um bom conceito de Constituição é: "trata-se de um remédio contra

maiorias". Outro: "é o estatuto jurídico do político".

Foi a partir do segundo pós-guerra que reinventamos o conceito. A Constituição virou norma jurídica. Tem de ser cumprida.

As democracias contemporâneas são sólidas porque, fundamentalmente, fazem o filtro da política por meio do direito. Isto é, a política paga pedágio ao direito — às Constituições.

Ninguém na Europa (Espanha, Alemanha, Portugal, França, Inglaterra) pensa em propor golpes ou alterações constitucionais quando surgem crises políticas ou econômicas.

Mas aqui no Brasil não absorvemos essas conquistas. Por aqui é: quem paga pedágio para a política acaba sendo o direito.

Com efeito, os discursos de Bolsonaro atacando a democracia e o Supremo Tribunal utilizando como mote a Constituição mostra o nível de manipulação discursiva que atravessa o direito.



O mote do presidente: o STF ataca a liberdade. O vilão é o ministro Alexandre de Moraes, que capitaneia as investigações sobre os discursos de violência e ódio contra o STF. Liberdade? Qual? "Do povo", dirá o capitão. Qual? Qual povo?

Interessante é parte da comunidade jurídica defendendo, de forma ultra-liberal, (ess)a liberdade de expressão com a qual se ataca cotidianamente o STF. Assim, dão a impressão, direta ou indiretamente, que quem está errado é o STF. Alertei que esse discurso ultraliberal era — e é — suicida.

O resultado? Simples. É o presidente dizendo que não obedecerá ordens do STF. Brada aos quatro ventos que os "democratas" Bob Jeff e congêneres são "presos políticos". Tudo culpa do STF. Por todos, lembro do artigo que publiquei junto com Marcelo Cattoni e Diogo Bacha ([aqui](#)). Ali enfrentamos esse problema que deu agora no que deu. Liberdade, liberdade... para quem, mesmo? Para o quê? Para destruir a democracia? Acabar com a Constituição em seu próprio nome?

O que muita gente não entende é que a Constituição é um conceito que não está à disposição de qualquer textualismo raso. Menos ainda daqueles que servem para derrubar *os princípios que seguram o texto*. Essa é a questão. Não é proibido seguir o que está no texto... Nunca está... desde que o uso não nos leve a uma contradição. Os romanos já sabiam que *summum ius, summa injuria*! Isto é, a justificativa do textualismo é derrubada pelo textualismo cego levado às últimas consequências. É como querer legalizar a ilegalidade.

Quem captou a problemática do conceito de Constituição foi o professor Ricardo Campos, aqui mesmo na **ConJur**, quando escreveu em 2016 o texto intitulado "[A família Bolsonaro e a ordem de valor\(es\) da Constituição de 1988](#)".

Campos lembra Anton Schutz, quem, baseando-se em Pierre Legendre, diz que a história do Direito ocidental teria sido sempre uma história do Direito fora do Direito. E complementa: "Que não seja a história da Constituição brasileira uma história da não democracia dentro democracia".

É disso que se trata. Tenho registrado que garantismo não é textualismo (muita gente diz que as críticas ao STF são de índole garantista). Também tenho referido que a crítica ao STF e especialmente ao min. Alexandre é, desculpem a expressão, um "*epistemischer Schuss in den Fuß*" (inventei a frase em homenagem ao professor Ricardo Campos que está em Frankfurt, 'epistêmico tiro no pé'). Para ser mais simples: Garantismo não pode significar "alimentar o crocodilo a ponto d'ele devorar o seu alimentador".



Volto ao texto de Ricardo Campos. Ele diz que, enquanto o Tribunal Constitucional alemão foi duro e contundente para com manifestações e atitudes totalitárias (anti-democráticas *lato sensu*), "a resposta tomando em conta a dimensão histórico-institucional da experiência brasileira *deve ser por aqui ainda mais enfática que a dada pelos tribunais alemães*. É que, novamente tomado de um breve relato histórico, não podemos nos esquecer que, ao contrário da pouca participação dos setores da sociedade alemã na elaboração da Lei Fundamental de Bonn em 1949, em terras brasileiras foi extensiva a participação de inúmeros setores da sociedade na Assembleia Nacional Constituinte transcorrida entre fevereiro de 1987 e outubro de 1988. *O extenso catálogo de direitos fundamentais e sua fundação democrática são inegáveis reflexos da tentativa de superação de um passado autoritário e da aclamação, ao revés de uma nova ordem de viés absolutamente democrático*. (grifei)

E complementa: *Certamente a ruptura com os ideais da ditadura militar brasileira é o que confere o mínimo de identidade à Constituição cidadã de 1988* (no texto aqui sob comento, de 2016, Campos fala do discurso de Bolsonaro que invocou o torturador Brilhante Ustra no parlamento).

Campos matou a charada. E o cito uma vez mais, para dizer que, diante dos acontecimentos recentes no Brasil, estamos em *um ótimo momento para selar o pilar fundacional que inaugurou o sentimento democrático por ora tão acalorado*:

Que o Supremo Tribunal Federal tenha a mesma sorte que o Bundesverfassungsgericht na reafirmação da experiência histórica repetida daquilo que se chamou por a identidade do Texto Maior. Que possamos lembrar que o Direito sem a sua experiência histórico-institucional deixa de ser efetivo na vinculação de seus limites de atuação.

Portanto, analisar a Constituição sem a história institucional é como criticar o Código Civil alemão de 1900 por não ter previsto o transporte aéreo... Ou analisar a lei das interceptações como se estivéssemos lidando com celulares de 500 g. Ou, ainda, dizer que o flagrante no deputado lutador de jiu-jitsu não era cabível, em face de uma interpretação textualista do CPP. Como se o textualismo não fosse aquilo-que-o-intérprete-diz-que-é-o-texto. Será difícil entender que "nem textualismo, nem voluntarismo"? História institucional — eis a chave de leitura.

Repito Campos, Schutz e Legendre: *que não seja a história da Constituição brasileira uma história da não democracia dentro democracia*.

Que não sejamos vítimas de um dualismo tipo "um Estado livre da legalidade dentro de uma República". O não-direito que vem suplantar o direito em nome do direito. Sob aplausos dos textualistas. Textualistas são aqueles que dariam a Elmer — explicarei na sequência isso — o direito à herança, mesmo que tenha matado o avô.

Numa palavra final, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal tendem a demonstrar que é o direito que pode salvar a democracia. A história mostrará o acerto do STF. Fora do direito, portanto, do respeito à Constituição, não existe salvação.



As democracias — fortemente atacadas como a nossa — podem ser salvas pelo direito? Para mim, a resposta é positiva. Sou otimista como o autor de *Fragile Democracies*, de Samuel Issacharoff. E isso passa pelo papel das Supremas Cortes, mormente em países periféricos. E o somos.

Nesse ponto, o Brasil é um caso exemplar. Daí a importância da incisiva atuação do Supremo Tribunal Federal. Tanto na pandemia, como na preservação da democracia, delimitando os espaços institucionais transpassados constantemente pelo Presidente da República.

O comportamento contraditório do presidente tem explicação no direito. Chama-se de proibição de *venire contra factum proprium*, que quer dizer "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza". Uma Corte de Nova Iorque mostrou bem isso ao mundo, quando, no final do século 19, impediu que o neto Elmer recebesse a herança do avô que ele matou justamente para recebe-la. Sim, matou o avô e como não havia lei proibindo que ele recebesse a herança, foi a juízo para buscar seu "direito". O Tribunal deu-lhe a resposta: *ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. E isso vale até hoje*.

Para aqueles que acham que o STF está agindo "fora das quatro linhas", é bom atentar para o caso do neto Elmer. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal está fazendo como a Corte de New York. O conceito de Constituição é histórico. O STF está mostrando os limites do direito. A Corte de New York mostrou a Elmer os limites do direito. Aqui também no Brasil, há que se estabelecer que *o limite do direito é, exatamente, o seu contrário: o arbítrio*.

Não se pode utilizar a Constituição contra a própria Constituição. E aqui me "faço" como que imitando o assessor de Clinton, para dizer: *É a Constituição, estúpido!* Portanto, dá para vencer o arbítrio!

Date Created

09/09/2021