

GOVERNABILIDADE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS NO CENÁRIO ATUAL DE PANDEMIA

SERGIO ABRANCHES
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
VITALINO CANAS
MARGARETE COELHO
CATARINA SANTOS BOTELHO
PEDRO LOMBA
JOSÉ ROBERTO AFONSO
JOSÉ PASTORE
JOAQUIM JOSÉ MIRANDA SARMENTO
MARCELO NERI
JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
ADERRUAN TAVARES
ANDREA ABRAHAO COSTA
CELSO DE BARROS CORREIA NETO
DANIEL AUGUSTO MESQUITA
JULIA NORAT CAVALCANTI
GRYECOS LOUREIRO
HENRIQUE SMIDT SIMON
CRISTIANE DAMASCENO LEITE
IANI PANAIT
LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO
LUIZ FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO
RAFAEL SILVEIRA E SILVA
CELINA PEREIRA
RENAN ALBERNAZ DE SOUZA
VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE
DENILSON BANDEIRA COÊLHO

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

idp

CJP  **U** **CIDP**
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

FGV | **EUROPE**
CONHECIMENTO
CENTRO DE INOVAÇÃO,
ADMINISTRAÇÃO E PESSOAS
DO ASSOCHEMIO

GOVERNABILIDADE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS NO CENÁRIO ATUAL DE PANDEMIA

SERGIO ABRANCHES
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
VITALINO CANAS
MARGARETE COELHO
CATARINA SANTOS BOTELHO
PEDRO LOMBA
JOSÉ ROBERTO AFONSO
JOSÉ PASTORE
JOAQUIM JOSÉ MIRANDA SARMENTO
MARCELO NERI
JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
ADERRUAN TAVARES
ANDREA ABRAHAO COSTA
CELSO DE BARROS CORREIA NETO
DANIEL AUGUSTO MESQUITA
JULIA NORAT CAVALCANTI
GRYECOS LOUREIRO
HENRIQUE SMIDT SIMON
CRISTIANE DAMASCENO LEITE
IANI PANAIT
LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO
LUIZ FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO
RAFAEL SILVEIRA E SILVA
CELINA PEREIRA
RENAN ALBERNAZ DE SOUZA
VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE
DENILSON BANDEIRA COÊLHO

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES
CARLOS BLANCO DE MORAIS



VIII FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof. Doutor Gilmar Ferreira Mendes
Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes



Fundadores

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco

Direção

Francisco Schertel Mendes

Coordenação Científica

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco | Francisco Schertel Mendes

Coordenação Académica

Jairo Gilberto Schafer | Sérgio António Ferreira Victor | Atalá Correia

Coordenação Executiva

Gabriela Jardim



Presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e
Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público
Carlos Blanco de Moraes

Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

Maria Luísa Duarte

Vice-Presidentes do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

Carla Amado Gomes

João Tiago Silveira

FGV CONHECIMENTO

Diretor de Avaliação e Conhecimento
Sidnei Gonzalez

Diretora Adjunta
Patricia Werner

Coordenação Executiva do Evento
Marcelo Abrantes
Marco António Azeredo

Coordenação de Design
Marcela Lima

Projeto gráfico e diagramação
Isabella Lima

Edição e revisão
Débora Giunti

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: <https://forumjuridicodelisboa.com/>

SUMÁRIO

Prefácio	11
Capítulo 1. Governabilidade: Disfunções nos Sistemas de Governo na Atualidade	13
Sérgio Abranches	14
Manoel Gonçalves Ferreira Filho	26
Capítulo 2. Forças e Fraquezas na Articulação entre Governo e Parlamento	35
Vitalino Canas	36
Margarete Coelho	46
Capítulo 3. Crises e Pandemia	69
Catarina Santos Botelho	70
Capítulo 4. O Impacto da Pandemia na Economia	85
José Roberto Afonso	86
José Pastore	102
Joaquim José Miranda Sarmiento	116
Capítulo 5. A Pandemia e sua Repercussão no Trabalho e no Emprego	131
Marcelo Neri	132

Capítulo 6. O Direito e o Regime de Exceção	151
José Levi Mello do Amaral Júnior	152
Anexos. Artigos selecionados em virtude do edital de submissão	165
Aderruan Tavares	166
Andrea Abrahao Costa	200
Celso de Barros Correia Neto	218
Daniel Augusto Mesquita e Julia Norat Cavalcanti	248
Gryecos Loureiro	284
Henrique Smidt Simon e Cristiane Damasceno Leite	306
Iani Panait	336
Luciano Medeiros	356
Luis Fernando de França Romão	384
Rafael Silveira e Silva, Celina Pereira e Denilson Bandeira Coêlho	402
Renan Albernaz	438
Victor Minervino	452
Considerações Finais	477

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação é resultado do VIII Fórum Jurídico de Lisboa, realizado nos dias 17, 18 e 19 de novembro de 2020, em formato de webinar devido à pandemia de Covid-19. Os textos reunidos nesta compilação foram formulados a partir de artigos enviados pelos palestrantes e por participantes dos grupos de trabalho. Os mesmos textos foram adequados ao Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, salvo quando solicitada, pelos próprios autores, a preservação de certas características ortográficas de Portugal e do Brasil. Assim, os artigos que compõem esta publicação expressam as opiniões de seus autores, não representando necessariamente a opinião institucional da Fundação Getúlio Vargas. Ademais, gostaríamos de lembrar que a venda deste livro é estritamente proibida.

PREFÁCIO

Este documento compreende os Anais do VIII Fórum Jurídico de Lisboa, que ocorreu em novembro de 2020, em formato de webinar. Organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ICJP/FDUL), pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), o evento teve como intuito promover a troca de experiências, fomentar debates acadêmicos e provocar reflexões acerca dos conteúdos apresentados nos painéis.

As instituições parceiras, anualmente, reúnem importantes juristas, autoridades e especialistas no Fórum Jurídico de Lisboa, na capital de Portugal, para refletir sobre as questões de maior destaque acerca do Direito Constitucional. A conferência internacional é de extrema relevância para a cooperação entre Brasil e Portugal, de forma a contribuir na proposição de políticas públicas e fomentar o desenvolvimento de projetos em comum, que envolvam uma variedade de iniciativas voltadas para instituições públicas e privadas. Em 2020, o Fórum foi integrado ao XXIII Congresso Internacional de Direito Constitucional.

A partir do mote central “Democracia, sistemas de governo e governabilidade”, a oitava edição promoveu debates relacionados à governabilidade nas democracias contemporâneas diante do cenário de pandemia. Questões como cortes supremas, governança e democracia; articulação entre governo e Parlamento; democracia e redes sociais; impactos da pandemia na economia e no trabalho; regime de exceção, entre outras, foram amplamente discutidas para propor soluções, ações e políticas públicas que visem ao desenvolvimento socioeconômico de ambas nações.

Tendo em vista a necessidade de refletir sobre os impactos da globalização e das mudanças sociopolíticas nas diversas áreas do conhecimento, esperamos que os Anais do VIII Fórum Jurídico de Lisboa suscitem diálogos e ações sobre esses temas complexos e relevantes para ambos países.

CAPÍTULO 1

GOVERNABILIDADE: DISFUNÇÕES NOS SISTEMAS DE GOVERNO NA ATUALIDADE

SÉRIO ABRANCHES

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO



SÉRGIO ABRANCHES

É Doutor em Ciências Políticas pela Cornell University. É Sócio e Analista Sênior da Sócio Dinâmica Aplicada (SDA), Comentarista da Rádio CBN e Analista Político.

SÉRGIO ABRANCHES

GOVERNABILIDADE E DISFUNCIONALIDADE DOS SISTEMAS DE GOVERNANÇA¹

A relação entre governabilidade e governança será abordada aqui em três tópicos. Primeiro, com base em visão mais panorâmica, para apreender o contexto dos desafios à governabilidade em todo o mundo. Esse tema será examinado, em seguida, da perspectiva do presidencialismo de coalizão brasileiro. Em segundo lugar, examino as dimensões básicas da governabilidade. Em terceiro, comento o risco de que falhas de governabilidade gerem rupturas eleitorais, que propiciam a escolha de governantes incidentais e redundam em crise da democracia representativa.

1. CONTEXTO

O mundo está passando por um processo de metamorfose. É uma grande transição que marcará o século XXI e mudará radicalmente nossas vidas e as das gerações por vir. Ocupações desaparecem. Conhecimentos ficam obsoletos da noite para o dia. O futuro é mais incerto do que jamais pareceu ser. O presente é fluido, mutante. Tudo está mudando no impulso do rápido avanço da ciência, da tecnologia e da digitalização da vida cotidiana. O tempo da vida acelerou. Aumentamos a quantidade de coi-

1 Notas preparadas para debate no VIII Fórum Jurídico de Lisboa, 17 nov. 2020.

sas que fazemos por hora, sem percebermos a sobrecarga de tarefas e informações que eleva o estresse. A globalização anula parte das capacidades dos estados nacionais para lidar com os problemas que surgem. As economias falham, entre o colapso das atividades superadas e o funcionamento tentativo de formas emergentes. Por isso, crescem a incerteza, a insegurança e a imprecisão. A marca desses tempos é a velocidade espantosa da mudança, sua abrangência global e estrutural – alcançando todo o planeta e todas as dimensões da vida – e a imprevisibilidade do que está no horizonte próximo da humanidade. No intervalo entre duas eras, uma que se esgota e a outra que emerge, as maneiras como aprendemos a lidar com os desafios da realidade deixam de funcionar progressivamente. Saber sobre o desmoronamento das sociedades não ajuda na solução de problemas emergentes, que exigem respostas novas. Um novo paradigma político, social e econômico. Expedientes buscando interromper ou desacelerar a mudança são disfuncionais e geram mais descrédito e inquietação.

Tanta mudança e incerteza geram medo e insegurança. As mutações na economia, a robotização de numerosas atividades que antes requeriam trabalho humano, a disseminação da inteligência artificial (aprendizado de máquina) geram e continuarão a gerar a destruição de ocupações tradicionais e de muitas ocupações qualificadas, não manuais, de natureza técnica e gerencial. Vivemos um período relativamente longo de desemprego estrutural, e a perda dessas ocupações será irremediável. O desemprego e a queda de status, a mobilidade descendente de categorias sociais, provocam muito ressentimento e uma espécie de caça aos culpados pelas perdas, em geral vistos como “o outro”, o não branco, o imigrante, o diferente. As reações tendem a ser desconcertadas e desconcertantes. Aumenta o contingente de pessoas que não se sentem representadas pelas estruturas partidárias e sindicais existentes. A rede de proteção social convencional encurta. Os imperativos de equilíbrio fiscal inerentes ao domínio da economia global pelo capital financeiri-

ro, quando respondidos com programas conservadores de austeridade, reduzem a capacidade de resposta dos governos às novas necessidades de proteção social.

Esse quadro de desalento e inquietação crescentes leva à perda de confiança dos governos e ao descrédito na democracia representativa, reduzindo a legitimidade das elites governantes e estimulando a busca por alternativas “de fora”. Eleições atípicas levam ao poder governantes sem compromisso com a democracia e que buscam enfraquecê-la “por dentro”, manipulando informações, neutralizando instituições de regulação e controle e mecanismos de freios e contrapesos. São governantes incidentais, fruto de um momento particular, sem capacidade de permanência. Somente se sustentam no poder se logram alterar as regras do jogo democrático, transformando-o em um jogo autocrático. Foi o que fizeram Hugo Chávez, na Venezuela, e Viktor Orbán, na Hungria, para ficar apenas em dois exemplos. Nos Estados Unidos, Donald Trump tentou enviesar o processo eleitoral a seu favor até o minuto final, quando o Congresso certificou o resultado e proclamou a vitória de Joe Biden e Kamala Harris, no dia 06 de janeiro de 2021. No Brasil, Bolsonaro tem tentado, como Trump, alterar a lógica democrática das instituições, para torná-las mais subservientes à vontade do governante.²

No caso americano, o Judiciário foi capaz de conter as tentativas autocráticas de Trump, que seriam mais lesivas à institucionalidade do país. O Congresso, em impasse insolúvel com a polarização bipartidária extremada, maioria Democrata na Câmara e Republicana no Senado, não foi capaz de exercer adequadamente suas funções de fiscalização e controle, nem aprovar políticas públicas que se tornaram urgentes com o surgimento da pandemia da COVID-19. O auxílio emergencial para cobrir as carências produzidas pela interrupção das atividades econômicas só foi aprovado no apagar das luzes do ano de 2020, por meio de acordo bipartidário penosamente negociado, e Trump acabou se recusando a assinar a lei. No Brasil, o Congresso tem

2 Trato desses governantes incidentais em Abranches (2020).

sido capaz de impedir iniciativas autocráticas de Bolsonaro, aprovando decretos legislativos, para invalidar atos normativos do presidente, derrubando vetos presidenciais e aprovando legislação para suprir as omissões do Executivo. O Judiciário, contudo, tem sido o principal anteparo das investidas inconstitucionais de Bolsonaro, tornando-se o instrumento mais efetivo de freios e contrapesos democráticos e de defesa do interesse social.

Esse quadro representa um desafio enorme para a manutenção da governabilidade e para a qualidade da governança, da formulação e implementação de políticas públicas que atendam minimamente às necessidades estruturais da sociedade.

2. GOVERNABILIDADE, GOVERNANÇA E LEGITIMIDADE

A governabilidade sustentada tem duas dimensões distintas e interligadas: a governança e a legitimidade. A primeira diz respeito à qualidade do governo, ao êxito das políticas públicas em resolver os problemas estruturais do povo. A legitimidade está relacionada à qualidade das instituições, ao grau de representatividade delas e à percepção coletiva sobre seu desempenho na garantia dos direitos e do bem-estar dos cidadãos.

A governança tornou-se dificultosa e desafiadora em todo o mundo, em razão da metamorfose social. Os modelos dos quais derivávamos soluções eficazes para os problemas relativos aos ciclos econômicos, às carências sociais e às tensões políticas não funcionam mais a contento. Perdemos a capacidade de dar respostas compatíveis com a gravidade dos problemas. Mais do que nunca, a boa governança passou a depender de flexibilidade, inovação e sintonia com as necessidades da maioria. Governos com visões estreitas e posturas rígidas têm fracassado em todo o mundo: o balanço altamente negativo da administração Trump nos Estados Unidos; o desempenho sofrível das gestões de Theresa May e, em seguida, Boris Johnson, no Reino Unido; o péssimo resultado social, econômico e político dos dois pri-

meiros anos do governo Bolsonaro, no Brasil – são casos eloquentes de má governança derivada dessa estreiteza de visões e rigidez comportamental.

A legitimidade depende de dois fatores cruciais: a confiança nas instituições e a credibilidade do governo, de um lado, e o grau de satisfação das demandas básicas da sociedade, de outro. O grau de satisfação de demandas está diretamente associado à qualidade da governança e à presença de soluções eficazes, ainda que temporárias, para os principais problemas do povo.

A confiança nas instituições tem sido decrescente em todo o mundo. Ela depende da percepção, em primeiro lugar, de que seu funcionamento tem sido justo e igualitário. Entretanto, o desempenho das instituições tem se tornado cada vez mais desviado a favor de elites poderosas, oligarquias políticas, setores mais organizados da sociedade, ao mesmo tempo que a capacidade de adaptação das instituições à revolução digital e às mudanças na sociabilidade tem se mostrado lenta e desproporcional às mudanças que ocorrem. A maioria de suas respostas é analógica, enquanto as demandas requerem soluções para a era digital. O ajuste entre soluções analógicas e as demandas inéditas da era digital são como a correspondência imperfeita entre uma imagem e sua fotocópia.

A credibilidade dos governos depende da transparência, veracidade e coerência de suas mensagens à população e da eficácia das políticas públicas que propõem. Não é preciso muito discurso para ilustrar este ponto. Compare-se o desempenho da primeira-ministra Jacinda Arden, da Nova Zelândia, na pandemia, com o de Donald Trump ou Bolsonaro. Arden assumiu a gravidade da doença, entendeu a ciência, tanto em relação ao seu conhecimento insuficiente sobre o vírus quanto à ausência, por isso mesmo, de remédios eficazes para uso imediato. A defesa da sociedade dependeria exclusivamente, por tempo indeterminado, do distanciamento social, do uso de máscaras e da

paralisação das atividades não essenciais. Ela agiu sem demora ou hesitação, alertou com clareza a população, explicou o que era preciso fazer e por que, bem como determinou o fechamento (lockdown) das atividades econômicas e das fronteiras. A pandemia teve sua primeira onda controlada, com um mínimo de casos e de mortes. Na segunda onda, repetiu o procedimento. A fórmula do sucesso de Jacinda Arden no combate à pandemia é simples: comunicação clara, coerente e coesa da liderança do país; amplo esclarecimento da gravidade do quadro e dos efeitos colaterais de seu enfrentamento na economia e na sociedade; fechamento completo e rápido das atividades; testagem ampla da população; e contenção dos casos identificados com rastreamento, na medida do possível, dos contatos com os infectados – uma fórmula disponível a todas as lideranças do mundo. Os governos de Trump e Bolsonaro não adotaram medidas, negaram a ciência, foram incoerentes e imprecisos nas comunicações, opuseram-se ao lockdown, no que foram acompanhados por vários governadores, até que fosse tarde demais.

A Nova Zelândia contabilizou 2.181 casos e 25 mortes. Os Estados Unidos, 21,3 milhões de casos e 360 mil mortes, até 5 de janeiro de 2021. O Brasil, 7,75 milhões de casos e 196,5 mil mortes. A Nova Zelândia é o melhor exemplo. Contudo, tome-se a Alemanha, que se saiu praticamente tão bem quanto a Nova Zelândia na primeira onda da pandemia, mas sofreu mais duramente na segunda onda: contou 1,8 milhão de casos e 36,2 mil mortes. Nada comparável ao descalabro nos Estados Unidos e no Brasil. As populações podem ser de tamanhos diferentes, mas a disparidade na qualidade do desempenho na governança da crise sanitária é evidente e compatível com a visão e a atitude dos governantes. Entre uma e outra onda da pandemia em seu país, Jacinda Arden foi reeleita por quase unanimidade de votos. A credibilidade de seu governo é a mais alta da história recente do país. Merkel, no seu último mandato por vontade própria após 15 anos de governo, conta com alta credibilidade na Alemanha, além de ser considerada a liderança mais confiável pela opinião pública de vários países europeus, dos Estados

Unidos, Canadá e Austrália. Trump perdeu a eleição para um segundo mandato. A credibilidade de seu governo restringe-se ao polo extremo da direita. No resto do mundo, é desprezado. Bolsonaro perdeu o apoio de 70% dos que o elegeram, até o momento. A credibilidade de seu governo concentra-se, também, na parcela de seguidores fiéis. Sua reputação mundial é a pior de todos os presidentes brasileiros, e o Brasil é considerado um pária nas organizações multilaterais, nas quais sempre gozou de alta reputação em função da elevada qualidade de sua diplomacia profissional, hoje marginalizada no Itamaraty.

O modelo do presidencialismo de coalizão pressupõe que o presidente tenha maioria formal nas duas Casas do Congresso. O presidencialismo americano, por exemplo, convive melhor com um presidente minoritário no Congresso. É o que os analistas chamam de governo dividido, situação bastante comum na história política recente dos Estados Unidos. É de coalizão porque, no multipartidarismo brasileiro, só é possível um presidente ter maioria formando uma coalizão majoritária. O presidente, ao obter maioria parlamentar, passa a ter melhores condições de governança e afirmar seu poder de agenda.³

Bolsonaro se recusou a formar uma coalizão formal. Ele preferiu ser um presidente minoritário. Perdeu o poder de agenda e, portanto, o controle da pauta parlamentar, condição essencial, no presidencialismo brasileiro, para a boa governança e a governabilidade estável. As relações entre Executivo e Legislativo ficaram estressadas. Há tensão permanente entre os Poderes da República, e muitos dos pontos de conflito Legislativo/Executivo têm sido judicializados, politizando boa parte da agenda da Suprema Corte. O país tem vivido um estado de paralisia decisória em muitas áreas, e a tentativa de Bolsonaro de governar por decretos e medidas provisórias tem sofrido recorrente bloqueio no Legislativo e no Judiciário em razão da natureza autocrática e inconstitucional de muitas das iniciativas presidenciais. Há ameaça latente à governabilidade.

3 Expus o modelo do presidencialismo de coalizão em *Abranches (1988)* e analisei o desempenho do modelo após a Constituição de 1988 em *Abranches (2018)*.

Uma corrente de politólogos, mais institucionalista, diz que a democracia no Brasil vai bem porque as instituições estão funcionando, o sistema de freios e contrapesos tem limitado os excessos e abusos presidenciais, e a Suprema Corte tem agido para impor limites aos ataques às liberdades, principalmente de opinião.

Outra corrente, à qual me filio, considera a qualidade da democracia e a existência de disfuncionalidades no aparato institucional. Nessa visão, a democracia brasileira não vai bem. Há visíveis disfuncionalidades no Legislativo e muitas matérias bloqueadas por impasses entre os governistas e a oposição. No Executivo, praticamente toda a operação é disfuncional; muitas ações inconstitucionais e ilegais. É evidente o colapso regulatório gerado pelo desmonte e pela intervenção política do Executivo. São graves as crises ambiental, sanitária, educacional e científica, todas provocadas por decisões do presidente e seus ministros. No Judiciário, o excesso de judicialização, conflitos internos paralisantes e desagregadores, aumento significativo de decisões monocráticas, que rompem a intersubjetividade colegiada (o substituto funcional da impossível isenção objetiva), levam a perturbações recorrentes no seu funcionamento regular.

As crises de governabilidade, decorrentes de falhas institucionais e da má governança, tendem a reduzir a legitimidade das instituições e a confiança na Constituição democrática. Vivemos em sociedades de risco, nas quais a metamorfose social torna tudo instável e efêmero; nada mais tem a solidez de outros tempos⁴. Países incapazes de escolher bons navegadores, que encontrem rotas minimamente seguras nessas águas revoltas, em meio a ondas gigantes e inesperadas, sofrem muito mais os efeitos negativos dessa transição.

4 Ver, a respeito, por exemplo, a análise de Beck (2016).

3. AS RUPTURAS NO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL E OS GOVERNANTES INCIDENTAIS

Abalos na confiança nas constituições democráticas decorrem dessas falhas de governança e contribuem para tornar mais aguda a crise da democracia representativa. A percepção de não ser representada no sistema político por parte de uma porção crescente da população é um componente importante do desencanto com a democracia e tem bases reais. Não é um sentimento arbitrário, que nasce do desgosto com determinada conjuntura, uma derrota eleitoral, um governo pelo qual não se tem simpatia. É uma percepção enraizada na real condição do sistema político e da situação concreta das pessoas na estrutura socioeconômica. Os partidos políticos de todo o mundo se oligarquizaram. Foram dominados por grupos organizados de interesses para os quais focalizam suas políticas. Mesmo os partidos de base trabalhista foram dominados por categorias mais organizadas, pertencentes a setores tradicionais da economia, nos quais não há mais o dinamismo de antes.

Com as mudanças estruturais, o dinamismo se transferiu para o setor financeiro – que pouco emprega e só recruta pessoas qualificadas – e para as atividades emergentes, que nascem de inovações e da busca por uma economia de baixo carbono, respondendo ao grande desafio do século, que é a mudança climática. Esses setores emergentes, por sua própria natureza, ainda não têm maturidade para alcançar o pleno emprego, demandam qualificações muito diferentes das tradicionais (codificação, por exemplo, isto é, geração de códigos para softwares e aplicativos). As pessoas que já se encontram no “novo” desemprego estrutural, porque viram suas ocupações desaparecerem, e aquelas que estão desempregadas, por causa dos ciclos sucessivos de crise econômica típicos dessa transição, não se vêem representadas nas políticas de emprego e de indução do crescimento econômico, focalizadas na parte da economia que perde dinamismo por obsolescência. Note-se que essa parcela da economia é majoritária. Quase toda ela desaparecerá, sendo

substituída por novos negócios, assentados nas novas tecnologias. As pessoas que já estão localizadas nos setores emergentes não se vêem representadas e procuram soluções por conta própria. São, ainda, a minoria. À medida que crescer o número dessas pessoas “integradas” aos novos modos, a viabilidade de todas viverem por conta própria diminuirá, e elas precisarão de um novo tipo de rede de proteção coletiva, compatível com esses novos padrões. A democracia representativa terá que evoluir da forma analógica para a digital e ampliar seu foco e sua cobertura. Nesse interregno, nessa grande transição, falamos de silêncios e ausências, de falhas e faltas, e é a eles que o sistema político – aí incluídos o Legislativo e o Judiciário, além do Executivo – precisará responder com mais velocidade e flexibilidade.

A má governança e os governos de agenda miúda, incapazes de dar respostas mais abrangentes e flexíveis aos problemas da hora, agravam o desencanto democrático, e desse desalento se valem para tentar transitar da democracia para a autocracia. Governantes incidentais surgem nos momentos agudos de desapontamento. São políticos oportunistas, que se apresentam em eleições atípicas, alegando serem condutores de uma “nova política” ou virem de “fora da política” para consertarem as coisas. Contudo, são, de fato, portadores de visões retrógradas, da nostalgia de um passado idealizado. Em geral, dizem-se contra a globalização, contra o materialismo, contra a velha política corrompida e atrelada a interesses espúrios. Na verdade, são antidemocráticos, professam um nacionalismo historicamente superado e um moralismo que cerceia o livre-arbítrio das pessoas. Essa descrição genérica descreve Viktor Orbán, Vladimir Putin, Narendra Modi, Donald Trump, Jair Bolsonaro e muitos outros governantes, além de descrever várias lideranças de extrema-direita, ultranacionalistas, como Nigel Farage, criador do United Kingdom Independence Party (UKIP), Alexander Gauland e a liderança mais jovem do Alternative für Deutschland (AfD), Alice Weidel, que não conseguiram conquistar o poder, mas aumentaram significativamente sua base de apoiadores.

O problema desses governantes incidentais, além da já mencionada dependência à degradação da democracia para persistirem no poder, é que fazem promessas irrealizáveis, vãs. Seus governos aumentam a decepção e a frustração dos eleitores e agravam seu desalento com a política. Embora não permaneçam fiéis a essas lideranças, tornam-se ainda mais vulneráveis a pregações salvacionistas e antidemocráticas; afastam-se mais da política e dos políticos. É natural, diante do envelhecimento – falo de ideias e posicionamento histórico, e não necessariamente de idade – das lideranças e da natureza repetitiva de suas propostas. É claro que há lideranças emergentes, que surgem muito mais integradas ao novo mundo digital em transformação, mas, neste caso, o desafio é atraí-las para a política, quando podem ser bem sucedidas em outras esferas de atividade.

É pouco provável que os modos de governabilidade e governança permaneçam imutáveis ao longo desta transição global. Eles se digitalizarão, encontrarão novas formas de representação e deliberação. As mudanças na dinâmica política começarão na sociedade e pressionarão o sistema político formal a se transformar. É também mais do que provável que o arcabouço jurídico seja levado a se adaptar à revolução digital, o que talvez implique maior latitude interpretativa, ou exegética, e menor rigidez doutrinária, para se adaptar às mudanças paradigmáticas gerais.



MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

É Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa, Doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas da Universidade Paris 1 - Panthéon/Sorbonne e Professor Emérito de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo (USP).

MANOEL GONCALVES

GOVERNABILIDADE DISFUNÇÕES NOS SISTEMAS DE GOVERNO NA ATUALIDADE

O SISTEMA PRESIDENCIAL E SUAS DISFUNÇÕES NO BRASIL ATUAL

1. O tema deste painel propõe uma discussão em torno das disfunções dos sistemas de governo em relação à governabilidade, ou seja, em relação à sua aptidão para a consecução de seus objetivos.

É um tema especialmente complexo e amplo para ser tratado em 20 minutos. Em vista disso, vou-me limitar apenas a um exame sumário do problema da governabilidade em face do sistema presidencial brasileiro, e na atualidade, embora muitas lições se apreenderiam se houvesse tempo para lembrar fatos e momentos históricos.

2. Os sistemas de governo, no Estado contemporâneo, se propõem a governar em prol do povo – mais do que isto, em prol do bem-estar do povo. São instrumentos do *Welfare State*, o Estado social.

Este difere da finalidade do modelo de Estado que nasceu com o constitucionalismo. Não visava este a concretizar diretamente o bem-estar para o povo, mas garantir a liberdade e os direitos fun-

damentais deste, para que cada um por si conquistasse o próprio bem-estar – a felicidade de que fala a Declaração de Independência dos Estados Unidos.

Por essa razão, a primeira preocupação das Constituições era estabelecer um sistema de freios e contrapesos pela divisão do Poder – a separação dos Poderes –, ao mesmo tempo que um “governo de leis e não de homens”, ou seja, um Estado de Direito.

O sistema presidencial é a projeção republicana desse modelo, conformado que foi pela Constituição da Filadélfia de 1787, de acordo com esse intento.

3. Ao final da Primeira Guerra Mundial, como faz fé a decantada Constituição de Weimar de 1919, consagrou-se uma concepção diferente da finalidade do Estado. Recebeu este a missão que hoje tem de governar para gerar o bem-estar do povo, ou seja, de trabalhar diretamente para tanto.

Ora, tal ação ativa, ação de fazer, e não apenas de criar condições, no quadro de um Estado de Direito, exige que a governança se faça pela colaboração entre os Poderes, ao menos pela colaboração entre o Poder que faz as leis, o Legislativo, e o que as deve executar, o Executivo. Ademais, como a atuação direta sobre a realidade cabe a este, a tarefa de gerar o bem-estar lhe cabe principalmente. Entretanto, não pode cumpri-la senão de acordo com o prescrito nas leis, pois ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que elas comandam. A separação clássica assim não se adequa mais a um Estado que passou a ter incumbências construtivas para a efetivação do bem-estar.

A colaboração entre os Poderes encontrou maior dificuldade no sistema presidencial do que no sistema parlamentar. Este último, desde sua origem, que é anterior ao constitucionalismo, já é naturalmente um sistema de colaboração dos Poderes, pois, o Executivo – o Gabinete – depende do apoio da maioria parlamentar e naturalmente é a cabeça dessa maioria. Nisso está o seu grande mérito, mas este tem o seu preço. Se a maioria parlamentar é fragmentada

entre muitos partidos, frequentemente ela se rompe, e estabelece-se a instabilidade governamental que leva sempre à ineficiência desse mesmo campo.

A mencionada dificuldade na colaboração ainda persiste no regime presidencialista. Veja-se o que ocorre no modelo – os Estados Unidos –, onde o programa do Presidente da República, aparentemente todo-poderoso, depende, para sua execução, do *placet* do Congresso, e basta a discordância de uma das suas casas, a do Senado, por exemplo, para ser bloqueado ou edulcorado.

4. No Brasil, presidencialista desde a República, a necessidade de colaboração (e não de mera harmonia ou paz entre os Poderes) se fez claramente sentir nos anos 1930. A crise econômica e social, que ganhou corpo no mundo todo nessa época, encontrou resposta mormente no Estado Novo, por meio da intervenção no domínio econômico e no domínio social, mas se fez em quase todo o período num regime ditatorial em que o Executivo e o Legislativo estavam nas mesmas mãos.

Na verdade, a redemocratização, em 1945, trouxe à luz o problema da colaboração, mas este não foi percebido de imediato, porque os Presidentes tiveram o apoio no campo econômico-social da maioria do Congresso. Vargas encontrou apoio para criar a Petrobrás; Juscelino, para o desenvolvimentismo. A maioria parlamentar, formada pelo bloco PSD-PTB, deu-lhes sustentação. Enfrentaram resistências (e graves), mas concernentes a questões não de programa, e a falta de um bloco de sustentação equivalente levou Jânio Quadros à renúncia, à crise de 1961, resolvida por um parlamentarismo falseado, e desembocou no movimento de 1964 – uso a terminologia do Min. Toffoli para não provocar polêmica.

5. Claro está que, no regime militar, a política de governo – “Segurança e desenvolvimento”, como pleiteava a ESG – não encontrou empecilho maior para se concretizar. Lembre-se, todavia, que, nesse período, instituiu-se o decreto-lei, dando ao chefe do Executivo o poder de legislar, para evitar dificuldades ou delongas.

6. Tal atribuição não desapareceu com o advento da Constituição de 1988.

Nesta, com efeito, em nome da governabilidade, substituiu-se o “entulho autoritário” do decreto-lei pela “medida provisória com força de lei”, o que não deixava de pôr em mãos do Presidente não só as atribuições do Executivo, mas também o poder de editar leis provisórias, de efeito imediato. Teoricamente estas perderiam força se não aprovadas em prazo curto pelo Congresso; entretanto, pela prática da reedição tolerada pelo Supremo Tribunal Federal, o provisório se tornava permanente, como ocorreu, por exemplo, com as muitas reedições do Plano Real.

Isto só não acontecia se a maioria parlamentar expressamente rejeitasse a medida, o que era fácil de impedir, embora exigisse uma base parlamentar: a base gerada pelo “presidencialismo de coalizão”.

7. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, atenuou o alcance da medida provisória, não só por lhe vedar determinadas matérias, como, sobretudo, por proibir a sua reiteração na mesma sessão legislativa.

8. Inegavelmente, isso reforçou a importância da base formada por coalizão.

Pôs a nu, contudo, uma das vulnerabilidades da democracia brasileira. É essa a excessiva multiplicação de partidos que estimula o sistema de representação proporcional, quando não obstada por uma cláusula de corte, como na Alemanha – já o observava meu mestre Maurice Duverger.

Essa multiplicação, revela a experiência, traz consigo grandes danos para a democracia. Primeiro, importa sempre num esfarinhamento da representação, que se fragmenta entre muitos partidos e os pequeniza. Veja-se a eleição de 2018, que resultou em 30 partidos representados na Câmara, o maior com cerca de 10% do total de deputados, donde decorre que só há pequenos partidos no Brasil, e, para formar-se uma maioria, é necessário somar muitos e muitos. A isso, naturalmente se soma a inexistente disciplina de voto de suas bancadas.

Ocorre tal situação, lembre-se, em face de uma Constituição detalhista, que exige, para Emendas, 3/5 dos votos, enquanto, para leis complementares, maioria absoluta.

Assim, a obtenção da maioria para a aprovação de qualquer medida pressupõe uma negociação penosa, o que evidentemente dificulta a governabilidade.

Por outro lado, essa multiplicação tem o efeito perverso de desvalorizar, quando não de esvaziar totalmente, o conteúdo ideológico ou programático dos partidos, o que tem por consequência tornarem-se eles meras máquinas eleitorais.

Nesse quadro, a negociação política desce do campo dos programas e do interesse público para o das vantagens e das retribuições. O “presidencialismo de coalizão” se torna “presidencialismo de corrupção”. É o que se viu.

9. Efeito imprevisto dessa situação é a assunção de papel político pelo terceiro dos Poderes. Este assumiu o papel de controlar a adequação das políticas públicas, da escolha dos membros de órgãos de governo, não somente obstando as violações de leis, mas, não raro, criando novas “leis” e, com elas, exigências não raro elitistas. Claro está que isso tem o risco de que ele se politize e adote visões particulares não sancionadas pela opinião pública, nem legitimadas pela eleição democrática, e que venham a prevalecer às vezes por decisão de um só. Desapareceria, assim, um dos méritos mais louváveis do Estado de Direito: a segurança jurídica.

10. Não se tomem, todavia, as observações acima feitas como uma condenação do sistema presidencial, mas sim como a análise de algumas de suas disfunções.

Ele tem o mérito democrático de permitir ao povo a escolha do principal magistrado pelo voto direto. Atende nisto a democracia, e nenhum povo está hoje disposto a abandonar essa conquista, salvo os pessimistas, como Mestre Arinos, que veio a enxergar na eleição presidencial um “plebiscito entre dois demagogos”.

11. Sem dúvida, do mandato de tempo certo que ele consagra, deve resultar uma estabilidade sem a qual nenhuma governança tem êxito. Isso, porém, não impede “tempestades” nem guerras de atrito políticas.

Ora, o presidencialismo tem, como uma de suas características, a acumulação de dois papéis políticos distintos nas mesmas mãos: o de chefe de Estado e o de chefe de Governo, sendo aquele responsável pela estabilidade da república e da democracia e este, pelo bom ou mau andamento dos negócios públicos.

Tal acumulação leva a um único remédio para situações graves: o *impeachment*, que colhe, ao mesmo tempo, o chefe de Estado e o chefe do Governo. É o *impeachment*, um processo complexo ao mesmo tempo de caráter criminal e de caráter político, sempre contestável e contestado de um de seus ângulos, em consequência sempre radicalizante e sempre traumatizante.

12. Podem, contudo, esses dois papéis ser separados, sem que se vá até o parlamentarismo - é o que, por exemplo, recomenda Sartori no livro *Engenharia Constitucional*.

Há, por exemplo, um semipresidencialismo, como o regime francês instituído pela Constituição de 1958. A prova de que é um presidencialismo não vem apenas da eleição direta do Presidente, mas comprova-se na ordem dos fatos, porque todos sabem quem é o Presidente, e, fora de Paris, raros são os que sabem quem é o Primeiro-Ministro.

Tal sistema possibilita a necessária colaboração entre Executivo e Legislativo, por meio de um gabinete responsável perante este. Facilita, assim, a mudança de políticas que não dão certo sem perda da face do chefe único, mas impede a instabilidade governamental. Introduce na governança um freio e contrapeso. Possibilita, pela divisão de tarefas e atribuições, que se ponha fim à excessiva concentração de poderes nas mãos de um só - um dos notórios defeitos do presidencialismo brasileiro.

CAPÍTULO 2

FORÇAS E FRAQUEZAS NA ARTICULAÇÃO ENTRE GOVERNO E PARLAMENTO

VITALINO CANAS

MARGARETE COELHO



VITALINO CANAS

É Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Foi Professor nas Faculdades de Direito das Universidades de Macau e de Moçambique e Deputado da Assembleia da República de Portugal. Atualmente, é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

VITALINO CANAS

INTRODUÇÃO

Não teremos possibilidade de fazer uma teoria geral das relações entre Parlamento e Governo e dos seus mecanismos de articulação. Por conseguinte, vou concentrar-me no sistema semipresidencial, com especial incidência no caso português.

1. OS SISTEMAS CLÁSSICOS

Se ignorarmos alguns sistemas de governo atípicos e pouco experimentados na atualidade, o sistema semipresidencial contrapõe-se, primordialmente, a dois outros sistemas, que podemos designar de clássicos: o sistema presidencial e o sistema parlamentar.

No sistema parlamentar, o poder é distribuído mais ou menos desigualmente, com maior ou menor pendor para um ou para outro órgão, entre: um órgão primordialmente legislativo e de controlo do Executivo; o Parlamento, do qual o Executivo depende, pelo menos nominalmente; e um órgão executivo colegial, Governo ou Gabinete, que tem a incumbência da condução da política corrente, cabendo-lhe o essencial do que se designa *indirizzo* político.

É o sistema que predomina na Europa.

No sistema presidencial, o poder é distribuído entre um órgão primordialmente legislativo e de controlo do Executivo e um órgão unipessoal, o Presidente da República, legitimado por sufrágio universal, que se encarrega da definição e da condução da política corrente, além de não responder perante o Parlamento.

Na América Latina, predominam sistemas que seguem linhas diretoras deste sistema presidencial, mas com alterações que reforçam o pendor e a dominância presidencial.

2. O SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL

O sistema semipresidencial distribui poderes efetivos com relevo político entre três órgãos e não apenas dois.

Há um órgão parlamentar, com funções primordialmente legislativas e de controlo do Governo.

Há um Governo, com instâncias de funcionamento colegial, chefiado por um Primeiro-Ministro, que tem as responsabilidades fundamentais de *indirizzo* político.

E há um órgão unipessoal, um Presidente, que dispõe de poderes variáveis de Constituição para Constituição, mas que, de modo geral, se traduzem no exercício de funções de moderação, mediação (entre os outros órgãos) e estabilização do funcionamento do sistema político

Todos os órgãos são direta ou indiretamente legitimados pelo voto popular.

O Governo pode ou não responder perante ambos.

É um figurino muito difundido hoje em dia, divergindo os autores sobre a contabilidade dos Estados que o adotam. Essa contabilidade depende dos critérios utilizados, chegando alguns exercícios de cálculo a indicar várias dezenas de casos.

Portugal é certamente um deles, talvez aquele onde o sistema se aperfeiçoou mais, em função da conjugação de várias circunstâncias jurídicas e políticas.

Note-se que, ao invés do que, por vezes, se diz, o sistema semi-presidencial não é um sistema misto, que conjugue aspetos típicos dos outros dois.

É um sistema puro que, embora possa partilhar com aqueles alguns aspetos estruturais, se caracteriza por algo que nenhum deles tem: a distribuição de poderes efetivos por três órgãos com legitimidade democrática própria.

Um sistema de governo semipresidencial pode funcionar com pendor parlamentar, com pendor governamental ou com pendor presidencial, sem perder a sua genuinidade e identidade.

Esse pendor pode ser estrutural, se por motivos jurídico-constitucionais ou pela natureza e tradição do sistema político, em que um dos órgãos políticos tem sempre algum ascendente sobre os demais; ou conjuntural, dependendo da conjugação circunstancial de alguns fatores jurídico-constitucionais, de fatores políticos, das personalidades, do funcionamento do sistema de partidos e/ou do sistema eleitoral.

Ilustração abstrata da possibilidade conjuntural de ascendente de uns órgãos sobre outros: num concreto sistema em que o Governo seja suportado por uma maioria parlamentar sólida e consistente de um só partido (ou de uma coligação com partido dominante), sendo o Chefe do Governo líder desse partido e o Presidente uma segunda figura ligada a esse mesmo partido (um governo, uma maioria, um presidente, como ambicionava Francisco Sá Carneiro no início da década de 1980), o ascendente penderá claramente para o Governo e para o seu líder.

Mantendo-se basicamente inalterado esse cenário, invertendo-se apenas as posições do Presidente e do Primeiro-Ministro (ou seja, cabendo ao primeiro o papel de líder do Partido dominante no Governo e no Parlamento), o pendor inclinar-se-á para o domínio presidencial.

Se o cenário for o de um Governo sem maioria absoluta parlamentar e suporte estável garantido por acordos de incidência parlamentar, coexistindo com um presidente não liderante nem politicamente controlador dos principais partidos da oposição, a tendência será uma parlamentarização do sistema ou a sucessão de momentos de parlamentarização e de semipresidencialização (caso português, após as eleições legislativas de 2019).

3. FORÇAS E FRAQUEZAS DA ARTICULAÇÃO ENTRE GOVERNO E PARLAMENTO: O CASO PORTUGUÊS, 2011- 2020

Analisar as forças e as fraquezas da articulação entre Governo e Parlamento depende, naturalmente, da configuração dos equilíbrios e dos pendores que se geram em cada momento.

Não cabendo uma apreciação de toda a história constitucional e política portuguesas em 20 minutos, refiro-me apenas aos casos dos últimos três Governos portugueses.

O Governo chefiado por Pedro Passos Coelho (2011-2015), assente numa coligação entre PSD e CDS/PP, foi um Governo de maioria absoluta, com suporte sólido e consistente na AR, coexistindo com um Presidente da República (Aníbal Cavaco Silva) colaborante, proveniente do mesmo partido, mas afastado da sua liderança há mais de uma década e sem condições de ambicionar a liderança da maioria a partir de Belém (sede da Presidência da República).

Foi um período em que o sistema de Governo funcionou claramente com pendor governamental, sendo central o eixo Governo-Assembleia da República.

Nessas circunstâncias, a articulação entre Governo e Assembleia da República pauta-se por um princípio básico: o Primeiro-Ministro controla a maioria e a iniciativa parlamentar e, indiretamente, boa parte da agenda e do *output* parlamentar. O chefe do Governo, usando

os privilégios de líder do Partido maioritário, comanda discretamente a ação do Grupo Parlamentar.

A articulação é, desde logo, assegurada e operacionalizada por meio das chamadas reuniões semanais de coordenação em S. Bento (Residência oficial do Primeiro-Ministro), em que participa a liderança do grupo parlamentar, na qual são definidas as estratégias, as iniciativas, os sentidos de voto, as dificuldades, os pontos fortes comunicacionais.

Por seu turno, a articulação do dia a dia entre Governo e maioria parlamentar é assegurada pela ação do Ministro (ou Secretário de Estado) dos Assuntos Parlamentares e do presidente do grupo parlamentar (ou de quem a direção do grupo indicar para essas específicas funções).

Sendo a presidência do Parlamento assegurada, em regra, por um Deputado do partido maioritário e cabendo-lhe presidir à conferência de líderes (composta pelos representantes dos grupos parlamentares e do Governo) e conduzir os trabalhos parlamentares, a fixação da agenda parlamentar é muito condicionada pelos interesses e pelas prioridades políticas do Governo, apesar de todos os mecanismos constitucionais e regimentais que garantem os direitos de agendamento (alguns potestativos) das minorias.

A disciplina partidária que, não obstante a Constituição proclamar que os Deputados exercem livremente o mandato (artigo 155.º, n.º 1, da CRP), vigora em quase todos os grupos parlamentares, particularmente nas votações relevantes para a realização da (ou oposição à) política governativa, assegura que a vontade das direções partidárias (designadamente da direção do partido maioritário) seja incondicionalmente respeitada. Nos partidos de governo, é, todavia, normalmente respeitada a liberdade de voto em questões que toquem a consciência dos Deputados.

Em Portugal, não há registo de um Governo ter caído devido à indisciplina dos Deputados do partido de que provém esse Governo (embora aqui e ali se tenham registado pequenas quezílias e rebeliões).

A capacidade técnica superlativa em relação aos Deputados e grupos parlamentares e a iniciativa política levam a que o Governo se torne o principal órgão de iniciativa legislativa com condições de sucesso.

Nestas condições, mais do que articulação, forte ou fraca, há grande dose de dependência do Parlamento em relação ao Governo. Em muitas circunstâncias, aquele parece funcionar como uma extensão do segundo e só as iniciativas dos partidos que compõem a(s) minoria(s) dão uma sensação de vida parlamentar autónoma.

Sob essas circunstâncias, o Presidente da República dispõe de reduzida capacidade de intervenção, assemelhando-se muito ao presidente típico do sistema parlamentar. Decerto que continua capaz de exercer os seus poderes, alguns dos quais bem relevantes, como o de veto a atos legislativos. Todavia, o exercício desse poder parecerá, algumas vezes, como “prova de vida” ou como a ressonância da oposição de movimentos sociais inorgânicos, e não como manifestação de um posicionamento político autónomo em relação ao Governo.

Se, por qualquer motivo, a relação entre a liderança do partido maioritário e o Presidente fosse diferente da que ocorreu no Governo de Passos Coelho, ou seja, se as condições políticas ditassem um pendor presidencial – por exemplo, por o líder da maioria reconhecer a liderança tácita do Presidente –, a articulação entre Governo e Parlamento não se processaria em termos muito diferentes dos descritos, embora a relação político-institucional central fosse entre PR e Governo e, só secundariamente, entre este e o Parlamento. Da perspetiva do Parlamento e da afirmação da sua autonomia face ao Governo (e, em última instância, face ao Presidente), as coisas não sofrem alteração significativa.

No extremo oposto, se assim se pode dizer, fica a situação vigente, desde outubro de 2019. A uma situação de Governo minoritário, chefiado pelo Primeiro-Ministro António Costa, líder do Partido Socialista, entre 2015 e 2019, sustentado por acordos escritos individuais de incidência parlamentar com três partidos com representação parlamentar, sucedeu, em 2019, um novo Governo minoritário (embora

com uma representação parlamentar significativa, superior à anterior). Desta feita, todavia, o Governo não dispõe de apoio estável no Parlamento (não há acordos escritos com os partidos à esquerda que garantam o apoio nos momentos em que estiver em causa a subsistência do Governo, ao invés do que ocorreu na legislatura 2015-2019).

Comum às duas soluções governativas é o exercício de um Presidente da República, Marcelo Rebelo de Sousa, eleito em 2016 e reeleito em 2021, proveniente de um partido diverso do que suporta o Governo, o PSD (embora seja importante realçar que as candidaturas presidenciais não são apresentadas por partidos e que os Presidentes, particularmente nas candidaturas a um segundo mandato, tentam apresentar-se como estando acima das lutas político-partidárias). Na eleição do início de 2021, o Partido Socialista não apoiou expressamente nenhum candidato, mas a percepção unânime não desmentida é que apoiou tacitamente a reeleição do Presidente. Essa circunstância é, aliás, resultante de, em muitas ocasiões, o Presidente ter funcionado, até aqui, como um pilar institucional de estabilização política e até de resguardo e apoio do Governo.

Nesse contexto político, quer no período 2015-2019, quer, mais vincadamente, do período de 2019 em diante, é óbvio que o centro da política se desloca para a relação/articulação institucional entre o Parlamento e o Governo, mas que o Presidente vê, também, serem criadas condições de acrescida influência política e peso institucional.

É inequívoco que o Parlamento exerce as competências de forma mais incondicionada.

O Governo perde o controlo da agenda político-parlamentar e arrisca derrotas quanto a medidas, passando a ser viáveis as chamadas coligações negativas: coligações ocasionais que se formam, derrotando o Governo, deliberadamente ou não, mediante aprovação ou rejeição de iniciativas contra a sua vontade. Por isso, o Governo é obrigado a reforçar os seus mecanismos de articulação não só com a bancada maioritária e sua liderança, mas com os demais partidos com representação parlamentar (e não apenas aqueles que se poderão constituir como aliados preferenciais ou mais disponíveis).

A Direção da bancada do partido do Governo pode não adquirir autonomia significativa (isso depende, em última análise, do perfil, temperamento e peso político do líder parlamentar, bem como da relação pessoal e política com o PM), mas a sua relevância na negociação parlamentar com os outros partidos cresce. Situação em que um partido não consegue garantir à cabeça que a sua vontade prevalece sobre a de todos os outros é situação que requer negociação permanente sobre agenda, apoios, iniciativas, votações, *trade offs*. A Direção da bancada assume, aí, papel de relevo.

Além disso, o Ministro (ou Secretário de Estado) dos Assuntos Parlamentares também vê o conteúdo funcional da sua missão significativamente alterado em relação ao que sucede quando o partido do Governo controla os trabalhos. Embora possa ser forçado a desempenhar com maior ou menor frequência, também, a tarefa de *Chief Whip* em relação aos Deputados do Partido do Governo (e à respetiva direção parlamentar), a sua tarefa principal é a de *chief negotiator* com os partidos da oposição, com vista à obtenção de maiorias para medidas fundamentais da Governação.

Mas, em rigor, essa tarefa de articulação recai também (mais intensamente do que em outras circunstâncias) em todos os demais membros do Governo, desde o Primeiro-Ministro aos Ministros e Secretários de Estado, que são chamados a ela muito mais repetidamente do que quando podem esperar tranquilamente nos seus gabinetes que os peões partidários no Grupo Parlamentar possam resolver qualquer dificuldade que se coloque.

CONCLUSÃO

Paradoxalmente, pode-se dizer que a articulação entre Governo e Parlamento é tanto mais geradora de unidade de decisão política, tão necessária no mundo que corre, quanto mais se esteja numa circunstância em que o Parlamento está afastado do centro do real poder de decisão.

Em contrapartida, os mecanismos de articulação ganham tanto mais relevo, importância e solidez quanto mais periclitante é a posição do Governo na sua relação com o Parlamento (e com o PR): se esses mecanismos são frágeis, funcionam mal ou são inadequados, corre-se o grave risco de ação política incoerente, volúvel ao sabor das maiorias que se esgotam no ato da votação parlamentar.

Nesse contexto, não podemos também esquecer a necessidade de articulação entre Parlamento e Presidente, sabendo-se que este é garante da estabilidade e, por vezes, o único sustentáculo - ou o sustentáculo determinante - do Governo em questões fundamentais (veja-se em 2020 a política de saúde em plena pandemia, TAP, Bancos, orçamentos deficitários). Na prática, a articulação entre Presidente da República e Primeiro-Ministro e a distribuição de trabalho, que pragmaticamente definiram para o tempo de crise, acentuou o que já muitas vezes parecia: um sistema de governo com executivo bicéfalo, de dois Primeiros-Ministros.



MARGARETE COELHO

É Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Foi Deputada Estadual, Vice-Governadora do Estado do Piauí e Professora da Universidade Estadual do Piauí, da União das Escolas Superiores Campomaiorenses (UNESC) e da Faculdade Integral Diferencial (FACID). Atualmente, é Procuradora aposentada da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí e Deputada Federal pelo Estado do Piauí, pelo qual foi Relatora da Lei de Segurança Nacional e do novo Código Eleitoral do Brasil, além de Coordenadora do Pacote Anticrime.

MARGARETE COELHO

O ABUSO DE PODER PARTIDÁRIO NO CONTEXTO DA SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES

Quando uma mulher assume uma posição de poder, é comum que ela seja questionada sobre como será capaz de dar conta das responsabilidades públicas, dos afazeres domésticos e dos cuidados com maridos e filhos. Há exemplos que se tornaram emblemáticos: ao ser eleita pela primeira vez à Presidência do Chile em 2006, Michelle Bachelet, no dia de sua posse, foi indagada por um jornalista chileno sobre como ela faria para dar conta do governo e de sua casa ao mesmo tempo, ao que ela retrucou: “Não lhe responderei à sua pergunta, pois você não faria a mesma se fosse um homem que estivesse, hoje, em meu lugar”, assumindo o governo do Chile. Outro exemplo: um repórter perguntou à cientista política mexicana Denise Dresser, quando teve seu nome ventilado para uma possível candidatura à Presidência do México em 2018, se “o México está preparado para ter uma mulher na Presidência da República?”. E ela respondeu: “Estará no dia em que você não mais fizer uma pergunta como essa”.

O problema da baixa representação das mulheres nos cargos eletivos, há muito, vem aquecendo os debates sobre a qualidade da democracia no Brasil. Em distintos países, ainda hoje, o que se observa é a pouca tolerância com a ocupação das mulheres nos espaços públicos. A elas, cabem somente os espaços privados, domésticos.

Como assevera a antropóloga Mexicana Marta Lamas, os costumes machistas não se eclipsam graciosamente com a força de uma lei: “temos hábitos mentais e formas de entender o lugar da mulher e do homem na sociedade que, dificilmente, irão mudar simplesmente pela força de uma lei”.¹

De fato, uma democracia representativa, na qual um enorme contingente de cidadãs, correspondente à maioria da população e também do eleitorado, não consegue se fazer representar igualmente nos espaços do poder e nem nos cargos eletivos, denuncia que algo precisa ser (re)visto nesse sistema. As estratégias adotadas pelo Brasil, tendo em vista estimular a participação da mulher na política, desde a sua participação na IV Conferência das Nações Unidas, realizada em Pequim, em setembro de 1995², não têm se mostrado satisfatórias para atingir o fim almejado.

Para que se entendam os motivos desse insucesso, há de se fazer, aqui, um pequeno recuo no tempo. De princípio, a ação positiva eleita foi a de inserir na legislação eleitoral uma cota de 20% para as mulheres nas chapas dos cargos Legislativos (Lei nº 9.100/95, art. 11, §3º). Posteriormente, a Lei nº 9504/1997, denominada Lei Geral das Eleições, por meio de regra inserida no seu art. 10 § 3º, passou a estabelecer que os Partidos e as Coligações “deveriam reservar” o mínimo de 30% e o máximo de 70% das vagas de candidaturas para cada sexo. Entretanto, quanto aos registros das candidaturas, os Partidos e as Coligações apresentavam chapas compostas fora desses parâmetros, sob a singela justificativa de que haviam “reservado” as vagas, mas as mulheres não haviam manifestado interesse em candidatar-se.

1 LAMAS, Marta. **Corpo**: diferença sexual e gênero. Madri: Taurus, 2002.

2 A IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, conhecida como Conferência de Pequim, desnudou a magnitude da feminização da pobreza, da violência contra as mulheres e sua exclusão das esferas de poder. O Brasil também é signatário do Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1999. O Governo brasileiro assinou o Protocolo Facultativo à CEDAW em março de 2001 e o ratificou através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

O suposto desinteresse das próprias mulheres calhou como a justificativa perfeita para que os líderes partidários não realizassem qualquer esforço para incentivar suas filiadas a participarem da política a ponto de quererem ser candidatas. Como a disputa por candidaturas nos partidos e nas coligações sempre foi bastante acirrada, se não havia vagas suficientes para acolher a todos os homens que desejavam participar do pleito, a concessão de espaço para as mulheres se tornou algo perturbador, como um direito que lhes havia sido solapado - justo por elas que não gostam de política e nem querem se candidatar -, não despertando nos partidos - território tradicionalmente masculino - qualquer simpatia e atuação no sentido de estimular, recrutar e preparar candidaturas femininas.

Se a Lei deixava uma “brecha”³, uma vez que a expressão “deverá reservar” era meramente indicativa, portanto, não impunha qualquer obrigatoriedade além de “reservar as vagas”, a mesma não demorou em ser aproveitada com tentativas dos partidos e das coligações de preencherem as vagas de mulheres que sobejavam com mais candidaturas masculinas. No entanto, a Justiça Eleitoral se posicionou contra tal possibilidade⁴ e o legislador procurou sanar a suposta lacuna, por meio da publicação da Lei nº 12.034/2009, que alterou a Lei nº 9.504/97, dando uma redação mais clara e enfática ao § 3º, do seu art. 10, que passou a estabelecer que os partidos políticos “preencherão” as chapas com no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo.

3 Lei Nº 9.504/97, art. 10, § 3º - Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento de candidaturas para cada sexo (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 12 abr. 2020).

4 “Candidatos para as eleições proporcionais. Preenchimento de vagas de acordo com os percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 1. O § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, passou a dispor que, ‘do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo’, substituindo, portanto, a locução anterior ‘deverá reservar’ por ‘preencherá’, a demonstrar o atual caráter imperativo do preceito quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 2. O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97. 3. Não atendidos os respectivos percentuais, cumpre determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral, a fim de que, após a devida intimação do partido, se proceda ao ajuste e regularização na forma da lei. [...]” (Ac. de 12.8.2010 no REspe nº 78432, rel. Min. Arnaldo Versiani.) (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência por assunto**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>. Acesso em: 10 fev. 2020).

A partir de então, superada estaria a questão da aplicação efetiva da Lei. O legislador teria proporcionado um incentivo capaz de levar os partidos a recrutar mulheres para preencherem, ao menos, o percentual mínimo de vagas por sexo, uma vez que, por ser uma obrigatoriedade, certamente as chapas que não cumprissem tal requisito teriam seus pedidos de registro indeferidos. Entretanto, os partidos lançaram mão de outro estratagema que lhes permitiria atender à regra da cota mínima sem terem que ceder espaço de poder para as mulheres nas suas chapas. Surgiram, assim, as candidaturas fictícias de mulheres, ou “candidaturas laranjas”, que consistem, basicamente, na composição das chapas proporcionais com candidatas que não possuem qualquer capital eleitoral, que não têm qualquer intenção ou condição de concorrer efetivamente aos cargos para os quais são candidatas, geralmente, recrutadas entre familiares de líderes partidários ou até mesmo de outros candidatos, ou entre as servidoras dos partidos - algumas sem sequer se saberem candidatas.

Deferidos os registros, tais “candidatas” desaparecem da cena política como personagens que já cumpriram seus papéis naquele drama, deixando o palco das disputas para os homens, os candidatos da vida real. Como fantasmas que retornam para seus mundos, fora da vida pública. Muitas delas logo retornam à cena, agora, para desempenharem outro papel: o de cabos eleitorais dos filhos, maridos, chefes, patrões, ou seja, dos reais candidatos, todos do sexo masculino. Tal fenômeno, uma clara fraude à legislação, que pretende estimular candidaturas e não meros registros, é facilmente perceptível durante as campanhas eleitorais, após vencida a fase de impugnações dos pedidos de registros: elas não fazem campanha, não pedem votos, não arrecadam recursos financeiros e nem realizam despesas. E não há, na legislação de regência, previsibilidade de qualquer instrumento legal manejável nem para apurar nem para punir tal prática, visto que a única sanção prevista para a incompletude das chapas é, tão somente, o indeferimento do pedido de registro, fase essa já então suplantada.

Assim, até há bem pouco tempo, seguia-se com uma clara burla à lei das cotas, praticadas impunemente por quase a totalidade dos Partidos, que, mais uma vez, lançavam mão de artifícios para frustrar a

efetividade da lei, distorcendo o seu sentido e a sua possibilidade de aplicação, negando às mulheres importante instrumento impulsor de suas participações na política, sob o argumento fácil de que elas não estavam dispostas a se candidatarem e, de fato, a concorrerem. Como se todas as mulheres nascessem sem qualquer vocação, ou ambição, para o exercício do poder. Entretanto, tal argumento é infirmado pelo expressivo número de mulheres filiadas a partidos políticos.⁵

Surgiram diversas ações eleitorais Brasil afora denunciando tal fraude. Entretanto, as mesmas sempre esbarraram na ausência de ação típica para seu processamento. E, de fato, como já se alertou acima, a lei que estabeleceu a cota de gênero, não previu os meios jurídicos a serem manejados quando do seu descumprimento. Por consequência, se não havia a via processual cabível, também não havia definição dos legitimados para os polos ativos e passivos, nem de qual seria a sanção aplicável. Conforme já se mencionou acima, o legislador previu um único momento para se denunciar o descumprimento da cota de candidatura por sexo: o do pedido de registro de candidaturas, através de Ação de Impugnação ao Pedido de Registro de Candidatura – AIRC, manejável contra o candidato, se inelegível, ou contra o partido ou coligação se não atendidas as condições de registrabilidade (dentre elas, o cumprimento da cota), cuja sanção é o indeferimento do pedido de registro. Portanto, tinha-se uma regra jurídica, cujo descumprimento não podia ser apurado e nem punido, em clara violação ao direito de ação e ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Tal entendimento só foi suplantado quando do julgamento Respe nº 1-49.2013.6.18.0024/PI, pelo TSE, que reconheceu que o termo “fraude”, incluído pelo legislador dentre as causas de pedir da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (CF, art. 14, § 10), “encerra um conceito aberto, a englobar todas as situações de fraude – inclusive a de fraude à lei – que possam afetar a normalidade das eleições e a le-

5 Segundo os dados atualizados do Tribunal Superior Eleitoral, 7.395.660 (sete milhões, trezentos e noventa e cinco, seiscentos e sessenta) dos filiados a Partidos Políticos se declaram do sexo feminino, o que representa 44,27% do total de filiados informados por partidos políticos (FILIAWEB. **Consulta de relação de filiados**. Disponíveis em: <http://filiaweb.tse.jus.br/filiaweb/>. Acesso em: 17 fev. 2020).

gítimidade do mandato obtido”.⁶ Posteriormente, em outro processo com a mesma origem e os mesmos fatos, reconheceu a Corte Eleitoral, também, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE 24342) como manejável em tais situações.

As duas ações são originárias do Município de José de Freitas/PI, em que a Coligação Vitória que o Povo Quer e Outra, lançou mão de inusitada estratégia: propôs todas as ações eleitorais previstas no repertório legal e o fez incluindo, nos polos ativos e passivos, todos os partidos e todos os candidatos registrados nas chapas impugnantes e impugnadas, respectivamente, forçando a Justiça Eleitoral a se debruçar sobre cada uma delas e suas condições de prosseguimento. Todas elas foram julgadas inadequadas nas instâncias iniciais, sob o fundamento de inadequação. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral, após muitas discussões e pedidos de vistas de Ministros, entendeu que, realmente, tal prática se tratava de clara fraude à lei, apurável por meio de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e Ação de Investigação Judicial Eleitoral e, uma vez comprovada, deveriam ser cassados todos os registros dos candidatos ou os mandatos de todos os eleitos, uma vez que haviam se beneficiado de uma fraude para obterem registro e concorrerem.

Era de se esperar que a Lei das Cotas, garantindo um espaço mínimo de participação e de visibilidade para as mulheres em chapas proporcionais, fosse o incentivo necessário para promover uma representação das mulheres no Legislativo, mais consentânea com a sua representação na sociedade. No caso específico do objeto desse estudo, esperava-se, ainda, que a criação de uma determinação legal operasse nos partidos e no eleitorado brasileiro como uma orientação convincente de escolha dos votantes, que fosse capaz de fazê-los despertar para a opção das mulheres como candidatas nas chapas eleitorais, conforme sugere o movimento iniciado por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein: o “paternalismo libertário” (ou “paternalismo liberal”, em outras traduções).⁷

6 Acórdão nº 1-49.2013. 6. 18.0024 - CLASSE 32-JOSE DE FREITAS/PI. Esclareça-se que, até então, conforme aponta o relator do referido Recurso Especial Eleitoral, o conceito de fraude para fins de cabimento de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo era “restrito a atos tendentes a afetar a vontade do eleitor, o que não seria o caso do eventual descumprimento do percentual de gênero previsto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 14 fev. 2020).

7 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Eisevier, 2009, p. 5.

O aspecto libertário consiste em crer que as pessoas são livres para tomarem as próprias decisões, escolhendo o que considerarem melhor para si. O aspecto do paternalismo consiste em influenciar, de alguma forma, para que as pessoas façam as melhores escolhas, as escolhas certas para elas. Nesse caso, esperava-se que a edição da lei garantisse o reforço da presença de mulheres nas chapas eleitorais e que, também, despertasse nos partidos e na sociedade o interesse pelo debate que levaria ao esclarecimento dos eleitores de que a participação das mulheres na política fortalece a democracia e que a escolha de candidatos ou candidatas deve ser feita pelo discurso, proposta, posicionamento político e atuação pública de cada um, e não pelo gênero. Essa deveria ser a ideia que conduziria a opção pelo paternalismo libertário, ou seja, a oportunidade de oferecer ao eleitorado outras opções de escolhas e que a eleição de uma mulher não se dê apenas em razão do regramento legal, mas por uma escolha consciente da cidadania.

Portanto, partindo-se de tais convicções, era possível admitir-se que a legislação em comento era o incentivo que faltava para que a relação de igualdade participativa das mulheres nas chapas eleitorais fosse paulatinamente sendo assimilada pelos partidos e eleitorado brasileiro. Mas o quadro mostrou-se totalmente desalentador. Muito embora, nas Eleições Gerais de 2018, tenha se percebido que a garantia de percentual dos fundos partidários equivalente ao número de candidatas tenha elevado a representação das mulheres na Câmara dos Deputados de cerca de dez para quinze por cento, permanece ínfima a sua participação nos demais Legislativos e em cargos de chefia do Executivo Federal, Estadual e Municipal, sejam eles eletivos ou de livre nomeação.

Aqui, propõe-se mais um pequeno recuo no tempo, para se examinar, desta feita, o percurso traçado para a adoção das cotas de gênero no Brasil. Ele será necessário para que se demonstre com mais clareza onde se localiza, neste caso, uma outra “pegadinha” do legislador. Pois bem, antes da adoção das cotas de gênero, os partidos ou coligações (ainda possíveis) poderiam registrar candidatos até o número equivalente ao de cadeiras em disputa. Após a adoção das co-

tas para atender às mulheres,⁸ aumentou-se o número de candidatos por chapa, passando-se à possibilidade de registrar até o equivalente a 120% das vagas em disputa. Anote-se, ainda, que o dispositivo legal (art. 11, § 3º, da Lei nº 9.100/95) que previu a criação da cota foi exatamente o mesmo que também aumentou o número de candidatos, deixando clara a correlação entre as duas alterações.⁹

Ou seja, não houve uma reserva de vagas no número de candidaturas para mulheres. O que houve foi a criação de um novo espaço, e para além do número de vagas, para elas. O aumento do número de candidatos promoveu uma pulverização no eleitorado, o que favorece as candidaturas estabelecidas, quais sejam, as masculinas. Anote-se que o legislador se referiu de início, expressamente, a um percentual mínimo reservado às mulheres, o que, posteriormente, foi considerado inconstitucional e corrigido na Lei Geral das Eleições, que passou a estabelecer o mínimo de 30% e o máximo de 70% para cada sexo e, mais uma vez, aumentou o número de candidaturas para 150% e 200% (conforme o número de eleitores da circunscrição eleitoral) das vagas a preencher.¹⁰

8 A cota de mulheres foi adotada no Brasil inicialmente pela Lei nº 9.100/95, que estabeleceu as normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e estabeleceu no caput de seu art. 11 que “cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher”. O § 3º, do mesmo artigo, diz: “Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”.

9 Cabe, aqui, um rápido esclarecimento: até as eleições municipais de 1996, as legislações eleitorais eram casuísticas, posto que só valeriam para aquela eleição. Eram as Leis do Ano. A partir daí, com o advento da Lei nº 9.504/97, que passou a ser denominada Lei Geral das Eleições, o sistema eleitoral brasileiro passou a contar com uma lei que deveria vigor para todas as eleições. Embora, na prática, não seja isto o que se observa, tendo-se em vista todas as reformas e minirreformas, que se observam a cada pleito eleitoral.

10 Lei nº 9.504/97, art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: I - nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas; II - nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher.

Portanto, manteve-se o legislador na estratégia de ampliar a cota mínima (na prática, sempre a destinada às mulheres) e criar “novas vagas” de candidaturas para elas. Como o percentual mínimo, até agora, tem sido preenchido por mulheres, tem-se que elas concorrem com 30% das candidaturas e os homens, com os 70% restantes. Então, se são menos candidatas, serão menos eleitas. A conta é simples; o raciocínio também.

Além disso, não há uma preocupação com o preparo das candidaturas, como já se anotou anteriormente. As mulheres terminam por ser recrutadas na undécima hora, já quando da formação das chapas, geralmente dentre parentes e familiares ou mesmo dentre aquelas que trabalham no partido nas instâncias burocráticas, mas sem qualquer militância política ou capital eleitoral. São candidatas fictícias, pois estão ali somente para atender à cota e não para concorrerem. Há, ainda, aquelas que são incluídas nas listas sem sequer tomarem conhecimento ou autorizarem a sua inclusão, em clara demonstração de má fé e de atentado à dignidade e à lisura do pleito.

Pode-se, assim, pensar em concluir que há poucas mulheres eleitas, porque também há poucas mulheres efetivamente candidatas, já que elas ocupam apenas 30% das candidaturas e muitas não estão ali para concorrer: não fazem campanha, não pedem votos e muitas não recebem sequer os próprios votos. Diversos estudos se dedicaram a avaliar os impactos das políticas de cotas para inclusão de mulheres na política, como os trabalhos de Pippa Norris (2006), Nelida Archenti e María Inés Tula (2008) e María del Rosario Varela Zúñiga (2013). Tais reflexões indicam que não há uma única razão que explique a exclusão das mulheres da política. Com efeito, Clara Araujo conclui, em suas análises, que o problema da representação das mulheres envolve dimensões analíticas distintas, que vão desde antecedentes comuns de exclusão histórica, passando pelas suas trajetórias sociais marcadas pela condição de gênero e por aspectos relacionados com as condições socioeconômicas, até aspectos do sistema político, tais como a cultura política e os sistemas partidário e eleitoral.¹¹

11 ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001, p. 239.

Sobre o tema, Araujo afirma que “as cotas constituem hoje um dos principais emblemas de compromissos partidários com as mulheres”,¹² e disso decorre que as cotas “vêm-se transformando numa das estratégias privilegiadas na luta das mulheres por inserção nas esferas de poder”, com isso, “gerando impactos simbólicos importantes ao contribuir para alterar determinadas percepções sobre o lugar da mulher na política”.¹³ Como sugere Esperanza Palma, “as cotas reforçam a representação descritiva; a maior presença numérica da mulher traz maior visibilidade pública e, muito provavelmente, as empodere socialmente”.¹⁴

María Luisa Tarrés, nessa temática, percebe que “a produção das estruturas que discriminam as mulheres está arraigada nos partidos políticos”.¹⁵ Uma vez que as mulheres conseguem se eleger, encontram dificuldades para ocupar espaços de poder centrais da vida parlamentar, como a presidência de comissões, de forma que “a classe política que hoje aceita o pluralismo e a competência eleitoral não se diferencia da anterior ao privilegiar a reprodução de seus membros e seus discursos”, e sob o signo da indiferença, “mostra-se resistente para renovar seus quadros, diversificar sua agenda e integrar de forma igualitária os diferentes, como as mulheres”.¹⁶ Os obstáculos para que as mulheres alcancem centralidade na vida política sugerem que “o incremento quantitativo não se tem traduzido em ações e propostas a favor dos principais problemas que afetam neste momento as mulheres, por exemplo, nos casos mais graves: a violência, tema concreto do feminicídio”.¹⁷

12 Id. Partidos Políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, p. 193-214, set. 2005, p. 209.

13 Id. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001, p. 232.

14 PALMA, Esperanza. Candidaturas femeninas y reclutamiento legislativo en México: el impacto de las cuotas de género en la composición de la LXI legislatura. In: SERRET, Estela (coord.). **Democracia y ciudadanía: perspectivas críticas feministas**. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 125.

15 TARRÉS, María Luisa. Participación política de las mujeres en el México contemporáneo, 1980-2000. In: RANDALL, Laura (coord.). **Reinventar México: estructuras en proceso de cambio: perspectiva política, social y económica**. México: Siglo XXI, 2006, p. 428.

16 Id. ¿Una ecuación injusta o un mal cálculo político? La movilización de las mexicanas por la democracia a fines del siglo XX y su magra representación en el sistema político. In: CEJAS, Mónica (coord.). **Igualdad de género y participación política: Chile, China, Egipto, Liberia, México y Sudáfrica**. México, El Colégio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2008, p. 118.

17 TÉLLEZ, Josefina Hernández. Los derechos de las mujeres, su status como ciudadanas y

Nessa quadra, José Eustáquio Alves observa que ainda “são os homens que controlam os principais cargos dentro dos partidos e espaços públicos de poder. Controlam também os recursos financeiros e o processo de escolha de candidatos”.¹⁸ Por isso, segundo opina, “para aumentar a participação feminina na política no Brasil é preciso alterar a participação das mulheres na estrutura de poder dos partidos políticos”.¹⁹ Célia Amorós chama esses movimentos de solidariedade masculina de boicote às candidaturas de mulheres, que criam uma espécie de “pacto entre varões” que permite que os homens “dominem o conjunto das mulheres” e controlem sua força de trabalho.²⁰ Lúcia Avelar também identifica certo veto que impede as mulheres de ascender politicamente nas esferas partidárias: vemos, claramente, um veto à entrada das mulheres, o que configura, no plano eleitoral, uma representação não democrática. O veto nos reporta ao conjunto de regras e normas do sistema eleitoral que preserva a continuidade da ‘velha elite’ ou oligarquias partidárias.²¹

Avelar evidencia que “a entrada de outros postulantes é vista como um conflito, uma competição entre grupos, mais uma entre as que já existem internamente nos partidos”.²² Maria Isabel da Cruz destaca que “os homens, publicamente, até admitem a importância da participação feminina nas esferas públicas, mas na prática têm muita dificuldade em compreender ou conviver com essa realidade”.²³ O incremento da participação de mulheres na política significa que menos homens serão eleitos, uma vez que a quantidade de vagas

su representación legislativa. In: GARCIA, María Aidé Hernández; ALONSO, Jesús Alberto Rodríguez (coord.). **Entre guijarros: avances y retrocesos de la participación política de las mujeres en México.** México: Porrúa, 2013, p. 59.

18 ALVES, José Eustáquio Diniz. O avanço das mulheres nas eleições de 2012 e o déficit democrático de gênero, **EcoDebate**, Rio de Janeiro, 17 out. 2012. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2012/10/17/o-avanco-das-mulheres-nas-eleicoes-de-2012-e-o-deficit-democratico-de-genero-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 15 mar. 2020, p. 10.

19 Ibid.

20 AMORÓS, Célia. **Mujeres e imaginários de la globalización: reflexiones para una agenda teórica global del feminismo.** Rosário (Argentina): Homo Sapiens Ediciones, 2008, p. 40.

21 AVELAR, Lúcia. Mulheres e Política em Perspectiva. In: VENTURI, Gustavo e GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado: uma década de mudanças na opinião pública.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013, p. 300-301.

22 Ibid., p. 300-301.

23 CRUZ, Maria Isabel da. **A mulher na igreja e na política.** São Paulo: Outras Expressões, 2013, p. 68.

disponíveis é limitada, de modo que a luta das mulheres raramente é acompanhada pela solidariedade masculina. Astelarra constata que “no caso da política há um número fixo de parlamentares; se queremos mais mulheres há homens que terão que deixar seu posto e, em geral, lhes custa bastante abandonar a sala”.²⁴ Os homens lutam para manter suas posições de privilégio enquanto as mulheres lutam para superar o sistema de exclusão que lhes afastam da política.

Luana Pinheiro deixa patente que “a atuação de homens e mulheres na esfera política institucional guia-se, dentre inúmeros outros fatores, pela preocupação masculina em manter sua posição dominante, excluindo outros grupos dos polos de poder”, e, ao contrário, pela feminina, a atenção está “em subverter a sua posição de dominada”.²⁵ No entanto, “a incompletude da cidadania feminina, mesmo que a maioria masculina não aceite ou pretenda ignorar esse fato, é a incompletude da cidadania humana, da experiência humana de direitos numa dimensão de emancipação e justiça”, resalta Marlise Matos.²⁶

Drude Dahlerup relaciona os argumentos favoráveis e contrários às cotas de participação política para mulheres.²⁷ Dentre os argumentos contrários, estão: “as cotas violam o princípio da igualdade de oportunidade para todos, já que as mulheres têm tratamento preferencial”; “a representação política deve implicar uma escolha entre ideias e plataformas partidárias, não entre categorias sociais”; “as cotas são antidemocráticas, pois os eleitores devem poder decidir quem será eleito”; “as cotas sugerem que políticos são eleitos devido ao seu sexo, não devido a suas qualificações, e, por consequência,

24 ASTELARRA, Judith. **Democracia, Género y Sistema Político**. In: MEENTZEN, Angela; GOMÁRIZ, Enrique. *Democracia de género, una propuesta inclusiva: contribuciones desde América Latina y Europa*. El Salvador: Fundación Heinrich Böll, 2003, p. 34.

25 PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes femininas na política: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007, p. 43.

26 MATOS, Marlise. *Mulheres em busca de cidadania política: paradoxos de uma incompletude*. VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013, p. 232.

27 DAHLERUP, Drude. *Increasing womens political representation*. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza. **Women in Parliament: Beyond Numbers**. Stockholm: IDEA, 2005, p. 143-145 e COSTA, Thiago Cortez. **Representação política feminina: modelos hierárquicos para análise dos resultados eleitorais de 2006**. Rio de Janeiro: ENCE, 2008, p. 45-47.

candidatos mais bem qualificados são preteridos”; “a introdução de cotas cria conflitos significativos dentro da organização partidária”; e “as cotas para mulheres serão seguidas por demandas de cotas para outros grupos, o que resultará em uma política deletéria de representação de interesses de grupos”.²⁸

Dentre os argumentos favoráveis que Drude Dahlerup categoriza, estão: “cotas para mulheres não discriminam, mas compensam as atuais barreiras que impedem que as mulheres tenham acesso a sua parcela justa dos assentos parlamentares”; “cotas requerem que haja várias mulheres juntas em um comitê ou assembleia, desse modo minimizando a pressão frequentemente experimentada por mulheres em números reduzidos ou isoladas”; “as mulheres têm o direito, enquanto cidadãs, de ter igual representação”; “a experiência feminina é necessária na vida política”; “os homens não podem representar o interesse das mulheres. Apenas mulheres conseguem representar a diversidade feminina”; “eleições são matéria de representação, não de qualificação educacional”; “mulheres são tão bem qualificadas quanto homens, mas as qualificações de mulheres são subestimadas e minimizadas em um sistema político dominado por homens”; “cotas não discriminam homens individualmente”, e “ao invés disso, as cotas limitam a tendência dos partidos políticos em nomear apenas homens. Para os eleitores, as oportunidades são expandidas, já que assim se torna possível também votar em mulheres”; “introduzir cotas pode causar conflitos, mas eles são apenas temporários”; “várias reconhecidas convenções internacionais sobre gênero fixaram objetivos para a representação política de mulheres”, até mesmo “a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, da qual 185 países são signatários”, e aqui se inclui “a Plataforma de Ação de Pequim, de 1995”; “Não é justificável que as mulheres, que representam cerca de 50% da população mundial, ocupem menos de 20% das vagas nos parlamentos ao redor do globo”.²⁹

28 DAHLERUP, Drude. Increasing womens political representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza. **Women in Parliament: Beyond Numbers**. Stockholm: IDEA, 2005, p. 143-145.

29 Ibid., p. 143-145.

Há, ainda, um argumento que é sempre invocado, e com muita eloquência, quando se discute a cota de gênero como norma impositiva de regras sobre tipos de candidaturas: a de que tal cláusula afrontaria a autonomia partidária, expressa no art. 17, §1º, da Constituição Federal. Entretanto, conforme defende Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, muito embora a cláusula da autonomia seja inerente ao próprio estatuto constitucional dos partidos políticos, conferindo-lhe uma esfera de privacidade e intimidade dogmática e institucional/organizacional que é infensa à intervenção estatal, isso não significa que tais corpos intermediários sejam integralmente imunes às regras e aos princípios fundamentais constantes da Carta Política, tal como o são o princípio da igual dignidade de todos e o da não discriminação entre sexos.³⁰

Bucchianeri anota, ainda, que, além de a autonomia partidária não eximir as agremiações dos seus compromissos com os direitos fundamentais da pessoa humana, insertos também na Carta Magna, no art. 17, caput, é inquestionável, ainda, a oponibilidade também a eles, mesmo na condição de entidades privadas, dos direitos fundamentais, por consequência natural do efeito externo ou eficácia horizontal desses direitos, que são dotados do atributo da fundamentalidade e, assim, não podem ser "analisados em sua dimensão unicamente voltada às relações travadas entre indivíduos e o poder público, para condicionarem, de igual modo, os relacionamentos firmados entre particulares".³¹ Portanto, descabe invocar-se a autonomia partidária nessa seara, visto que a mesma não tem o condão de isentar os partidos do dever constitucional de observância aos direitos fundamentais insculpidos no caput do art. 17, da CF.

A questão da resistência partidária masculina restou bem destacada em julgamento recente e paradigmático para a questão das cotas de gênero nas chapas proporcionais, como se perceberá, especialmente no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. De fato, o Tribunal Superior Eleitoral, em Sessão dia 17 de setembro de 2019, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral nº 193-92.2016.6.18.0018 – CLASSE 32,

30 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. O Problema da (Sub)Representação Política da Mulher: um tema central na agenda política nacional. In: Coelho, Marcus Vinicius Furtado. Agra, Walber de Moura (coordenadores). **Direito Eleitoral e Democracia: Desafios e Perspectivas**. Brasília: OAB, Conselho, 2010. Pag. 215-216.

31 Idem. p. 216.

originário de Valença do Piauí (PI), sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, estabeleceu um avanço significativo no combate às chamadas candidaturas “laranjas”. No precedente em tela, decidiu o TSE, por maioria de votos, manter a cassação de seis vereadores eleitos em duas chapas nas Eleições 2016, dentre os quais duas mulheres, sob o fundamento de que as chapas em questão haviam se beneficiado de candidaturas fictícias de mulheres, usadas para alcançar o percentual mínimo de 30% previsto na Lei nº 9.504/1997.

Ao todo, dentre eleitos e não eleitos, 29 candidatos registrados pelas duas coligações tiveram os registros cassados pelo mesmo motivo. Além disso, um candidato eleito e outro não eleito foram declarados inelegíveis por oito anos, visto que o Tribunal reconheceu que ambos contribuíram diretamente para a fraude, uma vez que possuem vínculo de parentesco com as titulares das candidaturas fictícias (filho e marido respectivamente), que também ficaram inelegíveis. No seu voto, acompanhando o relator, o ministro Barroso destacou que a cota de gênero existe desde 1997, portanto, há mais de 20 anos, no Brasil e que a medida ainda não produziu nenhum impacto no Parlamento brasileiro, atribuindo tal fato a um evidente descompromisso dos partidos políticos. Na verve do Ministro:

No Brasil, porém, na contramão da experiência dos nossos países vizinhos, embora a quota de gênero de 30% para Câmara dos Deputados seja adotada desde 1997, a política não produziu impacto verdadeiro na representação das mulheres no parlamento. Os resultados ruins da reserva de candidaturas femininas parecem advir da falta de comprometimento efetivo dos partidos políticos em promover maior participação política feminina. Isso é demonstrado pela recalcitrância dos partidos políticos e das lideranças partidárias em empregar os recursos destinados por lei à difusão da participação política feminina para atrair mais mulheres para seus quadros e promover sua capacitação; em dar espaço a mulheres em seus órgãos diretivos; em dar pleno cumprimento à cota de gênero, não apenas como a escolha em convenção de mulheres que queiram concorrer efetivamente, mas também com a alocação de recursos e tempo de propaganda eleitoral na TV e no rádio para que elas tenham chances efetivas de se elegerem.

Quanto à possibilidade de haver candidaturas femininas cassadas em razão da fraude à cota, o Ministro Tarcísio Vieira foi enfático ao declarar não ver com qualquer perplexidade o fato, pois as candidaturas femininas fictícias propiciaram uma falsa competição pelo voto popular. Embora o legislador, ao estabelecer a regra da cota, não tenha feito previsão expressa do instrumento jurídico a ser manejado quando do seu descumprimento, nem da penalidade a ser aplicada em casos que tais, entende-se que a aplicação da pena de cassação de registro de toda a chapa beneficiada pela fraude encontra respaldo no próprio repertório eleitoral. Com efeito, se as candidaturas fictícias redundam em incompletude da chapa, a consequência jurídica do fato é o indeferimento do pedido de registro da mesma, “ainda que após a proclamação dos eleitos”, como prevê especificamente no art. 22, da LC 64/90, que estabelece o rito de processamento das AIJE e da AIME. O mesmo dispositivo legal determina, ainda, que, uma vez julgada procedente a demanda, deverá ser declarada a inelegibilidade do representado e “de quantos hajam contribuído para a prática do ato”. Além disso, é incontroverso que a consequência para comprovação da prática de fraude no processo eleitoral é a cassação do registro ou do diploma do candidato diretamente por ela beneficiado.

As fraudes às candidaturas femininas constituem nova modalidade de abuso de poder político, pois afetam a normalidade das eleições, afrontam o princípio da igualdade de oportunidades na competição, o que, *per se*, já constitui um abuso de poder e, por isso, podem ser punidas com cassação de mandato e inelegibilidades, mediante ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral ou Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. O efeito imediato dessa forma de abuso de poder repercute na ressentida ausência da mulher nos espaços de poder, o que inviabiliza um debate adequado em torno de questões fundamentais, como segurança, educação e saúde, além de proporcionar um maior diálogo mais abrangente em torno de questões que estejam relacionadas às pautas femininas.

Essa nova modalidade de abuso de poder ocorre no interior dos partidos políticos, que detêm, por escolha do legislador constitucional, a exclusividade para pedir o registro de candidaturas, mas ao comporem suas chapas, além de destinarem o percentual mínimo às mulheres, o preenchem negando efetividade à norma, mediante fraude, visto que utilizam candidaturas fictícias, ou candidaturas laranjas para atenderem ao comando legal. Ao invés de incentivar a participação feminina nos partidos e nas eleições, as siglas utilizam candidaturas fictícias para preencher os requisitos da lei eleitoral. É comum que dirigentes e lideranças partidárias, majoritariamente masculinas, relatem dificuldades no recrutamento de mulheres para compor as chapas de candidaturas ou mesmo para os cargos de direção do partido. Entretanto, razões outras explicam a sub-representação feminina nos espaços de poder e têm mais a ver com estereótipos sexistas, machistas e patriarcais, segundo os quais o lugar da mulher é o espaço doméstico, cabendo ao homem o espaço público.

Modificar essas estruturas e alterar esse quadro no qual, às mulheres, cabe o espaço doméstico e, aos homens, o espaço público, que vem desenhando o mapa da política, deixando as mulheres praticamente de fora, deveria ser uma agenda que convocasse não só as mulheres, mas a cidadania como um todo, uma vez que vai muito além das regras do jogo eleitoral e da lei das cotas de gênero, importando na necessidade urgente de se reconhecer que o fortalecimento das democracias contemporâneas passa pela reconfiguração do mapa mental de sua população e, especialmente, de suas instituições, como os partidos políticos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. O avanço das mulheres nas eleições de 2012 e o déficit democrático de gênero, **EcoDebate**, Rio de Janeiro, 17 out. 2012.

AMORÓS, Célia. **Mujeres e imaginários de la globalizacion**: reflexiones para una agenda teórica global del feminismo. Rosário (Argentina): Homo Sapiens Ediciones, 2008.

ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001.

ARAUJO, Clara. Partidos Políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, p. 193-214, set. 2005.

ASTELARRA, Judith. Democracia, Género y Sistema Político. In: MEENTZEN, Angela; GOMÁRIZ, Enrique. **Democracia de género, una propuesta inclusiva**: contribuciones desde América Latina y Europa. El Salvador: Fundación Heinrich Böll, 2003.

AVELAR, Lúcia. Mulheres e Política em Perspectiva. In: VENTURI, Gustavo e GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013.

COSTA, Thiago Cortez. **Representação política feminina**: modelos hierárquicos para análise dos resultados eleitorais de 2006. Rio de Janeiro: ENCE, 2008.

CRUZ, Maria Isabel da. **A mulher na igreja e na política**. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

DAHLERUP, Drude. Increasing womens political representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza. **Women in Parliament: Beyond Numbers**. Stockholm: IDEA, 2005.

LAMAS, Marta. **Corpo**: diferença sexual e gênero. Madri: Taurus, 2002.

MATOS, Marlise. Mulheres em busca de cidadania política: paradoxos de uma incompletude. VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013.

PALMA, Esperanza. Candidaturas femeninas y reclutamiento legislativo en México: el impacto de las cuotas de género en la composición de la LXI legislatura. In: SERRET, Estela (coord.). **Democracia y ciudadanía**: perspectivas críticas feministas. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes femininas na política**: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. O Problema da (Sub)Representação Política da Mulher: um tema central na agenda política nacional. In: Coelho, Marcus Vinicius Furtado. Agra, Walber de Moura (coordenadores). **Direito Eleitoral e Democracia: Desafios e Perspectivas**. Brasília: OAB, Conselho, 2010.

TARRÉS, María Luisa. ¿Una ecuación injusta o un mal cálculo político? La movilización de las mexicanas por la democracia a fines del siglo XX y su magra representación en el sistema político. In: CEJAS, Mónica (coord.). **Igualdad de género y participación política**: Chile, China, Egipto, Liberia, México y Sudáfrica. México, El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2008.

TARRÉS, María Luisa. Participación política de las mujeres en el México contemporáneo, 1980-2000. In: RANDALL, Laura (coord.). **Reinventar México**: estructuras en proceso de cambio: perspectiva política, social y económica. México: Siglo XXI, 2006, p. 428.

TÉLLEZ, Josefina Hernández. Los derechos de las mujeres, su status como ciudadanas y su representación legislativa. In: GARCIA, Maria Aidé Hernández; ALONSO, Jesús Alberto Rodríguez (coord.). **Entre guijarros**: avances y retrocesos de la participación política de las mujeres en México. México: Porrúa, 2013.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Eisevier, 2009.

CAPÍTULO 3

CRISES E PANDEMIA

CATARINA SANTOS BOTELHO



CATARINA SANTOS BOTELHO

É Doutora em Direito Público pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, da qual, atualmente, é Professora, além de coordenar o curso de Pós-graduação interdisciplinar em Direitos Humanos. Foi Investigadora Visitante no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e é Investigadora do Católica Research Center for the Future of the Law.

CATARINA BOTELHO

QUAL O LUGAR DA EMERGÊNCIA NO CONSTITUCIONALISMO HODIERNO?

Nos nossos dias, 90% das Constituições possuem disposições relativas ao estado de exceção¹ – ou seja, normalidade, por um lado, e exceção/emergência, por outro lado, são conceitos perspetivados em dicotomia, ocupando espaços temporais mutuamente exclusivos.² O raciocínio lógico-temporal assenta nas seguintes premissas: estado de normalidade – estado de exceção – retorno à normalidade.³ Todavia, uma tal separação estanque dos momentos temporais foi ultrapassada pela realidade das coisas, em especial após a década de 1980, tendo-se agudizado na sequência do 11 de setembro de 2001, com a concretização da ameaça terrorista.

Fará sentido, em situações que se prolongam muito no tempo, falar em exceção? Essa situação mimetiza os dilemas experienciados entre 2011-2014, em Portugal, aquando do resgate financeiro pela “Troika”,⁴ que enfatizou o problema da efetivação dos direitos sociais em tempos de crise. A retórica argumentativa das medidas de aus-

1 Christian Bjørnskov e Stefan Voigt, “The architecture of emergency constitutions”, *ICON*, 16, 2018, pp. 101-127, p. 101.

2 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press, 2006, p. 2.

3 Catarina Santos Botelho, “Os estados de exceção constitucional... cit., p. 51.

4 Expressão que se celebrou para designar a tríade: Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu.

teridade que foram sendo tomadas, rotuladas como “excepcionais e transitórias”, foi perdendo a sua força com o passar do tempo.⁵ Concomitantemente, a ideia de favor legislatoris, isto é, de conceder o benefício da dúvida ao legislador pelas medidas tomadas, foi também diminuindo.⁶ Com efeito, eventuais medidas suspensivas e/ou regressivas apenas se poderiam justificar perante “crises conjunturais ou episódicas”, e não face a “crises sistémicas ou permanentes”.⁷

Ora, no que respeita a um enquadramento político-filosófico do estado de exceção no direito público, é importante lembrar a lição de Thomas Jefferson, inspirada em John Locke, quando sustentou a ideia de que o Estado não pode capitular em nome de uma escrupulosa fidelidade ao direito positivado, absurdamente sacrificando os fins aos meios.⁸ No caso *Kennedy versus Mendonza Martinez*, o Supremo Tribunal norte-americano utilizou uma expressão muito curiosa ao afirmar que a ideia de idolatria jurídica, de positivismo, não pode transformar a constituição “num pacto suicida”.⁹

Por outras palavras, o direito não pode revelar-se ou tornar-se um instrumento contra si próprio. Numa emergência ou calamidade, não podemos pugnar pela aplicação irredutível de todas as normas constitucionais, tornando, assim, impossível a salvação da sociedade e, no limite, a salvação do Estado.¹⁰ Como escrevi, “perante uma crise acutilante, o nível de alerta dos Estados aumenta e o desafio é o de saber se (e até que ponto) podemos admitir afetações aos direitos fundamentais e aos valores democráticos para salvar a existência do estado de direito democrático”.¹¹

5 Jeff King, “Social Rights and Welfare Reform in Times of Economic Crisis”. In: *Protecting Economic and Social Rights in Times of Economic Crisis: What Role for the Judges?* European Commission for Democracy Through Law, Conselho da Europa, 2014, pp. 2-10, p. 4.

6 Catarina Santos Botelho, *Direitos sociais em tempos de crise - Ou revisitar as normas programáticas*. Almedina, 2015, p. 488.

7 Catarina Santos Botelho, *Direitos sociais em tempos de crise... cit.*, pp. 405-406, e Miguel Prata Roque, “Juízos Precários de Constitucionalidade - O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso de direitos fundamentais”. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II. Coimbra Editora, 2012, pp. 849-896, pp. 887-888.

8 Carta de Thomas Jefferson a John B. Colvin, escrita em 20 de setembro de 1810. In: Martin E. Segal (ed.) *Thomas Jefferson: Writings*. Library of America, 1984, p. 1231.

9 *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 1963, par. 160.

10 Francisco Fernández Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Político*, 18-19. 1983, pp. 31-58, pp. 31-34.

11 Catarina Santos Botelho, “Os estados de exceção constitucional... cit.”, p. 49.

Quanto a mim, tendo a optar pelas teorias de gravitação constitucional, que são teorias que advogam que o estado de exceção não deve sair da órbita da normação constitucional. Dizendo de outro modo, o estado de exceção não é uma situação jurídica para além da Constituição, mas sim uma situação jurídica a ser integrada pela própria Constituição.¹²

2. O CONTEXTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

2.1. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTADO DE SÍTIO OU ESTADO DE EMERGÊNCIA

Em Portugal, o estado de exceção divide-se em duas categorias: o estado de sítio e o estado de emergência, consagradas no artigo 19º da Constituição. Ambas as categorias partilham os pressupostos materiais. Poderão fundamentar-se numa situação exógena, tal como a agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, ou em duas situações endógenas, têm que ver com o contexto interno do Estado, e que são as seguintes: grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática, e a situação de calamidade pública.

Quando uma dessas três situações revelar um contexto de menor gravidade e intensidade, opta-se pelo estado de emergência. Assumindo um contexto de maior gravidade, então a escolha deverá recair no estado de sítio.

A distinção entre estado de sítio e de emergência diz respeito à periculosidade para a existência do Estado, a segurança e a organização da coletividade.¹³ Atesta-se um crescendo na possibilidade de afetação dos direitos e liberdades fundamentais. Em estado de normalidade – e à semelhança do que se passa no Brasil –, os direitos fundamentais podem ser restringidos mediante leis restritivas, que têm apertados requisitos constitucionais. Na vigência de um estado de exceção, caso se trate de um estado de emergência, existe uma dupla

¹² Friedrich Koja, *Allgemeine Staatslehre*. Manz, 1993, p. 399.

¹³ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, cit., pp. 399-400.

limitação, pois só podem ser suspensos alguns direitos, liberdades e garantias, e excluem-se sempre os direitos, liberdades e garantias elencados no nº 6 do artigo 19º. Numa situação de estado de sítio, teremos já a possibilidade de suspensão total de direitos, liberdades e garantias, ainda que com o idêntico limite do nº 6 do artigo 19º.¹⁴

Desde a vigência da atual Constituição de 1976, nunca foi decretado o estado de sítio. Já o estado de emergência foi decretado, por várias vezes, desde o início de 2020, no contexto da pandemia da COVID-19. Não é fácil qualificar o pressuposto material da pandemia da COVID-19, pois trata-se de uma situação simultaneamente endógena e exógena, pelo que profundamente atípica.¹⁵

2.2. SUSPENSÃO DE DIREITOS *VERSUS* RESTRIÇÃO DE DIREITOS

Olhando agora, mais concretamente, para a afetação do direito fundamental, importa distinguir a restrição de direitos fundamentais, que pode ser feita no contexto de normalidade constitucional, e a suspensão de direitos fundamentais, que ocorre apenas em estado de exceção constitucional (quer seja de sítio, quer de emergência). A distinção entre restrição e suspensão é melindrosa e de elevada complexidade.¹⁶

Podemos, ainda assim, identificar quatro aspetos distintivos. Desde logo, o contexto: enquanto a suspensão ocorre em estado de exceção constitucional, a restrição ocorre num cenário de normalidade constitucional. Outra distinção prende-se com a gravidade da afetação de direitos. A restrição atinge o conteúdo normal do direito, mas não o seu conteúdo essencial, o coração do direito; já a suspensão implica a afetação do conteúdo essencial do direito.

14 Catarina Santos Botelho, "Os estados de exceção constitucional... cit.", p. 56.

15 *Idem*, p. 55.

16 *Idem*, pp. 57-59

Quanto ao procedimento, a restrição tem de cumprir os seis requisitos cumulativos do artigo 18º da Constituição. Já a imensa gravidade da lesão operada por uma suspensão de direitos implicou a imposição constitucional de inúmeros limites procedimentais, materiais, temporais e circunstanciais.

Quanto à duração, a lei restritiva não tem limites temporais. Com efeito, pode subsistir indefinidamente na ordem jurídica, até ser substituída por outra ou revogada. Nos antípodas, a suspensão tem um limite temporal balizado: 15 dias, que poderão ser sujeitos a prorrogação.

É interessante verificar que o desenho constitucional da suspensão de direitos em Portugal é muito bizarro, porquanto “a suspensão do exercício de direitos não é, no rigor dos termos, uma genuína suspensão, verdadeiramente aniquiladora do conteúdo essencial do direito fundamental, mas uma espécie de restrição jusfundamental atípica e mais gravosa”.¹⁷ Como José Carlos Vieira de Andrade perspicazmente observou, se a declaração e a execução do estado de exceção são limitadas ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade, então “os direitos não ficam propriamente suspensos, mas antes precários ou «enfraquecidos»” perante a possibilidade de serem restringidos ou comprimidos.¹⁸

2.3. LIMITES SUBSTANCIAIS DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Para evitar que o estado de exceção seja instrumentalizado num parágrafo de ditadura, a suspensão não reveste a forma de um cheque em branco.¹⁹ Ao contrário das Constituições brasileira e espanhola, que especificam quais os direitos fundamentais

¹⁷ *Idem*, p. 58.

¹⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed. Almedina, 2012, p. 315, nt. 7.

¹⁹ Catarina Santos Botelho, “Declaração de emergência ou da emergência da declaração?”, *Público*, 18/03/2020, disponível em: <https://www.publico.pt/2020/03/18/politica/noticia/declaracao-emergencia-emergencia-declaracao-1908266>

que podem ser suspensos, a Constituição portuguesa optou por responder a essa questão ao contrário, pela negativa, estipulando quais os direitos que não podem ser suspensos.

De facto, quanto aos limites substanciais ou materiais ao estado de exceção, é de destacar, à cabeça, a cláusula de intangibilidade do nº 6 do artigo 19º, segundo a qual não poderão ser suspensos os seguintes direitos: à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos, e a liberdade de consciência e de religião. Devido à sua proximidade aos valores pessoais fundamentais, alguma doutrina chega mesmo a apelidar esse reduto último de direitos como "direitos fundamentalíssimos"²⁰ ou de "direitos fundamentais absolutos".²¹

Importa, ainda, mencionar a rigorosa sujeição aos princípios da constitucionalidade e da legalidade (artigos 3º/3 e 19º/7 da Constituição), assim como o respeito pelo princípio da proporcionalidade. Cumpre não esquecer que o princípio da proporcionalidade é um princípio medular do estado de direito democrático.²² Esse juízo de proporcionalidade acompanha quer o procedimento de declaração do estado de emergência, quer o regime da execução da exceção.²³ Por exemplo, é preciso efetuar um juízo de proporcionalidade para aferir se é ou não necessário desencadear um procedimento conducente à declaração de exceção. Depois, entre a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, dever-se-á escolher a solução menos gravosa, que é o estado de emergência. De igual modo, poder-se-á decidir por um estado de emergência nacional – que abranje todo o território português – ou por um estado de emergência

20 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...* cit., p. 314, José Casalta Nabais, "Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa", *Boletim do Ministério da Justiça*, 400, 1990, pp. 15-39, p. 28, e José M. M Cardoso da Costa, "A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais", *Boletim do Ministério da Justiça*, 396, 1990, pp. 5-27, p. 21.

21 Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de excepção no direito constitucional*, Almedina, 1999, pp. 1463 e ss.

22 Ingo Kraft, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis", *Bayerische Verwaltungsblätter*, 138, 2007, pp. 577-581, e Jürgen Schwarze, "Dimensionen des Rechtsgrundsatzes des Verhältnismäßigkeit", in Jörn Ipsen (ed.) *Europa im Wandel - Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag*, Heymann, 2008, pp. 633-644.

23 Catarina Santos Botelho, "Os estados de exceção constitucional..." cit., p. 67.

restringido a uma específica parcela do território nacional. Outra manifestação da proporcionalidade é o dever de retorno à normalidade assim que possível. Idealmente e assim que surjam condições para cessar o estado de exceção, este não deverá ser prorrogado. Já quanto à seleção dos direitos fundamentais a suspender, deverá apenas recair sobre aqueles que muito possivelmente comprometam a execução do estado de exceção.²⁴

Seja como for, alguma doutrina mostra-se bastante cética quanto às potencialidades do juízo de proporcionalidade em situações de exceção constitucional, pois entende que o pêndulo decisório tende a girar, assumida ou não assumidamente, a favor dos governos nacionais.²⁵

2.4. O DECRETAMENTO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Em Portugal, quando se explica o processo de decretamento do estado de exceção, é difícil escapar ao lugar-comum que habitualmente serve para descrever, numa formulação que reconheço ser algo simplista, a tríade de atuações conducentes ao decreto de exceção: o Presidente da República declara, a Assembleia da República aprova, e o Governo referenda.²⁶

O desenho constitucional português enfatiza os checks and balances, aquilo que, no Brasil, se designa por “freios e contrapesos”, que são proporcionados pelo acordo entre três órgãos de soberania democraticamente legitimados. O Chefe de Estado e o Parlamento são órgãos de soberania que possuem legitimidade democrática direta (artigos 121º e 148º da Constituição). Já o Governo possui legitimidade democrática indireta, pois é nomeado tendo em conta os resultados das eleições legislativas (nº 1 do artigo 187º) e necessita do apoio parlamentar, quer para entrar em plenitude de funções (artigo

24 *Idem, ibidem.*

25 Oren Gross, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1011-1134, p. 1038.

26 Catarina Santos Botelho, “Os estados de exceção constitucional... cit., p. 68.

192º), quer para permanecer em funções. De facto, a Assembleia da República pode aprovar moções de censura ou aprovar moções de confiança, que poderão ter, como consequência, a demissão automática do Governo (nº 1 do artigo 19.º).

2.5. ESTADO DE EMERGÊNCIA DE JURE E DE FACTO? O DESASSOSSEGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Até agora, foram os dez decretos presidenciais de emergência. Irei analisá-los muito perfunctoriamente. O Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, declarou o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública.²⁷ Vimos já que, desde que se iniciou a transição para a democracia, com a aprovação da Constituição de 1976, nunca havia sido decretada a exceção constitucional. O que motivou, assim, uma medida tão radical? Como escrevi, “este foi, a meu ver, o único decretamento do estado de emergência que se não configurava como uma obrigação constitucional. Em termos políticos, porém, tratou-se de uma declaração preventiva e, na minha opinião, politicamente adequada ao momento disruptivo de enorme incerteza e de pânico generalizado que se vivia”.²⁸

O Decreto n.º 17-A/2020, de 2 de abril, renovou, pela primeira vez, a declaração de estado de emergência.²⁹ De seguida, o Decreto n.º 20-A/2020, de 17 de abril, procedeu à segunda renovação da declaração de estado de emergência.³⁰ Estas renovações, que ocorreram num contexto pandémico mais agravado, assentaram numa lógica reativa e implicaram novas restrições às liberdades fundamentais.

27 Diário da República n.º 55/2020, 3.º Suplemento, Série I de 2020-03-18.

28 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2021/01/19/politica/opiniao/emergencia-preventiva-reativa-cirurgica-reforcada-1946968>>. Publicado igualmente no Observatório Almedina, em 25 de janeiro de 2021: <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/01/25/emergencia-preventiva-reativa-cirurgica-reforcada/>>.

29 Diário da República n.º 66/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-04-02.

30 Diário da República n.º 76/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-04-17.

Entre 3 de maio e 5 novembro, transitou-se para a normalidade constitucional, permitindo-se um certo relaxamento das restrições previamente impostas e uma reabertura da economia. Não obstante, o Conselho de Ministros implementou, ao longo de vários meses, diferentes estados gradativos de exceção administrativa regulados pela Lei de Bases da Proteção Civil: o estado de alerta, o estado de contingência e o estado de calamidade, tendo em conta diferentes patamares de infeção no território nacional.³¹

Durante esse tempo, vários constitucionalistas alertaram para a inconstitucionalidade de algumas medidas adotadas. De facto, “como podemos observar em tantas situações (tais como os confinamentos inconstitucionais impostos nos Açores),³² o estado de emergência administrativa mascarou, até um certo ponto, um estado de emergência constitucional de facto. Clarificando as coisas, sofremos as desvantagens de uma quasi-emergência (as afetações gravosas dos direitos fundamentais), sem termos obtido os benefícios da mesma (todas as garantias de controlos mútuos de poder que a Constituição oferece)”³³

Com o agravar da situação pandémica, a 6 de novembro de 2020, o Presidente da República, decretou o estado de emergência constitucional, numa configuração gradativa ou cirúrgica, pois a gravidade das medidas a adotar estava dependente do número de infetados por concelho.³⁴ Essa declaração de emergência foi renovada três

31 Lei n.º 27/2006, de 3 de julho. O estado de alerta consta dos artigos 13.º a 15.º, o estado de contingência dos artigos 16.º a 18.º e o estado de calamidade dos artigos 189.º a 30.º.

32 Para mais desenvolvimentos, ver Catarina Santos Botelho, “COVID-19 and stress on fundamental rights in Portugal: An intermezzo between the state of exception and constitutional normality”, *Revista Catalana de Dret Públic - Especial sobre el dret en temps d'emergència sanitària*, 2020, pp. 183-194, p. 191. A jurisprudência Covid-19 é ainda relativamente escassa. Fazemos referência, porém, ao relevante Acórdão do Tribunal Constitucional português, n.º 424/2020, de 31 de julho, que, num processo de fiscalização sucessiva concreta (artigos 204.º e 280.º da Constituição) julgou “inconstitucionais as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, por referência ao artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa”.

33 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, *Público*, cit.

34 Decreto n.º 51-U/2020, *Diário da República* n.º 217/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-11-06.

vezes: a 20 de novembro,³⁵ a 4 de dezembro³⁶ e a 17 de dezembro de 2020,³⁷ e a 6 de janeiro de 2021.³⁸ Nessa última renovação, por não ter sido “possível realizar antes de meados de janeiro uma nova reunião com os especialistas com dados significativos da evolução daquela”, o Presidente optou por renovar o estado de emergência por apenas uma semana.

Não tardou, porém, para que os efeitos de um certo relaxamento das medidas sanitárias no período do Natal e Ano Novo se repercutissem nos casos novos de infeção. No decreto de emergência do dia 13 de janeiro,³⁹ assim como no decreto de 28 de janeiro,⁴⁰ possibilitou-se um novo confinamento geral. A renovação da emergência alicerçou-se na necessidade iminente de criar, nas palavras do Presidente da República, “um travão de reforçada emergência”.⁴¹

Pela primeira vez, dentre as sucessivas declarações de emergência, assistimos às duas renovações de emergência reforçadas e que procuram responder ao mais gravoso período de emergência até então experienciado.⁴² Na verdade, Portugal encontra-se, à data em que escrevemos este texto,⁴³ entre os países do mundo com maior número de novos falecimentos e de novas infeções por 100 mil habitantes

35 Decreto n.º 59-A/2020, Diário da República n.º 227/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-11-20

36 Decreto n.º 61-A/2020, Diário da República n.º 236/2020, 2.º Suplemento, Série I de 2020-12-04.

37 Decreto n.º 66-A/2020, Diário da República n.º 244/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-12-17.

38 Decreto n.º 6-A/2021, Diário da República n.º 3/2021, 1.º Suplemento, Série I de 2021-01-06.

39 Decreto n.º 6-B/2021, Diário da República n.º 8/2021, 2.º Suplemento, Série I de 2021-01-13.

40 Decreto n.º 9-A/2021, Diário da República n.º 19/2021, 1.º Suplemento, Série I de 2021-01-28. Como resulta do preâmbulo do Decreto, “a situação de calamidade pública provocada pela pandemia COVID-19 continua a agravar-se, fruto, segundo os peritos, da falta de rigor no cumprimento das medidas restritivas, bem como de novas variantes do vírus SARS-COV-2, que tornam ainda mais difícil a contenção da disseminação da doença. A capacidade hospitalar do País está posta à prova, mesmo com a mobilização de todos os meios do SNS, das Forças Armadas, dos setores social e privado, pelo que não há alternativa à redução de casos a montante, que só é possível com a diminuição drástica de contágios, que exige o cumprimento rigoroso das regras sanitárias em vigor e a aplicação de restrições de deslocação e contactos. Os peritos insistem que a intensidade e eficácia das medidas restritivas, em particular um confinamento mais rigoroso, é diretamente proporcional à eficácia e rapidez da desaceleração de novos casos, em seguida de internamentos e finalmente de óbitos. Nestes termos, impõe-se renovar mais uma vez o estado de emergência, para permitir ao Governo tomar as medidas mais adequadas para continuar a combater esta fase da pandemia”.

41 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, cit.

42 Idem, *ibidem*.

43 Última semana de janeiro de 2021.

nos últimos sete dias.⁴⁴ Sem dúvida, uma triste realidade para um país que, no início da pandemia, era apontado como um exemplo a seguir ou até como um “milagre” entre os seus congêneres europeus.⁴⁵

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terminar, a pergunta naturalmente será esta: é esse cenário político-legislativo que queremos para o nosso futuro? “O que dizer deste estado de coisas? Em primeiro lugar, assistimos, em particular entre abril e novembro, a uma fuga governamental ao crivo presidencial e parlamentar, através de resoluções do Conselho de Ministros. Os riscos que daqui advieram são evidentes: esses atos normativos não foram sujeitos à apreciação parlamentar (artigo 169º da Constituição), nem à promulgação, veto político ou veto jurídico (na sequência de um pedido de fiscalização preventiva) do Presidente da República, nos termos do artigo 136º da Constituição”.⁴⁶ Num estudo empírico do período entre 1974 e 2016, o Anna Lührmann e Bryan Rooney concluíram que a erosão democrática era 75% mais provável de suceder na vigência de estados de exceção.⁴⁷ Portanto, em estados de emergência que se prolongam no tempo, há um risco acrescido de erosão democrática e de autocratização por decreto.

“Em segundo lugar e conseqüentemente, não podemos deixar de salientar a total desadequação da nossa legislação ordinária para lidar com a pandemia. A Lei de Bases da Proteção da Civil e a demais legislação de emergência não foram pensadas para situações deste tipo, nem lhe conseguem dar resposta. Assim, e na esteira do que tem sido defendido por vários constitucionalistas, também advogo a aprovação de uma lei de emergência sanitária”.⁴⁸ Essa lei já deveria es-

44 <https://edition.cnn.com/videos/world/2021/01/29/portugal-coronavirus-covid-19-crisis-soares-pkg-intl-hnk-vpx.cnn>

45 <https://www.politico.eu/article/how-portugal-became-europes-coronavirus-exception/>

46 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, cit.

47 Anna Lührmann e Bryan Rooney, “Autocratization by Decree: States of Emergency and Democratic Decline”. *Comparative Politics*, 2020, forthcoming.

48 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, cit.

tar em vigor há muito tempo, quer através de proposta de lei do Governo (alínea d do nº 1 do artigo 197.º da Constituição), quer mediante projeto de lei da Assembleia da República (alínea b do artigo 156º).

Seja como for, importa ressaltar que “aprovar a legislação sanitária não significa a desnecessidade de, no futuro, o Presidente da República declarar a emergência constitucional. Como bem se aceitará, há determinadas afetações dos direitos fundamentais que, por serem tão gravosas, se configuram como verdadeiras suspensões de direitos, e não como meras restrições. Quanto a mim, a vantagem da adoção da legislação sanitária seria a de evitar a fuga para a legislação por resolução do Conselho de Ministros, mitigando o confuso saltitar entre estado de emergência constitucional e o estado de emergência administrativa”.⁴⁹

A terminar, os tempos difíceis que vivemos ensinam-nos – a todos, aos cientistas, aos juristas, aos economistas, aos profissionais de saúde, etc. – a humildade intelectual. “As teses perfeitamente estruturadas sob a égide do magnífico edifício constitucional capitulam perante a realidade das coisas: o dever-ser pelo que efetivamente é; a law in books pela law in action”.⁵⁰ Quando os pais fundadores desenharam o edifício constitucional, certamente não antecipavam uma vivência tão brutalmente disruptiva como a que presentemente vivemos. Por isso, neste incerto e difícil ano que se inicia, o importante é seguir em frente com determinação. Estranhamente perturbadoras e certeiras são as belíssimas palavras de Antonio Machado: “Caminante, son tus huellas el camino y nada más; Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace el camino, y al volver la vista atrás, se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. Caminante no hay camino sino estelas en la mar”.⁵¹

49 *Idem, ibidem.*

50 Catarina Santos Botelho, “Eleições em emergência”, Blog da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 14 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ffms.pt/blog/artigo/501/eleicoes-em-emergencia>>.

51 *Idem, ibidem.*

CAPÍTULO 4

O IMPACTO DA PANDEMIA NA ECONOMIA

JOSÉ ROBERTO AFONSO

JOSÉ PASTORE

JOAQUIM MIRANDA SARMENTO



JOSÉ ROBERTO AFONSO

É Pós-doutor em Administração Pública pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Foi Superintendente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social (BNDES) e Assessor Técnico do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. Atualmente, é Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Investigador do Centro de Administração Pública da Universidade de Lisboa, Consultor Técnico da FGV Europe e Sócio-fundador da Finance.

**JOSÉ ROBERTO
AFONSO**

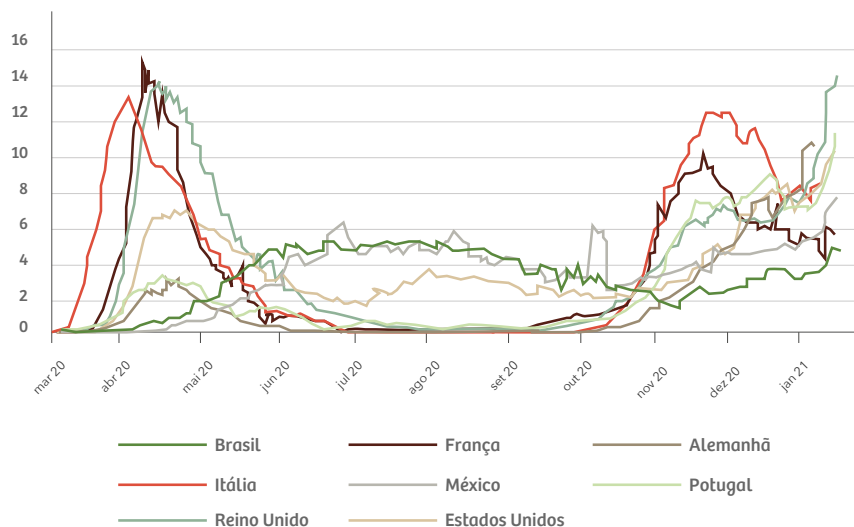
IMPACTOS DA PANDEMIA NA ECONOMIA

○ Brasil é o segundo dentre os grandes países em que os cientistas se acham menos considerados e ouvidos pelos formuladores de políticas em meio à pandemia.¹ Não há uma estratégia para seu enfrentamento. Por outro lado, isso não deveria ser pretexto para se apostar em qualquer reforma ou medida, esperando que o acaso a torne útil.

A pandemia da COVID-19 está longe de acabar. Quando se observa o número de novos óbitos provocados pela doença, é fácil notar a nova onda de contágio que varre Europa e Estados Unidos e já parece ameaçar o Brasil – vide gráfico.

¹ Estudo destacado pelo The Economist mostra o Brasil como o segundo país cuja comunidade científica mais discorda e não acredita que os governantes ouviram os aconselhamentos científicos. Rijs, C., Fenter, F. (2020). The academic response to COVID-19. *Frontiers in public health*, 8, 797. Disponível em: <<https://bit.ly/3pQ8Npw>>.

MÉDIA MÓVEL (7 DIAS) DE NOVOS ÓBTOS POR COVID-19 POR MILHÃO DE HABITANTES: ATÉ 12 JAN.2021



Fonte: Our World in Data. Elaboração própria.

Seus impactos na economia e na sociedade são tão profundos que resultarão em um novo normal. A crise pandêmica vai além ao dificultar as medidas governamentais e reformas voltadas para a recuperação, porque em muito de nossas vidas e negócios não voltaremos ao que éramos. Trocar o retrovisor pelo olhar para o futuro, mas com ações no presente, seria a forma mais consistente de desenhar uma estratégia de reconstrução econômica e social.

Uma certeza do novo normal exige intensificar a digitalização drástica de nossas vidas e nossos negócios, o que, por sua vez, demanda políticas de fomento à inovação e ao empreendedorismo e ações dos governos para se modernizarem como o setor privado.² O Brasil ainda precisa fazer um acerto com seu passado e recuperar o atraso na infraestrutura básica, desde transportes a comunicações.

² Sobre a importância dos empreendedores, ver texto de Carlos Melles, "Microempreendedores individuais terão papel estratégico na nova economia". Poder 360, 20 nov. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/33AqFLF>>.

É preciso conciliar esses desafios com o mais difícil de todos: gerar trabalho num mundo que terá cada vez menos empregos com carteira assinada.³ As relações econômicas e sociais já vinham mudando muito antes da chegada do coronavírus. Cada vez mais se comprará pela internet. Robôs, mais rápidos, baratos e imunes a vírus substituirão ainda mais trabalhadores; dados passarão a valer tanto ou mais do que petróleo.^{4,5}

Enquanto o Brasil não consegue entrar nos trilhos da estrada para o futuro, ao menos não deve retroceder. Esta é uma hora decisiva, e cabe reavaliar as ideias e os projetos que até eram corretos e necessários para o velho normal, mas, para a realidade atual, talvez não sejam prioritários ou até dificultem a emergência do novo normal.

Antes de tudo, é preciso focar a saúde, que ainda não teve a prioridade que a emergência exige. Para enfrentar a COVID-19, vacinar em massa e, sobretudo, evitar que um novo vírus provoque nova calamidade, é preciso investir pesado e modernizar o Sistema Único de Saúde (SUS), bem como salvar e integrar a rede privada. O SUS depende essencialmente da boa saúde fiscal dos governos estaduais e municipais, que executam 95% do gasto público com a assistência médica do país.⁶ Hospitais particulares perderam muitos de seus clientes, e o setor de saúde é dos que mais ajudaram a afundar o PIB.

Ao contrário do que poderia caber na normalidade antiga, a atual emergência sanitária exige medidas com devolução imediata. É preciso desonerar e reduzir o custo da cadeia de produção de vacinas, insumos e serviços de saúde, bem como incentivar os investimentos digitais e infraestrutura, com imediata depreciação (salvo nos casos de bens que destroem emprego de forma mais evidente) e devolução de créditos acumulados, como estão fazendo as economias mais

3 O tema do futuro do trabalho tem sido amplamente estudado no exterior. Ver, entre outros, relatório do Fórum Econômico Mundial: "The future of jobs report 2020". Disponível em: <<https://bit.ly/3pQnGIq>>.

4 Ver também: "Pandemic speeds labour shift from humans to robots, WEF survey finds". Reuters, 20 out. 2020. Disponível em: <<https://reut.rs/3911oie>>.

5 "The world's most valuable resource is no longer oil, but data". The Economist, 6 maio 2020. Disponível em: <<https://econ.st/35MdkRI>>.

6 Cálculos de Kleber Castro. Fontes primárias: BSPN/STN e Siga Brasil. Dados relativos às despesas empenhadas na respectiva função e subfunção, já excluídas as transferências intergovernamentais.

avançadas.⁷ Manter baixa ou nula a cunha fiscal do crédito para giro de microempresas e para investimentos em geral deve vigorar além dos tempos de calamidade. Enfim, há muito que se pode fazer para entrar em vigor de imediato e com efeito concreto, para combater a inédita crise e construir o novo normal.

Para o futuro, a digitalização exigirá contratar serviços de informática eficazes, o novo trabalho será na forma de empreendedorismo e a infraestrutura básica significará muito mais energia limpa, telecomunicações avançadas e logísticas eficientes.⁸ Mais uma vez, o inegável aumento do custo tributário de contratar serviços encarece justamente os insumos e os bens de capital mais requeridos para o futuro.

Os futuros sistemas deveriam tributar mais e melhor os negócios nas nuvens e os gigantes da internet, além de redesenhar o custeio dos esquemas públicos de proteção social dos desempregados. Essas são as pautas que mais concentram atenções de organismos e especialistas do mundo. Enquanto eles não chegam a acordo, e diante da pandemia, os governos continuam a reduzir impostos dos pequenos negócios e dos que promovem novos investimentos; nas raras vezes em que agora se aumentou imposto, foram sobre jogos eletrônicos e maconha recreativa.⁹

O Brasil vai na contramão dessa agenda. É tratado como inovador um imposto sobre bens e serviços que, na essência, chegou a ser aprovado em (sic) 1987, no início da Assembleia Constituinte, mas abortado pela negativa dos prefeitos em abrir mão de cobrar o seu próprio ISS. A tentativa foi repetida em 1999, a partir de proposta do governo FHC, que nem passou em comissão na Câmara dos Deputados. Os mesmos impasses federativos se alargaram até aqui, com fiscos locais cada vez mais eficientes e autônomos, e ainda não se encontraram alternativas consistentes para compensar impactos na receita e, sobretudo, na autonomia de seus próprios tributos. Aos impasses federativos se somam

7 Vale destacar o trabalho de Wen para o FMI, que cita uma série de alternativas para criar incentivos ao investimento: Wen, Jean-François. Incentivos temporários ao investimento. FMI: Fiscal Afaris, maio 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/30Mdk79>>.

8 Digital transformation: powering the great reset. Fórum Econômico Mundial. 17 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HhEI0D>>.

9 Para mais detalhes sobre estratégias para enfrentar a mudança social e econômica pós-COVID-19, vale conferir a nova iniciativa do FMI denominada The Great Reset. Disponível em: <<https://www.weforum.org/great-reset>>.

os jurídicos: ampliar ainda mais o espaço na Constituição sobre matéria tributária, já a mais detalhada do mundo, paradoxalmente, aumenta a insegurança jurídica, sobretudo para as fazendas, pois acelerará a judicialização crescente. Governos e parlamentos já cederam ao STF a decisão final sobre o sistema tributário brasileiro.

Não adianta fazer a coisa certa, mas na hora errada. Nunca experimentamos uma recessão tão arrasadora dos serviços como a trazida pela COVID-19; logo, não é o momento de aumentar (e em muito) a carga tributária, sobretudo em cima dessas atividades, muito menos de supor que o aumento de custos poderá ser impunemente repassado aos preços em meio à interrupção dos negócios e à frágil situação financeira das empresas e dos consumidores. Se encarecermos ainda mais os custos dos pequenos lojistas de um *shopping center*, por exemplo, mais espaço poderá ser ocupado por quem vende pela internet – mas gera menos emprego, renda e arrecadação. A política tributária não pode agravar as frágeis condições econômicas que a economia vive no contexto da pandemia.

Imposto pode fazer muito mal para a saúde e, pior, para o futuro. O que era certo do passado não serve para a hora terrível do presente. O Brasil tem a vantagem de ter um Congresso com ímpeto de reformar, um governo nacional que promete descentralizar e desestatizar, bem assim como um Judiciário cada vez mais ativo. Falta é ouvir mais a ciência, em todos os ramos, inclusive nas humanidades e na economia, para redirecionar medidas, ações e reformas que respondam à emergência da pandemia e à reconstrução do novo normal.

Enfim, é hora de concentrar esforços no controle da pandemia e retomar a razão e o futuro. Não se pode errar em uma hora tão delicada, muito menos sinalizar contra a retomada dos investimentos e da economia.

Não se recuperará aquilo para o qual não mais se voltará. As empresas, em sua maioria, adotarão de forma permanente medidas emergenciais para enfrentar a COVID-19, como é o caso emblemático do teletrabalho.¹⁰ Falta agora os governos adotarem novas políticas pú-

¹⁰ Pesquisa da FGV/IBRE indica que 90% das empresas implantaram alguma mudança em sua operação em função da pandemia e que, destas, 56% pretendem adotá-la de maneira parcial ou total. As alterações são das mais diversas, passando pelo desenvolvimento de novos produtos, novos canais de venda, home office etc. Ver: Folha de São Paulo. "Mais de 50% das empresas manterão mudanças adotadas na pandemia". 25 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/304hXUp>>.

blicas, a comecem pela de saúde e pela econômica, para igualmente tratarem como permanente o que era inicialmente apenas um cenário emergencial.

A crise socioeconômica desencadeada pela pandemia da COVID-19 é comparável às piores da história, como, por exemplo, aquela da Grande Depressão, cujos efeitos se fizeram sentir anos para além de 1929. Esse é justamente o desafio dos governantes ao redor do mundo: evitar (ou minimizar) os impactos estruturais negativos de uma crise circunstancial.

Há um agravante para o caso brasileiro, que, antes da chegada do coronavírus, já lidava com uma economia estagnada, mal saída de forte recessão sucedida no biênio 2015/16. Urge adotar ação estratégica para aproveitar as oportunidades criadas pela pandemia, que antecipou e aprofundou desafios já postos, mas adiados ou mesmo ignorados, como a revisão da proteção social dos trabalhadores, a digitalização da economia, a restrição ambiental e os baixos níveis de poupança e investimento.

Nessa guerra econômica, pode-se destacar a batalha travada pelas empresas de menor porte, que, por terem grande presença em setores vulneráveis à crise (alimentação, turismo, pequeno varejo etc.), com reduzido poder e diversificação de mercado, fraca capacidade de caixa e insuficiente acesso a crédito, enfrentam a possibilidade real de falência. Assim, não surpreendem os dados recentes do IBGE indicando que cerca de 522 mil empresas encerraram suas atividades em função da pandemia.¹¹ A acentuada frustração de receita em ritmo acelerado deteriora o já frágil balanço dessas empresas, a começar pelas menores, tornando muitas inadimplentes e algumas, insolventes.

¹¹ Pesquisa Pulso-Empresa: Impacto da Covid19 nas Empresas. Disponível em: <<https://bit.ly/3eRTTIH>>.

No curto prazo, predominando muito mais a ótica de uma crise de oferta, era fundamental assegurar que os problemas de liquidez, decorrentes da emergência pandêmica, não desencadeassem uma ampla crise de solvência.¹² Para empresas, a prioridade inicial do governo foi oferecer linhas de empréstimos favorecidas, inclusive com recursos e garantias públicas. Grande parte desse esforço, no entanto, fracassou. O Indicador de Facilidade de Acesso ao Crédito do IBRE revela o alcance restrito das medidas adotadas pelo governo no tocante à disponibilidade de crédito: a pesquisa indica que 33,8% das empresas relataram “dificuldade” e apenas 7,7% tiveram “facilidade”.¹³ No mesmo sentido, estudo da FGV considerando somente os três primeiros meses da pandemia estima que, nesse período, a demanda de crédito não atendida para as MPEs estaria entre R\$ 35 e R\$ 79 bilhões.¹⁴

Uma das questões iluminadas pela pandemia diz respeito ao fato de o sistema bancário brasileiro não gostar de emprestar para empresas, favorecendo o crédito para o governo.¹⁵ Para os bancos, emprestar à maioria das empresas privadas significa assumir um risco significativo. Mesmo que liderado pelas instituições públicas, o sistema bancário não irá fazer em situação extremamente adversa o que já não fazia em condições normais, por receio de comprometer sua própria solvência.

Ainda que o crédito tivesse chegado, restariam novos entraves pelo lado da demanda, sobretudo pela queda do consumo e a inesperada poupança precaucional, concentrada em dívida pública de prazo curto. É necessário, portanto, pensar em como direcionar esse enorme e crescente volume poupado para aplicações de prazos mais longos e atreladas a projetos de investimento privado. Cabe repensar a dinâmica macroeconômica, sobretudo no que se refere à questão do aumento das

12 Um possível caminho alternativo reside no PL 2431/2020, que criou o Programa de Proteção Econômica (PPE), a fim de disponibilizar crédito para o pagamento de tributos e salários, garantido pelo Tesouro Nacional, mas usando mercado de capitais e as chamadas “maquininhas” como canal de distribuição. Disponível em: <<https://bit.ly/2BxcjAE>>.

13 FRANCO, R. Indicador ainda sinaliza restrição ao acesso a crédito. Blog do IBRE. 22 jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/32LgDHB>>.

14 GONZALEZ, L.; BARREIRA, B.; RIDOLFO, A. Crédito para os pequenos em tempos de pandemia. FGV EAESP, 2020.

15 Não à toa o problema de a dívida brasileira não ser propriamente seu tamanho, mas sim sua composição, com os ativos do país concentrados na dívida pública. O ideal é que, no médio e no longo prazos, possa-se converter a dívida pública em privada.

taxas de poupança doméstica, dita precaucional, e sua transformação em investimento tem sido alvo de discussão no exterior.^{16,17}

A poupança das famílias é calculada de forma residual através da diferença entre a renda das famílias disponível bruta (levando em consideração a variação da participação líquida das famílias nos fundos de pensões) e o consumo das famílias, onde a taxa de poupança é dada pela razão dessa diferença e a renda das famílias disponível bruta ajustada.

Devido à ausência de dados, optou-se por fazer um exercício básico para tentar estimar a taxa de poupança das famílias nos últimos anos. Para essa finalidade, admite-se como hipótese que as variações percentuais nominais anuais da “renda disponível bruta das famílias” (somada à variação da participação líquida das famílias nos fundos de pensões) e da “renda disponível bruta ajustada das famílias” se comportam de forma linear à variação percentual nominal anual do Produto Interno Bruto.^{18,19}

Para 2020, foram utilizadas como base as projeções do PIB (-5,4%) e do consumo das famílias (-7,2%) do FGV/IBRE, divulgadas no último Boletim Macro.²⁰

16 But the bigger impact of the pandemic has been on the demand side, causing expectations for future inflation and interest rates to fall even further. The desire to invest has plunged, while people across the rich world are now saving much of their income.” Em: The Covid-19 pandemic is forcing a rethink in macroeconomics. The Economist, 23 ago. 2020.

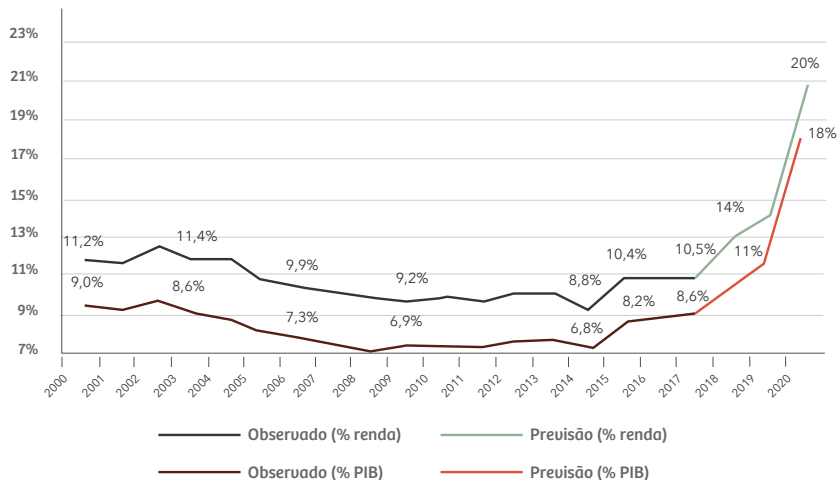
17 Também nesse sentido, vale ver novo livro de Robert Skidelsky, “What’s wrong with economics? A primer for the perplexed”, em que o autor reflete acerca das circunstâncias que moldaram o estado atual das ciências econômicas e quais os possíveis caminhos futuros para a disciplina.

18 Foram estimadas as variações nominais das rendas mencionadas para os anos de 2018, 2019 e 2020 através do método de mínimos quadrados ordinários, tendo a variação nominal anual das rendas como variáveis dependentes. O deflator a ser aplicado para chegar à taxa nominal foi estimado utilizando-se o modelo TRAMOSEATS, modelo de ajuste sazonal.

19 A fonte dos dados das rendas disponíveis das famílias é do IBGE/SCN/CEI e o Produto Interno Bruto, do IBGE/SCN/CNT.

20 Disponível em: <<https://bit.ly/35Eai29>>.

POUPANÇA DAS FAMÍLIAS: EM % DA RENDA DISPONÍVEL E DO PIB (2000 - 2020)



Fonte: IBGE e FGV/IBRE. Elaboração própria.

Nota: hipótese de que os rendimentos das famílias se comportam de forma linear ao PIB.

Os governos precisam induzir, direta e indiretamente, a recuperação da demanda, nos moldes do que têm defendido organismos multilaterais e sido posto em prática pelas economias avançadas.²¹ Se houvesse espaço fiscal, seria fácil elevar rapidamente os investimentos públicos, o que, no Brasil, não se consegue também por razões das regras fiscais e até mesmo pela incapacidade da administração pública. Por outro lado, não há por que esperar que o setor privado vá elevar de forma expressiva os investimentos quando acumula uma brutal capacidade ociosa, não apenas na indústria, mas por ser esta crise a primeira que castiga duramente os serviços, e certamente dificultará também o interesse na infraestrutura.

21 Para uma compilação de ações governamentais ao redor do mundo, ver: para políticas fiscais, monetárias e outras, "Policy responses to Covid-19", do FMI (disponível em: <<https://bit.ly/34iZZOA>>); para medidas tributárias, "Tracking economic relief plans", da Tax Foundation (disponível em: <<https://bit.ly/3bTrWit>>); para medidas de confinamento, saúde e econômicas, "Country policy tracker", da OCDE (disponível em: <<https://bit.ly/2RfZ9wK>>).

Faz-se necessário construir um novo arranjo institucional e financeiro, que permita o compartilhamento de projetos de investimento entre setor privado e público, com novas formas de financiamento, implantação e posterior operação.²² Os investimentos, por sua vez, devem focar temas estruturantes, seja a questão climática, como no pacote de estímulo aprovado pela União Europeia, em que grande parte dos recursos impulsionará o European Green Deal,²³ ou então direcionado à capacidade de fazer frente à revolução tecnológica, como no Endless Frontier Act,²⁴ proposta bipartidária no Senado americano, que visa reformar o sistema de inovação daquele país.

Por certo, no Brasil não faltam (novas e velhas) oportunidades de investimento. Em primeiro lugar estão os investimentos no setor de saúde, que, além da justificativa óbvia para o enfrentamento do restante da pandemia, representam também uma ótima forma para multiplicar renda e emprego na economia, como destacado por relatório recente da consultoria McKinsey, que estima que benefícios econômicos do investimento em saúde poderiam aumentar o crescimento anual do PIB mundial em 0,4 p.p. até 2040.²⁵

Responsáveis pela maioria dos empregos, sobretudo no Brasil, a quebra generalizada das MPEs compromete os níveis de emprego e renda para além do curto prazo, dificultando ainda mais a retomada econômica. Acreditar em sua sobrevivência depende de melhor e maior acesso ao crédito, combinado a um plano ousado de retomada da demanda, que pode ser puxado por investimentos fixos.

22 Como alerta o FMI, "Once the pandemic is under control, broad-based fiscal stimulus to support the recovery could focus on public investment, including on physical and digital infrastructure, health care systems, and the transition to a low-carbon economy. Where fiscal space is limited, countries need to reorient revenue and spending to increase and incentivize productive investment". FMI, World Economic Outlook Update, jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2X0OPeP>>.

23 O European Green Deal corresponde a um conjunto de políticas públicas da Comissão Europeia com o objetivo de tornar a economia da UE sustentável. Disponível em: <<https://bit.ly/3hGocnj>>.

24 Como deixa claro o texto do projeto de lei, "Without a significant increase in investment in research, education, technology transfer, and the core strengths of the United States innovation ecosystem, it is only a matter of time before the global competitors of the United States overtake the United States in terms of technological primacy. The country that wins the race in key technologies—such as artificial intelligence, quantum computing, advanced communications, and advanced manufacturing—will be the superpower of the future". Disponível em: <<https://bit.ly/2OYAqeJ>>.

25 McKinsey & Company. Prioritizing health: A prescription for prosperity. 2020. Disponível em: <<https://mck.co/2WWZ8QS>>.

Enfim, o mais importante agora é ter noção estratégica de que o país precisará de uma reconstrução, e não somente de recuperação, pois não irá voltar ao que era antes. Além disso, assim como a crise de 1929 culminou no New Deal nos Estados Unidos, é preciso que nossos governantes adotem medidas igualmente ousadas para enfrentar uma crise que não tem data para acabar. A Europa aposta numa versão nova desse plano, com foco no meio ambiente e na revolução digital, e poderia servir de paradigma para o Brasil nos dias atuais.²⁶

Há que se reinventar a economia e, sobretudo, suas políticas econômicas, no Brasil com desafio ainda maior do que no resto do mundo.

O Brasil poderia se espelhar em Portugal para avaliar (ou mesmo aprender) como enfrentar os desafios impostos pelo novo coronavírus. Quando este chegou aos dois países, em termos comparados, o português estava muito mais exposto e vulnerável à pandemia, em termos de saúde, de economia e até de sociedade, para além de sofrer primeiro que o brasileiro, que teve mais tempo para aprender com a experiência e o pensar dos outros países. Já as respostas iniciais à crise foram completamente diferentes, sobretudo na atitude e nas decisões das autoridades e das políticas públicas. Mesmo em uma ótica só econômica e de prazo mais longo, repete-se a situação de desafios muito maiores para o país europeu do que o sul-americano. Como já está claro que a crise ainda demorará muito ainda para ser debelada, pode-se aproveitar para tirar lições desses primeiros meses para melhor atuar-se nos seguintes.

Portugal fez uma mudança estrutural justamente na direção das atividades que depois se viram como as mais atingidas pela COVID-19. O país se consolidou como um importante destino turístico do mundo: em 2019, o setor registrou um total de quase 27 milhões de hóspedes, sendo 60% estrangeiros, um consumo correspondente a 14,6% do PIB e 9% do emprego nacional.²⁷ Não só turistas, mas o país passou também

26 As conclusões da reunião do Conselho Europeu destacam: "The plan for European recovery will need massive public and private investment at European level to set the Union firmly on the path to a sustainable and resilient recovery, creating jobs and repairing the immediate damage caused by the Covid-19 pandemic whilst supporting the Union's green and digital priorities". Disponível em: <<https://bit.ly/3f1s947>>.

27 INE. Conta Satélite do Turismo (2016-2018). 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3fLbGSC>>.

a atrair muitos estrangeiros residentes,²⁸ o que provocou um forte crescimento no mercado imobiliário e de construção civil, que hoje responde por cerca de 11% e 3,5% do PIB, respectivamente.²⁹

A economia de Portugal já tinha sido duramente atingida pela crise financeira de 2008-09 e a subsequente crise das dívidas soberanas da Zona do Euro a partir de 2010, tendo que, em 2011, pedir apoio financeiro internacional ao FMI e à UE.³⁰ Passando por anos de austeridade fiscal com a Troika (supervisão financeira pelo FMI, União Europeia e Banco Central Europeu), mantida até o atual governo socialista, Portugal logrou uma recuperação econômica gradual, registrando redução do déficit público e mesmo um pequeno superavit de 0,2% no ano passado.³¹

Desde 2014, o país apresenta um crescimento real do PIB em um ritmo superior aos anos pré-crise. A taxa de desemprego em 2019 foi de 6%, uma melhora significativa com relação a 2013, quando chegou a 16,2%.³² Em 2019, cresceu 2,2% em termos reais, acima da média europeia de 1,4%.³³ Ainda que esses resultados tenham sido positivos, seus meses finais foram marcados por uma desaceleração da demanda agregada, em especial pela estagnação do consumo privado e um recuo do investimento, indicando uma possível perda de fôlego da recuperação econômica recente.

Se havia vulnerabilidade na demografia, na saúde e na economia, por outro lado, uma vantagem para lidar com a pandemia foi o arranjo institucional e político de Portugal. A combinação de uma república semipresidencialista com uma democracia parlamentar se revelou resis-

28 Dados recentes mostram que os novos residentes em 2019 mais que dobraram em relação a 2017 e que dois em cada nove estrangeiros em Portugal são novos residentes, muitos vindos do Brasil, mas também Reino Unido. Disponível em: <<https://bit.ly/2Z4pP6v>>.

29 INE. Contas Nacionais. Disponível em: <<https://bit.ly/2NocRLo>>.

30 No contexto da Troika, acerca de atuação do Tribunal Constitucional português de 2010 a 2014, no controle de constitucionalidade das políticas de ajustamento orçamentário do setor público, ver artigo de Clara Meneses e José Roberto Afonso: "Portugal e o controle judicial da política pública do pós-crise", de 22 jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3fT3lfx>>.

31 INE. Contas Nacionais Trimestrais. 4º Trimestre de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/37YyDPx>>.

32 INE. Inquérito ao emprego. Disponível em: <<https://bit.ly/3ezrwQ0>>.

33 INE. Contas Nacionais Anuais para 2019. Versão Preliminar. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2B4vAt3>>. Também: Eurostat. Quarterly National Accounts. Flash Estimates. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2YtG1il>>.

tente e apta a lidar com a crise da COVID-19, impedindo que esta assumisse uma dimensão política e possibilitando agilidade nas respostas.

Dados de acompanhamento do impacto da pandemia nas empresas³⁴ mostram que, em função da reabertura gradual, aproximadamente 95% dos negócios no setor privado já estão em funcionamento. Frente a uma situação sem pandemia, 68% das empresas indicaram uma queda no faturamento, sendo que, para 25%, a redução foi de mais 50%. Um pouco menos da metade das empresas continua operando com redução no número de funcionário ou em trabalho remoto.

O setor de turismo praticamente parou, e dados mais recentes de abril indicam uma queda de 97% no número de hóspedes, com mais 80% dos estabelecimentos de hospedagem fechados. Espera-se que esse cenário se prolongue, tendo em vista que 57% desses estabelecimentos reportaram cancelamentos para agosto.³⁵

Houve contração de 2,3% do PIB no primeiro trimestre com relação ao mesmo período no ano anterior, em função tanto da menor demanda interna (-1.1 p.p.) quanto da externa (-1.3 p.p.), pela queda nas exportações.³⁶ O valor está em linha com o que se observou no restante da União Europeia, que registrou uma queda de 2,6%.³⁷

Conforme os cenários indicam, há, ainda, muito para acontecer e se enfrentar. A guerra não acabou – pelo contrário, está apenas iniciando. No entanto, o que as batalhas recentes nos mostram é que a sociedade portuguesa tem – e possibilita – esperança em um futuro (ainda) melhor em termos de respostas e enfrentamento. Assim, as políticas adotadas com relativo sucesso por países com instituições tão próximas como as portuguesas podem contribuir com lições para o Brasil, tanto para um melhor enfrentamento à pandemia quanto para pagar a conta da guerra atual e promover reconstrução futura.

34 INE. Inquérito Rápido e Excepcional às Empresas - COVID-19. 1ª quinzena de junho de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3dxuZ09>>.

35 INE. Atividade Turística. Abril de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/31awLBS>>.

36 INE. Contas Nacionais Trimestrais. Maio 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3evvklr>>.

37 Eurostat. Quarterly National Accounts. Flash Estimates. Maio 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2CEyWn1>>.

Enfim, a reação portuguesa à crise da COVID-19 chamou a atenção do mundo, ainda que, antes da chegada do vírus, o país não se encontrasse em condições econômicas e sociais particularmente favoráveis para seu enfrentamento. A sua população mais envelhecida, a dependência econômica do turismo e do exterior, a maior proximidade com epicentros do vírus – vários fatores tornavam Portugal muito mais vulnerável que o Brasil. Três meses depois, por meio de ações rápidas, baseadas em ciência, com comunicação sempre aberta e transparência das autoridades, restou impressionar a resiliência lusitana. O desafio continua, ou até aumenta, diante da premência em reestruturar profundamente uma economia e um mercado de trabalho tão dependente de serviços, especialmente turismo – também necessário, mas tão grave para o Brasil, com economia mais diversificada e industrializada.³⁸

A lição que se pode tirar de Portugal é que vale apostar alto na racionalidade, técnica e política para enfrentar uma grave e inédita crise sanitária, social e econômica da história. Soube como velho ditado português: “navio sem leme, naufrágio certo”.

38 O Boletim Econômico de Junho do Banco de Portugal alerta “Dado o peso relativamente elevado do turismo nas exportações totais por comparação com outros países, Portugal encontra-se particularmente exposto, projetando-se uma queda desta componente das exportações de mais de 60% em 2020. Tendo em conta a evolução da procura externa, os exportadores portugueses deverão perder quota nos mercados externos em 2020.” < <https://bit.ly/3g3smVk>>



JOSÉ PASTORE

É Doutor *honoris causa* em Ciência e Doutor em Sociologia pela Universidade de Wisconsin. Atualmente, é Professor da Faculdade de Economia e Administração e da Fundação Instituto de Administração, ambas da Universidade de São Paulo (USP). Também atua como Pesquisador da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas e Consultor em relações do trabalho e recursos humanos.

JOSÉ PASTORE

O IMPACTO DA PANDEMIA NO MERCADO DE TRABALHO DO BRASIL

No momento em que se realizou o VIII Fórum Jurídico de Lisboa e no XXIII Congresso Internacional de Direito Constitucional (novembro de 2020), o Brasil vivia um clima de grande apreensão. A cada dia, a imprensa trazia uma nova incerteza sobre a COVID-19. Ora era a chegada de um novo surto, ora a limitada imunidade dos que saravam, ora era o aparecimento de novas cepas de vírus, ora as dúvidas sobre eficácia da nova vacina. Nesse campo, persistia uma importante interrogação para os brasileiros: quanto tempo levaria para uma boa vacina chegar ao Brasil e imunizar o mínimo de 70% da população – cifra considerada necessária para garantir imunidade coletiva?

Esse clima de incerteza estava afetando as decisões econômicas numa hora em que as economias do mundo passavam por um verdadeiro abalo sísmico. No Brasil, nos primeiros 60 dias de infecções, a pandemia quebrou milhares de empresas, destruiu 1,1 milhão de empregos formais¹ e afastou do trabalho cerca de 5 milhões de pessoas, 75% informais.²

1 Dado do Cadastro Geral de Emprego e Desemprego, abril de 2020.

2 IBGE, Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios, maio de 2020.

OS PROBLEMAS DE EMPREGO

Analisando de modo mais amplo, o Brasil estava batendo um recorde de inatividade, pois mais da metade da força de trabalho de 110 milhões de pessoas estava sem trabalhar, incluindo-se aqui os desempregados, desalentados, desinteressados e temerosos de contrair a doença. Nos últimos 30 anos, o Brasil jamais teve 53% dos brasileiros em idade de trabalhar e sem trabalhar.

O quadro só não foi pior devido à ação rápida e inteligente do governo federal, que tornou possível poupar milhões de empregos por meio dos programas de redução de jornada (com redução de salário) e suspensão temporária do contrato de trabalho. Os dados disponíveis no final de 2020 indicaram que, com base em tais programas, as empresas mantiveram cerca de 10 milhões de trabalhadores empregados, razão pela qual os programas foram prorrogados até 31 de dezembro daquele ano.

Outra medida de enorme importância foi a concessão de cinco parcelas um auxílio emergencial, também chamado de coronavoucher, de aproximadamente US\$ 120 mensais, concedidos de abril a agosto de 2020.³

A montagem desse auxílio demandou um grande esforço do governo para localizar os chamados “trabalhadores invisíveis” do mercado informal. A empreitada foi bem-sucedida, e um grande cadastro foi organizado, o que será de grande utilidade para programas sociais futuros.

O coronavoucher se destinou a desempregados que estavam na condição de informais, microempreendedores individuais e contribuintes individuais da Previdência Social. Dessa forma, chegou a proteger quase 70 milhões de pessoas. Com essa ajuda, muitas famílias saíram da condição de pobreza⁴ e de extrema pobreza,⁵ con-

3 A mulher que sustentava o lar sozinha tinha direito a receber US\$ 600 mensais.

4 Famílias que vivem com meio salário mínimo (US\$ 110) por mês.

5 Famílias que vivem com ¼ de salário mínimo (US\$ 55) por mês.

seguindo até poupar alguns recursos. Grande parte do consumo das famílias durante o ano de 2020 foi sustentada com essa ajuda emergencial. Para 36% dos beneficiados, o coronavoucher era a única fonte de renda, o que tornava esse auxílio imprescindível.

Em agosto de 2020, o auxílio foi renovado por mais quatro meses, mas no valor de aproximadamente US\$ 60 mensais. Ou seja, as despesas das famílias continuaram as mesmas e até aumentaram um pouco devido a um surto de inflação, enquanto a sua "receita" diminuiu pela metade. Só essa redução jogou 17 milhões de pessoas de volta à condição de pobreza e de extrema pobreza.

O CUSTO DO CORONAVOUCHER

O coronavoucher foi adotado inicialmente por três meses, no pressuposto de que a pandemia arrefeceria em 90 dias. No entanto, a COVID-19 foi se propagando por um período muito longo. Pior: o Brasil chegou ao final de 2020 com um recrudescimento da epidemia, que obrigou as autoridades a tomar novas medidas de suspensão ou regulação de horários de atividades não essenciais, sem saber quando tais medidas seriam canceladas. Isso afetou sensivelmente o funcionamento das empresas, em especial no comércio e nos serviços, com possíveis demissões de empregados em grande escala.

Contudo, o custo do coronavoucher foi estratosférico, chegando ao equivalente de US\$ 10 bilhões mensais, o que veio agravar ainda mais o já grave déficit público. Os dados do Tesouro Nacional indicam que o governo brasileiro gastaria, em 2020, cerca de R\$ 130 bilhões no atendimento de empresas, famílias e pessoas atingidas pela COVID-19.

Na data de fechamento deste artigo (20/12/2020), o governo decidiu acabar com o coronavoucher no final de 2020, acreditando que, a partir de 2021, os beneficiários daquele programa encontrariam empregos para voltarem a trabalhar e gerar renda do trabalho.

A INESPERADA RECUPERAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS

Essa “aposta” teve por base a rápida recuperação de vários setores da economia brasileira. Do segundo para o terceiro trimestre, o nível de atividade econômica havia crescido 9,47%. Foi um salto extraordinário, ainda que insuficiente para compensar a forte queda ocorrida entre abril e junho (10,1%). De agosto para setembro, os bens de consumo duráveis cresceram 10,7%; os bens de capital, 7%; os bens intermediários, 3,7%.

Vários outros setores estavam indo muito bem, como, por exemplo, o comércio eletrônico, os alimentos, produtos de higiene e limpeza, medicamentos, *delivery*, *pets*, informática, materiais de construção, embalagens, vidros, plásticos, papelão, alumínio, logística, plataformas de comunicação, *streaming*, motocicletas, automóveis, máquinas agrícolas e outros. A safra agrícola prometia crescer 4,4% em relação a 2019.

Isso tudo deu motivos para o governo comemorar uma retomada da economia em “V”. O Ministério da Economia reviu a queda do PIB em 2020 de 4,70% para 4,50% e projetou, para 2021, um crescimento de 3,20%.

No campo do trabalho, houve motivos para comemorar algumas altas na contratação do emprego formal. Em setembro, por exemplo, o Cadastro Geral de Emprego e Desemprego (CAGED) registrou um aumento de 313 mil postos de trabalho com registro em carteira. Em outubro, foram quase 400 mil novos empregos.

DESENCONTRO ENTRE A ECONOMIA E O EMPREGO

Considerando-se o mercado de trabalho como um todo, o “boom” da produção e das vendas nos setores indicados nem de longe ajudou a compensar o grande choque trazido pela COVID-19. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

indicaram que, ao longo de 2020, foram destruídos 14 milhões de postos de trabalho (formais, informais e por conta própria)⁶ e, dessa parcela quase nada foi recuperado. Os setores mais atingidos (transporte aéreo, hotéis, entretenimento, restaurantes e serviços às famílias) não davam sinais de recuperação e se tornaram um quadro crônico de desemprego.

A retomada da geração de emprego era fundamental para substituir a renda do auxílio emergencial pela renda do trabalho. Além disso, era essencial para alavancar a capacidade de compra das famílias – o que é crucial para o crescimento econômico do Brasil.

O que explica o desencontro entre a retomada em “V” dos setores indicados e a continuada estagnação do mercado de trabalho? As hipóteses mais usuais são bastante conhecidas: (1) o emprego vem sempre por último nas retomadas da economia; (2) os empresários ainda estão inseguros sobre o rumo da COVID-19; (3) estão inseguros também quanto às consequências da eliminação do auxílio emergencial ou da criação de um programa de renda mínima para 2021.

Em vista desse quadro de incertezas, os empresários passaram a ampliar a produção utilizando o mesmo quadro de pessoal, horas extras e/ou revertendo as medidas de redução de jornada e suspensão do contrato de trabalho.

Outros argumentam que vários dos setores que estavam indo muito bem, por natureza, geram pouco emprego (comércio eletrônico, embalagens, agropecuário, etc.). O setor de serviços, que tem grande potencial empregador, continuava com problemas.

Além dessas cogitações, muitos analistas viam a anemia dos empregos como decorrência de uma aceleração da automação em todos os setores da economia. O próprio Presidente do Banco Central, Roberto Campos Neto, admitiu que a recuperação do emprego será ofuscada por uma escalada da digitalização no Brasil.

⁶ Marcos Hecksher, “Que fração dos postos de trabalho perdidos foi recuperada?”. IPEA, 11 nov. 2020.

É bem provável que o referido desencontro se explique por uma combinação das hipóteses acima. Contudo, o governo continuou acreditando na recuperação do emprego para 2021. Novamente, o Presidente do Banco Central revelou-se contrário à prorrogação do coronavoucher para 2021, acreditando que a economia e o emprego seriam recuperados naquele ano – ou seja, a retomada em V de vários setores da economia permitiria absorver, no mercado de trabalho, os brasileiros que estavam parados.

Tudo indicava, porém, que essa tão desejada sincronia demoraria algum tempo. Era ilusório pensar que, logo no início de 2021, as empresas e a informalidade viriam a dar trabalho e renda para grande parte das 70 milhões de pessoas que estavam recebendo o coronavoucher. O IBC-Br do próprio Banco Central apontou uma desaceleração do crescimento em outubro. O Monitor do PIB da Fundação Getúlio Vargas indicou também que outubro teve a menor taxa de crescimento mensal depois de abril. O consumo das famílias no trimestre terminado em outubro caíra 4,5% em relação ao mesmo período de 2019.

Isso tudo tornava improvável a substituição imediata da renda do coronavoucher pela renda do trabalho para os que estavam desempregados, desalentados, temerosos ou trabalhando poucas horas por semana.

Por isso, com o fim do coronavoucher em dezembro, antecipava-se um vácuo de renda para essas pessoas durante os primeiros meses de 2021 que, ademais, prometiam ser de inflação alta para os mais pobres.

Outro vácuo importante decorreria do retardamento da vacinação dessas pessoas. Para cumprir a escala de prioridades estabelecida pelo governo – idosos, pessoas com comorbidades, profissionais da saúde, professores e indígenas –, seria grande o número dos que ficariam sem vacina, sem trabalho e sem coronavoucher por um bom tempo. Muitas famílias seriam “devolvidas” ao estado de pobreza e extrema pobreza, como já havia ocorrido com a simples redução do coronavoucher de US\$ 120 para US\$ 60 mensais.

O AGRAVAMENTO DO DÉFICIT PÚBLICO

Reconheço que o problema fiscal era gravíssimo e recomendava economizar e não prorrogar despesas com as do coronavoucher. No entanto, quem tinha coragem de deixar idosos, adultos e crianças sem o sustento básico? O governo teria de agir, como, de resto, fizeram vários países que prorrogaram os programas de ajuda às empresas e famílias, em vista da renitência da pandemia. Ao ler este ensaio em 2021, o leitor saberá se o governo brasileiro foi sensível a essa lógica ou se, como queriam os mais otimistas, a oferta de empregos explodiu naquele ano, de modo a acomodar todos os que deles necessitavam.

Ao final de 2020, o Brasil ficou diante do desafio de uma tripla sincronia: retomada da economia, velocidade da vacinação e socorro aos desamparados. Todavia, o governo decidiu observar o ritmo real da recuperação da economia nos primeiros meses de 2021 para, eventualmente, aprovar algum tipo de auxílio temporário. No fechamento deste ensaio (final de dezembro de 2020), as perspectivas de uma retomada rápida do mercado de trabalho pareciam improváveis. Os empresários estavam inseguros ao verem os governantes e os congressistas adiando mais uma vez a reforma tributária e administrativa, assim como várias outras medidas econômicas importantes para atrair investimentos e dar segurança jurídica aos investidores. O quadro político era igualmente obscuro: o Presidente Jair Bolsonaro e vários congressistas mostravam-se pouco animados pelas privatizações de empresas públicas que davam grandes prejuízos ao erário público. Eles acreditavam que tudo poderia ser resolvido com uma melhoria do Programa Bolsa Família. Mais grave: o Presidente Bolsonaro dava pouca importância à propagação da COVID-19 e dizia, com todas as letras, que não tomaria a vacina que estava prestes a chegar no Brasil.

Com as reformas paradas, os empresários não se animavam a investir por não saberem, por exemplo, qual seria o regime tributário do país nos anos seguintes. Da mesma forma, desconheciam o resultado da reforma administrativa do setor público, que buscava cortar

despesas e racionalizar o atendimento dos órgãos do governo. Com o brutal crescimento do deficit público em 2020, devido, em grande parte, ao coronavoucher, o mercado financeiro dava sinais de incerteza quanto à possibilidade de o governo honrar a dívida pública, o que forçava o aumento dos juros de longo prazo.

Com todo esse quadro de incertezas, era pouco provável que o Brasil entrasse em 2021 com um “boom” de investimentos produtivos e geração de empregos. Este ensaio foi concluído nesse clima de insegurança e prevendo dias ainda mais difíceis para o quadro do emprego no Brasil.

PROBLEMAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO

A pandemia também trouxe prejuízos na área da educação, que vão se refletir no campo do trabalho ao longo do tempo. Dentre os vários problemas nessa área, o mais grave, sem dúvida, foi o da suspensão das aulas presenciais. Vários estudos indicam que perder um ano na vida escolar de crianças e adolescentes tem efeito gigantesco no futuro das pessoas e dos países.

O assunto já havia sido estudado em outras pandemias. Os prejuízos da paralisia das escolas ocorreram nos anos seguintes e se prolongaram por muitas décadas na vida profissional das pessoas e na economia dos países. A peste negra (1347-1352), que matou cerca de 75 milhões de pessoas, devastou muitas cidades e fez diminuir a força de trabalho agrícola por várias décadas, ocasionando falta de mão de obra por muitos anos. A gripe espanhola (1918-1920) ceifou 100 milhões de pessoas e afetou a atividade econômica por várias décadas. A gripe SARS (2003) reduziu o PIB do Reino Unido, França, Bélgica e Holanda entre 0,5% e 2% naquele ano.⁷ Os autores desse estudo citam simulação que considera as perdas em 157 países que paralisaram as escolas do ensino fundamental pelo período de cinco a sete meses. Os resultados são assustadores: os

⁷ George Psacharopoulos e colaboradores. “Lost wages: the covid-19 cost of school closures”. Bonn: Institute of Labor Economics, 2020.

alunos terão redução no salário em torno de US\$ 1.400 por ano e, no mínimo, US\$ 25 mil em sua vida profissional. Para a população mundial de estudantes, a estimativa da referida perda de aprendizagem chegará à devastadora cifra de US\$ 15 trilhões.

Quando se levam em conta os grandes agregados de pessoas, esses números se tornam estonteantes. Usando outra metodologia, Ricardo Paes de Barros apresenta resultados igualmente preocupantes: a evasão escolar do ensino médio no Brasil provoca perda de US\$ 40 bilhões por ano, o que daria cerca de US\$ 1,2 trilhão durante uma vida profissional de 30 anos.⁸

As perdas sempre são maiores nos países de baixa qualidade da educação. Em qualquer nação, o que importa é o que os alunos apreendem. Segundo o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) de 2019, a aprendizagem dos estudantes brasileiros decaiu rapidamente à medida que eles avançam nas primeiras cinco séries do Ensino Fundamental I. O mesmo ocorre no Ensino Fundamental II. Até as escolas particulares têm desempenho aquém da meta de 7,1. As escolas públicas estaduais atingem só 23% da meta fixada para aquele ano. No Ensino Médio, as escolas brasileiras têm média de 4,2, enquanto a meta é de 5.

Quando se considera que as crianças e os jovens brasileiros ficaram, em 2020, mais de nove meses sem aulas presenciais e, muitas vezes, sem aulas virtuais, é evidente que a perda de renda, avanços na carreira, produtividade e PIB será monstruosa nos próximos anos e ao longo das próximas décadas. As estimativas não são sacrossantas, é verdade, mas, sem dúvida, o estrago da suspensão das aulas terá um impacto prolongado na produção, na produtividade, no emprego e na renda dos brasileiros.

Além disso, é preciso considerar que a suspensão das aulas agravou também os já graves deficits nutricionais das crianças, porque as mais pobres dependiam – e ainda dependem – da escola para se alimentar (merendas, lanches, sucos etc.). A desnutrição levará a um

⁸ Brasil perde R\$ 214 bilhões com evasão escolar todos os anos. *Correio Braziliense*, 14 jul. 2020.

maior adoecimento. Além disso, o desemprego dos adultos forçará o engajamento de crianças e adolescentes em atividades laborais precárias do mercado informal, novamente, com reflexos negativos na sua saúde, na sua educação e na produtividade futura.

PROBLEMAS DAS MULHERES

As mulheres também estão sendo vítimas dos estragos da pandemia. Historicamente, as recessões sempre impactaram mais os homens do que as mulheres. No entanto, na pandemia da COVID-19, deu-se o inverso, porque as mulheres formavam a maioria da força de trabalho nas atividades mais paralisadas (escolas, creches, turismo, hotéis, entretenimento, salões de beleza, oficinas de costura etc.). Além disso, eram a maioria entre os trabalhadores informais – os mais desprotegidos.⁹

Por cima do desemprego, há o aumento da violência doméstica e sexual nos domicílios mais pobres, onde homens adultos vivem de forma aglomerada com mulheres e meninas.¹⁰ Ninguém sabe exatamente qual é a extensão desse problema: a violência ainda é muito subnotificada por medo que elas têm dos homens.¹¹

Precisaremos de esforços redobrados para compensar, ainda que parcialmente, o estrago causado nas crianças e nas mulheres. Teremos de multiplicar nossas energias por muitos e muitos anos.

9 United Nations. "The impact of Covid-19 on women". New York: Policy Brief, 2020.

10 United Nations. "Covid-19 pandemic triggers devastating social, economic impact on women and girls". New York, abr. 2020.

11 Emanuele Souza Marques e colaboradores. "A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pelo Covid-19", Cadernos de Saúde Pública, abril de 2020; Pâmela Rocha Vieira e colaboradores, "Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?". Revista Brasileira de Epidemiologia, abr. 2020.

O EMPREGO NO MÉDIO PRAZO

Todavia, olhando o mercado de trabalho em uma perspectiva de médio prazo, o Brasil pode apresentar resultados bem promissores no campo do emprego. No final de 2020 já havia sinais alentadores de geração de emprego para os próximos três a quatro anos. A reativação do programa federal de construção de casas populares era um deles. Como se sabe, a construção civil é um rico espaço para a oferta de empregos de vários níveis de qualificação e que se desdobram em uma cadeia produtiva longa.

No campo da energia, a construção de 2 mil quilômetros de linhas de transmissão e subestações já concedidas deve gerar muito emprego, sem falar na expansão já iniciada das fontes de energia eólica.

As várias concessões já aprovadas pelo Ministério da Infraestrutura, como é o caso das ferroviárias das Malhas Oeste e Sul, do incentivo à cabotagem, da privatização de 16 aeroportos e das Docas de Santos – tudo isso vai gerar muitas obras de ampliação e remodelação, que têm um enorme potencial de empregos.

A pujança do agronegócio, apesar de muito mecanizado, gera muito emprego no comércio e nos serviços locais. Os dados têm mostrado que o emprego nas cidades que circundam as fazendas e as indústrias de alimentos cresce mais do que nas metrópoles.

Quando se observa o quanto está para ser feito no Brasil e o gigantesco potencial da sua natureza, chego a pensar que, ao longo da década que se inicia em 2021, o Brasil pode se transformar numa grande usina de empregos.

Para chegar lá, é claro, os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo terão de promover a modernização de várias das nossas instituições.

Com isso, proporcionaremos mais trabalho para o povo brasileiro, reduzindo a pobreza e a desigualdade.

Contudo, como estamos em um certame que trata de direitos constitucionais, ousou entrar em seara que não é minha. Penso que, para reduzirmos as grandes desigualdades que ainda reinam no Brasil, será imprescindível também reformar muitas regras legais que, em si mesmas, criam disparidades intoleráveis. Cito três exemplos do caso brasileiro.

Primeiro, a redução de jornada e a suspensão do contrato de trabalho, que vêm sendo usadas no setor privado, não podem ser aplicadas aos servidores públicos, por ferirem o princípio constitucional da irredutibilidade salarial. Essa foi a decisão recente do Supremo Tribunal Federal na frente de milhões de brasileiros que estão ficando sem emprego, sem renda e sem perspectivas de trabalho. É uma desigualdade garantida por força de lei. Há que se avaliar o alcance dessa lei e verificar sobre a sua manutenção ou modificação à luz dos problemas enfrentados pela maioria dos brasileiros.

Segundo, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um empregado infrator que é demitido por justa causa recebe apenas o salário pendente e eventuais férias não gozadas. Não tem seguro-desemprego. Pela Lei Orgânica da Magistratura, um juiz condenado por venda de sentença, desvio de recursos, tráfico de influência, conduta negligente e outras faltas disciplinares graves é aposentado para receber o seu salário integral pelo resto da vida, que, na época, estava em torno de US\$ 6.000 mensais. Parece uma provocação ao restante do povo brasileiro.

Terceiro, as famílias ricas e de classe média alta pagam mensalidades altíssimas para seus filhos cursarem as melhores escolas secundárias do país. Quando eles entram numa universidade pública, o ensino passa a ser gratuito, sem nenhuma despesa para seus pais. Esse é um disparate garantido pela Constituição Federal, quando, por um critério de justiça, os alunos mais abonados deveriam pagar e os pobres deveriam receber bolsas de estudo para frequentar as mesmas universidades.

Não há espaço para arrolar os vários disparates legais que sustentam desigualdades inaceitáveis. Jean-Jacques Rousseau, no discurso sobre a origem das desigualdades (1762), disse bem: “Se me perguntarem como puderam os homens chegar a tanta desigualdade, eu não sei responder. Mas se me indagarem como puderam tais desigualdades ser legitimadas, isso eu sei responder... A legitimação veio das convenções criadas pelos próprios homens. Afinal, o direito nada mais é do que o poder convencionado”.

Stanley L. Engerman e Kenneth L. Sokoloff¹² argumentam que, depois de certo tempo, as instituições extrativistas e as desigualdades econômica e social se realimentam. Esse parece ser o caso do Brasil. As corporações de profissionais sempre conseguem transformar os projetos de lei em leis que as beneficiam.

Se, de um lado, medidas econômicas são urgentes para atenuar o cataclismo trazido pela pandemia, de outro, há que se tomar providências urgentes para aperfeiçoar os diplomas legais, de modo a reduzir a sua perversidade na determinação de desigualdades sociais. Regras desumanas também afetam a economia e agravam o intolerável estado de pobreza e desigualdade que reina no Brasil.

¹² Factor endowments, inequality, and paths of development among New World Economies. 2000. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/working_papers/w9259/w9259.pdf>.



JOAQUIM MIRANDA SARMENTO

É Doutor em Finanças pela Universidade de Tilburg. Atualmente, é Professor Auxiliar de Finanças na Universidade de Lisboa. Também atua como Professor Visitante da Fundação Getulio Vargas.

JOAQUIM SARMENTO

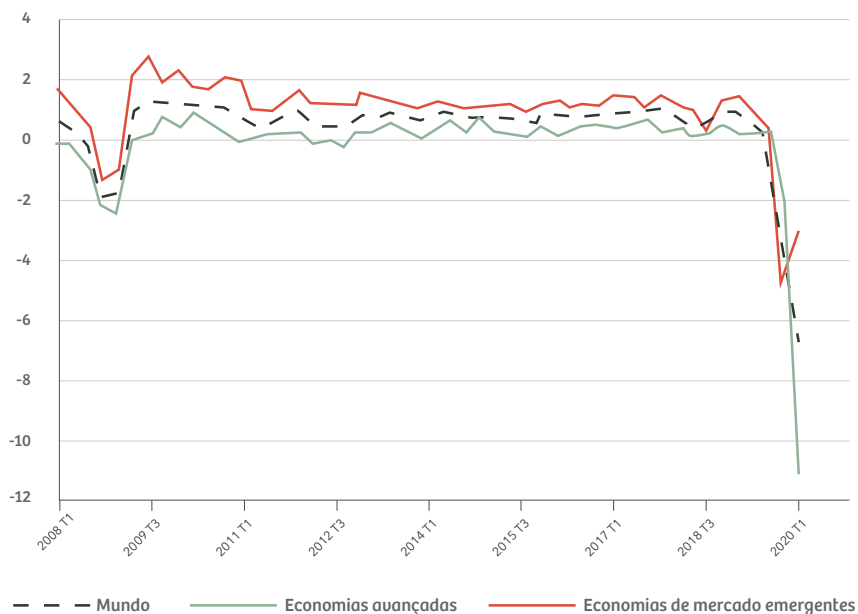
Esta pandemia chegou à Europa em meados de janeiro. Chegou a Portugal no início de março. Portugal teve um confinamento entre meados de março e o início de maio, em resultado do que nós designamos pela primeira vaga, em que tivemos em torno de 1.000-2.000 casos e cerca de 10-15 óbitos por dia. Convém recordar a todos qual é a dimensão de Portugal. Como eu costumo dizer aos meus alunos da FGV, Portugal é do tamanho do Paraná, tem a população da Paraíba e o PIB *per capita* da cidade de São Paulo.

E, portanto, na primeira vaga houve um confinamento que durou até o início de maio e, depois, com o final da primavera e com o verão, o número de casos reduziu-se até cerca 150-200 casos por dia e cerca de cinco a seis mortes também por dia.

Sucedede que, desde o final de setembro, com o início do outono, chegámos a uma segunda fase que escalou e que, neste momento, tem números que são piores do que aqueles que tivemos na primeira fase. Nas últimas duas semanas (início de novembro), Portugal está com cerca de 5.000 casos por dia. Estamos a falar de 500 casos por milhão de habitantes e cerca de 60 a 70 óbitos por dia.

É verdade que toda a Europa está, neste momento, com uma segunda fase muito difícil (Itália, Espanha, Bélgica), e, portanto, a segunda vaga, como é comum nas pandemias, acaba por ter um impacto muito maior do que a primeira vaga.

**GRÁFICO 1 - PIB MUNDIAL | TAXA DE VARIAÇÃO
EM CADEIA EM PORCENTAGEM**



Fonte: Refinitiv (cálculos do Banco de Portugal).

Essa crise não tem paralelo com nenhuma crise de que nos recordemos nas últimas décadas; não tem paralelo com a crise que tivemos em 2008. A crise de 2008 provocou uma quebra no PIB, quer no mundo, quer nas economias avançadas, em torno de 3-4%. Aquilo que se espera para 2020 são quebras do PIB na ordem de 8-10% nas economias avançadas, não nas economias emergentes, nomeadamente a China que já arrancou (não deixa de causar alguma perplexidade como é que isso ocorreu). De facto, esta crise tem um impacto no ano de 2020 que não é similar a nenhuma outra crise, nem mesmo a crise de 2008, que foi bastante severa.

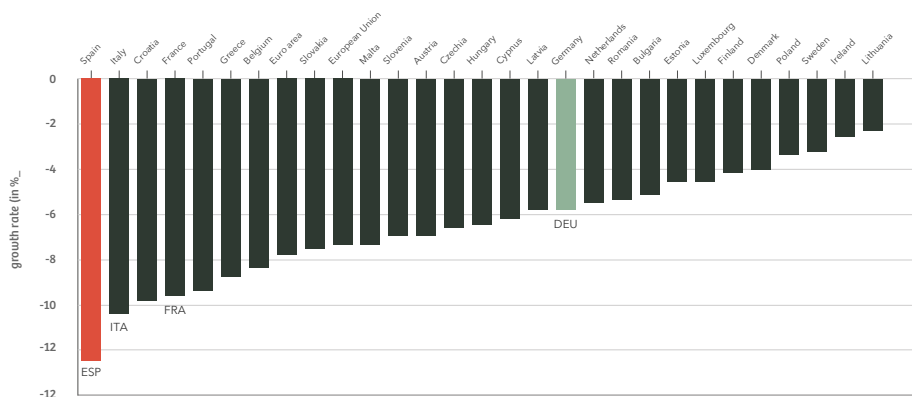
Quando comparamos o PIB dos principais países da União Europeia (Alemanha, Espanha, França, Itália e depois também Portugal), vemos a queda do PIB. Nesta crise, comparando a quebra do PIB com a crise de 2008, a diferença é abismal e, portanto, não há, de facto, comparação possível.

Aliás, isso também é visível na evolução do desemprego, embora este tenha caído muito menos do que aquilo que seria expectável face à quebra do PIB. Isso tem a ver com as respostas que os países europeus deram, nomeadamente com medidas de *layoff*, ou seja, com medidas em que as empresas não estavam a vender ou que não tinham possibilidade de produzir porque não tinham encomendas ou tinham de estar fechadas, como os hotéis, os restaurantes e as lojas. O Governo pagou uma parte substancial dos salários desses trabalhadores, que foram para casa – e não estamos a falar de pessoas que foram para casa em teletrabalho, mas a falar de pessoas cujo trabalho não é substituível por teletrabalho, pessoas que trabalham em lojas ou fábricas e que tiveram que ir para casa sem trabalho. Portanto, essa resposta foi comum em todos os países da União Europeia, com valores de cobertura que foram ligeiramente diferentes, mas que foi comum e que de facto permitiu que, pelo menos para já, o desemprego não aumentasse tanto como aquilo que a quebra do PIB levaria a prever. Essa resposta, que ocorreu durante a primeira vaga, de março até julho, teve muito a ver com a expectativa de que depois não haveria uma segunda vaga e que a economia recuperaria rapidamente essa quebra do PIB.

Verificamos, de facto, que a quebra do ponto de vista da indústria é significativa, passa do índice em torno de 50 para cerca de 40 – portanto, um recuo na ordem do 20% na indústria, mas, nos serviços, a quebra é em torno dos 50%, exatamente por todos aqueles sectores que estiveram fechados.

O comércio mundial caiu significativamente (quer as importações, quer as exportações) e isso obviamente teve também um impacto em muito da indústria da União Europeia, que exporta tanto dentro da própria União Europeia quanto para outras zonas do globo.

GRÁFICO 2 - REAL GDP GROWTH, YEAR 2020



Source: European Commission, Autumn 2020 Forecast

Contudo, a verdade é que, quando olhamos para a União Europeia, não estamos a falar de uma realidade única; temos, sim, realidades muito diferentes. Países como Espanha, Itália e Portugal têm quebras do PIB em torno dos 10-12%; já países como Irlanda, Lituânia, Dinamarca ou Estónia têm quebras do PIB em torno de 3 a 5 %. Isso obviamente tem a ver com a incidência da pandemia. De facto, os países que mais estão a sofrer com a pandemia são países como Espanha, Itália ou a Bélgica.

Porém, tem, igualmente, muito a ver, no caso de Espanha, Itália e Portugal, com a estrutura económica. Nos países do sul da Europa, a economia e o crescimento dos últimos anos assentaram muito no turismo, no imobiliário e em serviços conexos com essas atividades. Não podendo as pessoas viajar, obviamente esses países foram muito mais afetados do que, por exemplo, países como a Irlanda, em que a base económica assenta muito em serviços de elevado valor acrescentado ligados às tecnologias de informação e à consultoria, e onde as pessoas puderam continuar a trabalhar a partir de casa. Por isso, a União Europeia, do ponto de vista do impacto da crise, não é uma entidade homogênea; pelo contrário, tem situações muito díspares.

No início da pandemia, em março/abril, discutíamos como é que ia ser a recuperação. Muita gente achava que a recuperação iria ser uma recuperação em V, portanto, a quebra seria significativa, mas a

recuperação seria muito rápida. Havia também quem falasse que poderia ser em U, com uma perda significativa de valor. No entanto, aquilo que hoje verificamos é que será provavelmente uma espécie de W, em que a última parte do W é parecida com o U. O que eu quero dizer com isso é que a quebra foi muito significativa: recuperamos um bocadinho no terceiro trimestre, na altura do verão, em que a pandemia esteve com números muito reduzidos, mas agora vamos cair significativamente. Portugal está neste momento num confinamento que, não sendo total, é obrigatório a partir das 11h da noite e, nos fins de semana, a partir da 1h da tarde. Portanto, a quebra nesse último trimestre vai ser muito significativa, o Natal vai ser desastroso para o comércio e para a indústria, e, depois, a recuperação será lenta e muito parecida com esse exemplo do gráfico.

O que é que aconteceu em 2008, numa crise que teve uma natureza muito diferente, e, como já vimos, teve uma quebra do PIB muito inferior? A verdade é que a crise em 2008 acabou por ter um efeito em U, ou seja, houve uma perda permanente de capacidade instalada, aquilo que nós chamamos do PIB potencial, e isso vai-se verificar também nesta crise.

Portanto, esperemos que a crise do ponto de vista sanitário seja transitória, no sentido de que teremos mais alguns meses de pandemia, mas que, mais tarde ou mais cedo, a pandemia tenderá a desaparecer. Surgindo uma vacina, será ainda mais rápido. No entanto, os seus efeitos económicos vão se prolongar durante muito tempo, quer do ponto de vista da capacidade instalada dos países (nesse caso, dos países Europeus), quer do ponto de vista das desigualdades e do acesso ao mercado de trabalho, em que essas desigualdades vão se alargar muito significativamente.

Isso já hoje é visível para uma parte da população. Veja-se o exemplo de Portugal, onde uma parte da população manteve o seu rendimento - a parte ligada ao sector público e ao sector privado, em que foi possível passar para teletrabalho (ex.: consultoras, bancos, serviços intangíveis, etc).

Na parte onde não foi possível passar para o teletrabalho (alguma indústria e sobretudo os serviços como turismo, restauração e serviços conexos), houve logo uma quebra de rendimento de 1/3, dado que o Governo apenas garantiu 2/3 dos salários, e o desemprego está a disparar. As expectativas apontam que o desemprego em Portugal, no final deste ano e no início do próximo, possa ter passado para um valor de 10% (cerca de 6,5% em 2019).

Também não podemos ignorar que, na crise anterior, de 2008/2012, registou-se, quando comparado com as anteriores (1993, 1982, 1975), uma recuperação mais lenta e que teve menos dimensão. A crise financeira em 2008 e, depois, a crise das dívidas soberanas em 2010/2012 provocaram uma recuperação que foi relativamente lenta. Recorde-se que a economia europeia já vinha de uma situação de fragilidade e, concretamente, a economia portuguesa, de uma situação de bastante fragilidade.

Aquilo que mais se receava quando estávamos em abril era exatamente qual seria o impacto se houvesse uma segunda vaga no outono/inverno, e a verdade é que a segunda vaga acabou por ser uma realidade. Dessa forma, as previsões de quebra de PIB na ordem dos 7-8% estão hoje provavelmente desatualizadas. Em 2020, a quebra do PIB será seguramente superior.

É também preciso lembrar que, antes desta crise, a Zona Euro já estava em desaceleração económica. Como eu referi, estava muito abaixo do que era o potencial estimado em anos anteriores. Adicionalmente, a zona Euro já tinha aquilo que eu chamo "os dois cães que não ladravam" (*"Two dogs that didn't bark"*, que é uma história do Sherlock Holmes, o cão dos Baskerville, em que Sherlock Holmes descobre o crime porque o cão não ladrrou). O que já estava a acontecer na economia da Zona Euro antes desta crise era, por um lado, uma baixa produtividade e, por outro lado, uma inflação muito baixa, próxima de zero, e taxas de juro zero ou negativas.

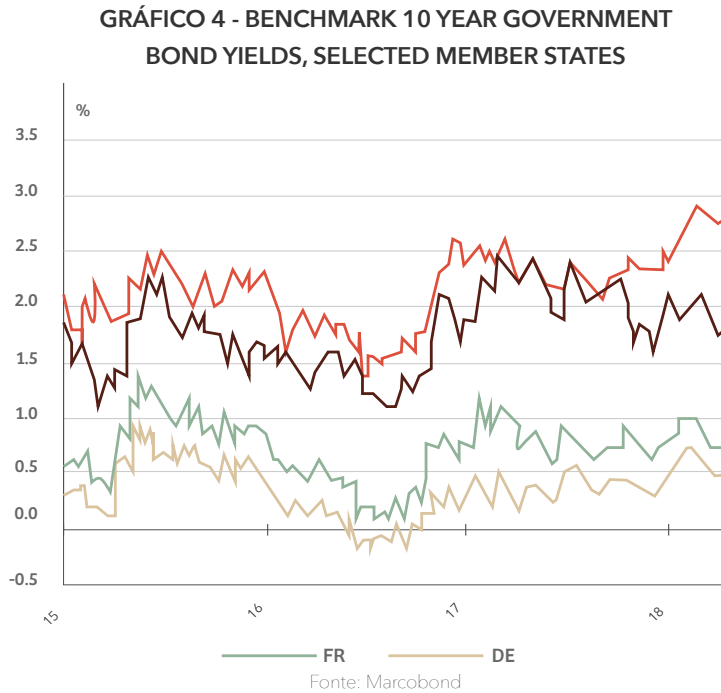
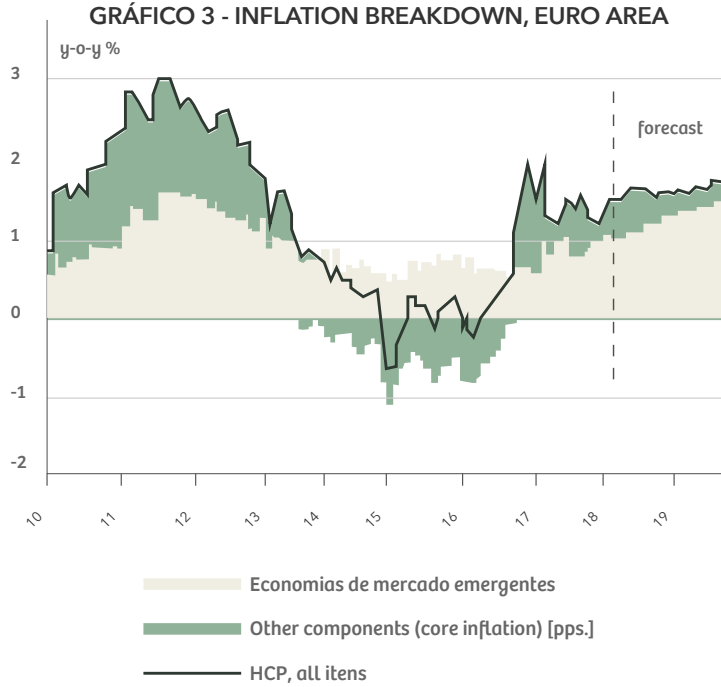


GRÁFICO 5 - BANK LENDING TO HOUSEHOLDS AND NON-FINANCIAL CORPORATIONS, EURO AREA



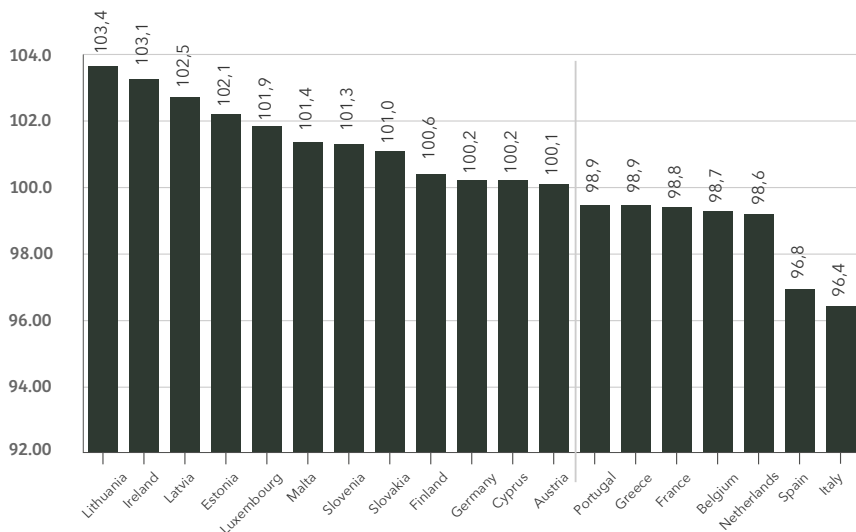
Fonte: ECB

Isso ocorre porque, apesar de um elevado nível de liquidez, por via da política monetária do Banco Central Europeu, que tem injetado liquidez através da compra de ativos públicos (compra de dívida pública), mas também através de injeção de liquidez nos bancos, isso não se tem refletido nos empréstimos. Os empréstimos dos bancos cresceram pouco nos últimos anos, o que significa que os mecanismos de transmissão da política monetária já não estavam a funcionar antes dessa crise. O Banco Central Europeu respondeu a essa crise aumentando os seus programas de compras de dívida pública, aumentando as suas linhas de financiamento aos bancos, reduzindo a sua taxa de juro. Isso tem permitido alguma margem de atuação dos Governos europeus, sobretudo, como vou mostrar mais à frente, daqueles que já estavam mais endividados. Contudo, é claro que há limites à política monetária, e, portanto, não vai sustentar a situação económica e financeira dos países da Zona Euro por um período ilimitado de tempo. Talvez, no final de 2021 ou 2022, vamos ter de

enfrentar o facto de que não podemos continuar com uma política monetária tão expansionista, como tem sido desde 2015 e como aumentou neste ano.

Desde o início da pandemia, era visível que, no “virar da esquina”, estava uma recessão quase sem precedentes, e ela chegou e agravou-se agora com a segunda vaga.

GRÁFICO 6 - GPD 2022 (BASE 2019 = 100)

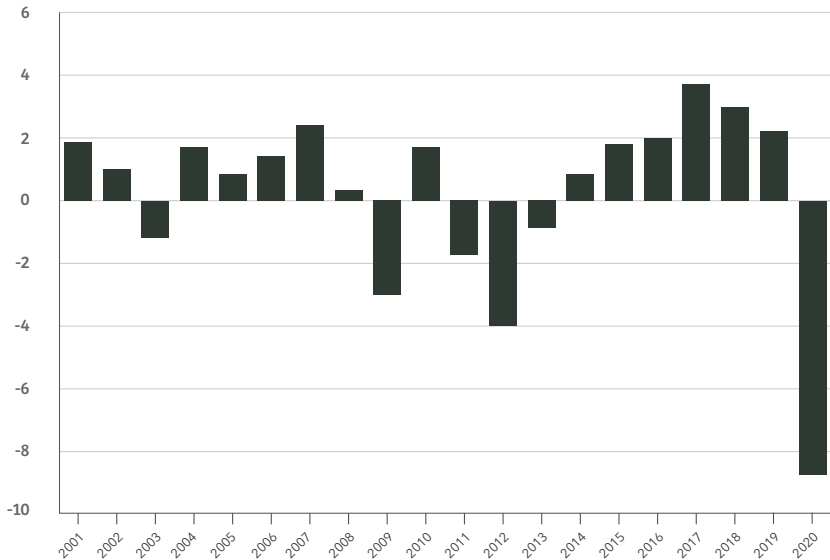


Da mesma maneira que a União Europeia não é homogénea do ponto de vista dos efeitos na quebra do PIB em 2020, como atrás referido, a recuperação também vai ser bastante diferente. Há um conjunto de países, como Portugal, França, Itália e Espanha, em que o PIB do final de 2022 ainda estará abaixo do nível de 2019. Portanto, nós estamos a falar de quatro anos perdidos do ponto de vista económico, devido a essa crise; 4 anos que, na prática, significam uma estagnação, mesmo que haja uma recuperação a partir de meados de 2021 e, depois, em 2022.

Refira-se também que a União Europeia iniciou um programa de resposta à crise. Esse programa foi sendo negociado e foi aprovado pela Comissão Europeia num primeiro momento e pelo Conselho Europeu no final de julho. Chama-se “*EU Next Generation*” e tem um total de apoio de cerca de 750 bilhões em notação americana (milhar de milhões em notação europeia) aos 27 estados-membros, dado que o Reino Unido já não se incluiu nessa resposta. Metade desse valor são subsídios e a outra metade desse valor, sensivelmente, são empréstimos. Portugal vai ter direito àquilo que se convencionou chamar de uma “Bazuca Europeia” de 15 mil milhões de euros, que são cerca de 6% do PIB português, em subsídios, e terá depois a possibilidade de 15 mil milhões adicionais em empréstimos, mas que o governo português não está muito inclinado a usar devido ao nível de dívida pública. A verdade é que muitos desses países estão à espera de que essa resposta europeia e que esses fundos europeus possam mitigar os efeitos da crise e possam recuperar a economia a partir de 2021.

Qual é o problema? O problema é que, em julho, a Comissão Europeia esperava ter esse processo fechado até ao final deste ano, ou seja, cada país, depois de ter a sua alocação de verbas, tem que apresentar um plano para a utilização dessas verbas. Já todos os países apresentaram. A data-limite era 15 de outubro. Em junho, a Comissão Europeia esperava fechar os acordos com todos os Estados Membros até ao final do ano e, portanto, no primeiro trimestre do próximo ano, já começaria a haver a distribuição de verbas. O prazo já derrapou para abril, e a verdade é que, nesta semana, soube-se que a Hungria e a Polónia vão vetar esse apoio e têm o suporte da Eslováquia por causa da discussão de questões, que não lhe chamaria de Direitos Humanos, mas de Estado de Direito nestes dois países, nomeadamente a interferência dos Governos no sistema judicial. Além disso, esse pacote tem que passar nos 27 parlamentos nacionais e, em alguns países, tem que passar em parlamentos regionais, dado serem Estados Federais. Portanto, a minha expectativa é que infelizmente essa resposta Europeia vai chegar mais tarde do que aquilo que está hoje previsto – mais para o final de 2021. Infelizmente, para os países mais afetados pela crise, isso vai significar a morte de muitas empresas que não vão conseguir subsistir e uma perda da capacidade instalada, que vai demorar anos a ser recuperada.

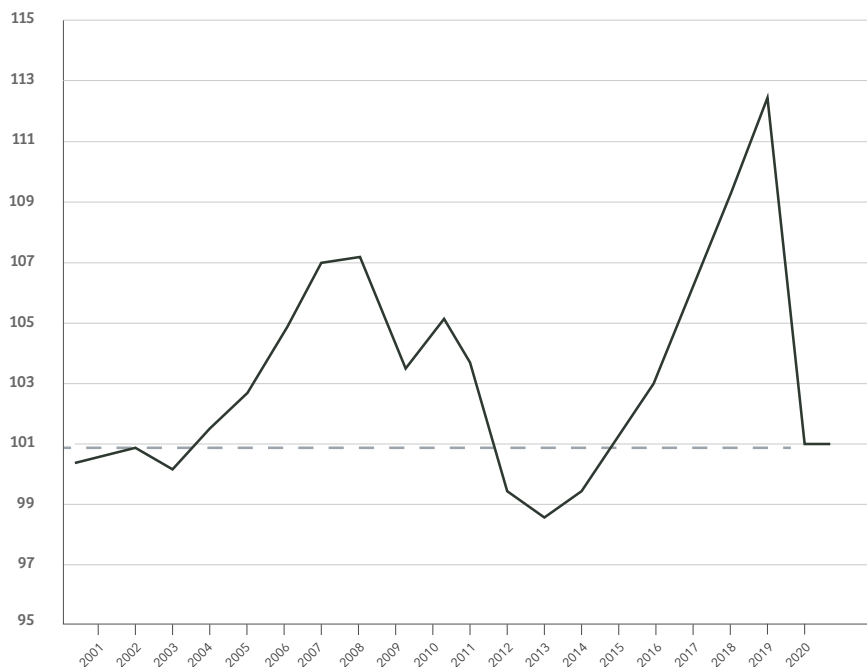
GRÁFICO 7 - CRESCIMENTO PIB REAL



Fonte dos dados: Pordata

No caso de Portugal, tal como em todos os outros países, a quebra do PIB não tem precedentes. O caso português é interessante porque foi um país muito afetado pela crise de 2008 a 2014. Em 2011, Portugal fez um pedido de assistência financeira à União Europeia, ao Banco Central Europeu e ao FMI. Entre 2008 e 2014, nesses seis anos de crise, a quebra acumulada do PIB português foi de 7,5%. Aquilo que o Governo prevê para este ano é de 8,5%. A maior parte dos analistas e das entidades independentes aponta para uma quebra mais próxima dos 10%. Se chegar a esse valor, a quebra do PIB em Portugal, neste ano, será bastante superior à quebra acumulada nos seis anos na última crise. Isso demonstra que, para países com economias muito frágeis e muito endividadas, como Portugal, essa crise tem um impacto sem precedentes.

GRÁFICO 8 - EVOLUÇÃO PIB REAL (2001 = BASE 100)



Fonte dos dados: Pordata

Claro que, no caso de Portugal, estamos a falar de uma economia estagnada há 20 anos. No final deste ano, o PIB real português terá basicamente o valor que tinha há 20 anos. A economia portuguesa não cresceu nos últimos 20 anos.

Para terminar, não só a condição de base inicial económica é diferente – países com economias mais frágeis e que foram mais atingidos pela pandemia, como os do sul da Europa, estão a sofrer mais e vão levar muito mais tempo a recuperar –, como a situação orçamental nos países da União Europeia é muito diferente. As previsões da Comissão Europeia, que saíram há duas semanas, mostram que existe um conjunto significativo de países que, mesmo em 2022, ainda vai ter deficit orçamental acima de 3% e, portanto, mesmo a recuperação orçamental também vai ser lenta. As previsões para 2022 mostram, também, um conjunto de países com dívidas públicas aci-

ma de 100% do PIB, ou seja, com dívidas públicas muito elevadas, colocando uma enorme pressão sobre esses países particularmente se o Banco Central Europeu, por alguma razão, tiver que reduzir ou alterar a condução da política monetária. Isso vai significar maiores restrições para os próximos anos e um acelerar de novo da consolidação orçamental.

Todos os países da União Europeia têm a sua dívida pública a subir. Todos os países do mundo têm, neste momento, a sua dívida pública a subir. Isso resulta dos efeitos dos déficits (não há volta a dar), mas o ponto de partida é gritantemente diferente. Países como a Holanda, que tinham uma dívida pública de 50%, ou a Alemanha, que tinham uma dívida pública de 60%, vão acomodar as suas subidas em níveis razoáveis. Enfim, já não vou aos 8% da Estónia. Em países como Portugal, que tinha cerca de 120%, ou a Grécia, que tinha cerca de 180%, mesmo no final de 2022, assumindo uma recuperação em 2021 e, em 2022, terão dívida pública que vai aumentar 10 pontos percentuais, aproximando outra vez Portugal dos 130%, que foram o máximo que teve no pico da crise anterior.

Com isso, termino a minha apresentação. Muito obrigado!

CAPÍTULO 5

A PANDEMIA E SUA REPERCUSSÃO NO TRABALHO E NO EMPREGO

MARCELO NERI



MARCELO NERI

É Doutor em Economia pela Universidade de Princeton. Foi Ministro de Assuntos Estratégicos, Secretário-Executivo do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES) e Presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Atualmente, é Diretor da FGV Social e Professor da Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getulio Vargas (FGV EPGE).

MARCELO NERI

EFEITOS DA PANDEMIA SOBRE O MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO: DESIGUALDADES, INGREDIENTES TRABALHISTAS E O PAPEL DA JORNADA

RESUMO

No primeiro trimestre completo da pandemia, a renda individual do trabalho do brasileiro, incluindo segmentos formais, informais e desocupados, apresentou queda média de 20.1%, enquanto a desigualdade entre rendimentos, medida pelo índice de Gini, subiu 2.82%. Tanto o nível como a oscilação das duas variáveis constituem recordes negativos nas respectivas séries históricas iniciadas em 2012.

A renda trabalhista da metade mais pobre da distribuição caiu 27.9% contra 17.5% para os 10% mais ricos brasileiros. Os principais grupos sociais que sofreram perdas com a crise foram os indígenas (-28.6%), os analfabetos (-27.4%) e os jovens entre 20 e 24 anos (-26%). Todas as Unidades da Federação e suas respectivas capitais pesquisadas apresentaram quedas de renda do trabalho. Pernambuco e Recife são as localidades mais afetadas pelas vias do mercado de trabalho.

A queda de 20.1% de renda média teve como principal impulsor a redução de 14.34% da jornada média de trabalho, enquanto a taxa de ocupação caiu 9.9%. Exercício contrafactual sugere que a taxa de ocupação cairia 22.8% se a jornada ficasse constante. O efeito poupador de postos de trabalho devido à redução na jornada socializa perdas e evita cicatrizes mais permanentes no mercado. Este efeito foi maior entre as mulheres e os empregados privados formais mais pobres, fatos que são consistentes com a implementação da suspensão parcial do contrato de trabalho instituída após o início da pandemia.

INTRODUÇÃO

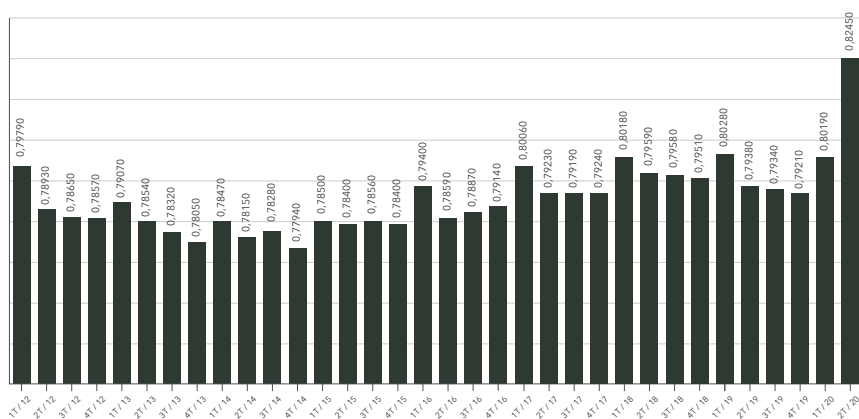
Realizamos aqui uma avaliação dos efeitos iniciais da pandemia sobre o mercado de trabalho brasileiro. Endereçamos as seguintes questões: 1) Qual foi o impacto sobre a desigualdade e a média de rendimentos trabalhistas individuais?; 2) Quem foi mais afetado no mercado de trabalho pela Covid-19 no que diz respeito a grupos sociais (educação, raça, idade, etc.) e lugares (estados, capitais, metrópoles, etc.)?; 3) Quais foram os principais canais de transmissão da crise (ingredientes trabalhistas clássicos, como desemprego, participação, salário-hora, jornada de trabalho e etc) no mercado de trabalho brasileiro?; 4) Qual foi o papel das políticas públicas (auxílio emergencial, suspensão temporária parcial ou total do contrato de trabalho, etc) para atenuar os impactos trabalhistas da pandemia?

A análise é realizada a partir dos últimos microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Mensal (PNADC), disponíveis para o segundo trimestre de 2020 em comparação ao primeiro trimestre de 2020. Trabalhamos com dados a nível individual para a população com 10 anos ou mais de idade pesquisada. Usamos o conceito de renda e jornada efetivas que captam as flutuações de curto prazo ocorridas. Variantes e detalhamento desses elementos são apresentados no anexo a este documento.

1. IMPACTO SOBRE A DESIGUALDADE E A MÉDIA DE RENDA DO TRABALHO

O gráfico abaixo mostra que o índice de Gini, a medida mais usual de desigualdade de renda, sofreu um forte aumento após o começo da pandemia, subindo de 0.792 no último trimestre de 2019 para 0.8019 no primeiro trimestre de 2020 e 0.8245 no segundo trimestre de 2020. Este corresponde ao nível mais alto da série. O incremento de 0.0324 pontos do Gini em apenas dois trimestres pode ser considerado um grande aumento de desigualdade, segundo a métrica de Atkinson, pois supera o limite de 0.03 pontos do Gini, sendo 70% deste incremento ocorrido na passagem entre os dois últimos trimestres. O índice de Gini passa de 0.7938 para 0.8245 entre o segundo trimestre de 2019 e 2020, atingindo um novo recorde. O aumento de 3.87% é mais de três vezes maior que a de qualquer outro ponto da série.

GRÁFICO 1 - DESIGUALDADE: ÍNDICE DE GINI DE RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO - TRIMESTRE DE 2012 A 2020



Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

2. QUEM PERDEU MAIS?

Apenas entre o primeiro e o segundo trimestre de 2020, período que desempenha papel central na presente análise, o índice de Gini subiu 2.82%. Neste mesmo interim, a renda média caiu 20.1%, passando de R\$ 1118 para R\$ 893 mensais a valores reais de hoje. Enquanto o mercado de trabalho brasileiro teve perdas médias de renda individual do trabalho de 20.1% apenas nos 3 primeiros meses da pandemia, a metade mais pobre da população perdeu 27.9% (de R\$ 199 para R\$ 144) e os 10% mais ricos perderam 17.5% (de R\$ 5428 para R\$ 4476), uma diferença de pouco mais de 10 pontos percentuais em relação ao grupo da base da distribuição. Trata-se de uma recessão excludente, na qual o bolo de rendimentos cai para todos, mas com mais força entre os mais pobres.

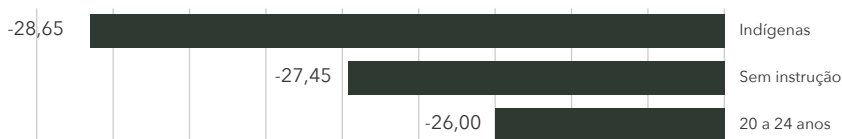
**GRÁFICO 2 - MUDANÇAS NA RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO
POR FAIXA DE RENDA ENTRE 2020.T1 E 2020.T2 (%)**



Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

Sobre o comportamento da desigualdade horizontal, os principais grupos perdedores da crise foram os indígenas (-28.6%), os analfabetos (-27.4%) e os jovens entre 20 e 24 anos (-26%).

GRÁFICO 3 - DESIGUALDADE HORIZONTAL: AS MAIORES MUDANÇAS NA RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO POR GRUPOS SOCIAIS - ENTRE 2020.T1 E 2020.T2 (%)

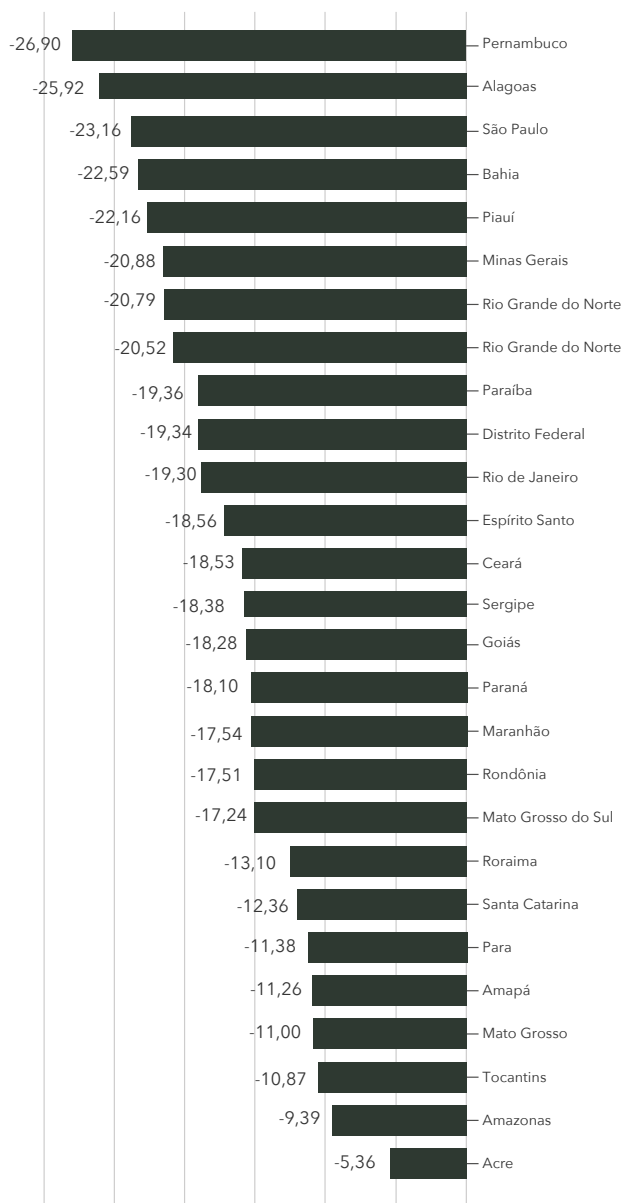


Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

3. ONDE A RENDA CAIU MAIS?

A **Unidade da Federação (UF)** com a maior queda foi Pernambuco (-26.9%). De maneira geral, no topo das perdas, temos estados nordestinos, como Alagoas, Bahia e Piauí. São Paulo se encontra neste grupo, impactando sobremaneira a média nacional dado o seu peso populacional e econômico. As menores perdas foram observadas nos estados da Região Norte e Centro-Oeste, como Acre, Amazonas, Tocantins e Mato Grosso.

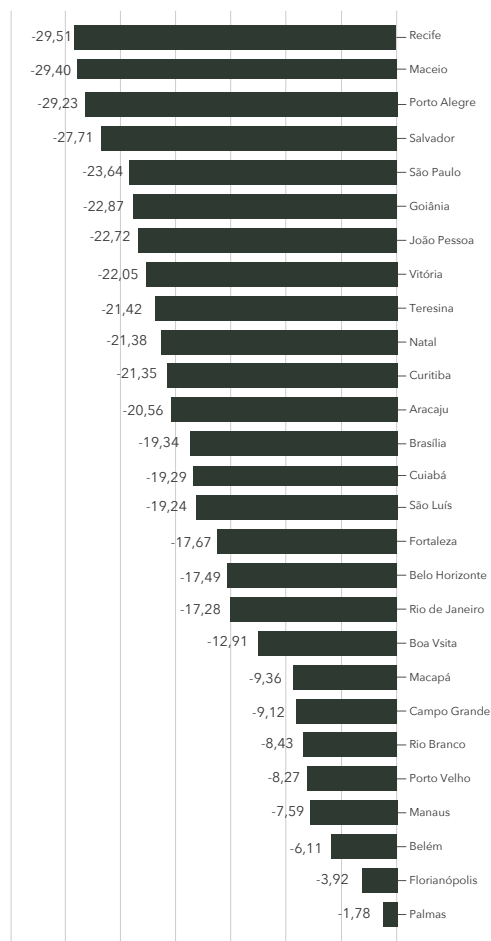
GRÁFICO 4 - RANKING POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO DE QUEDA NA RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO ENTRE 2020.T1 E 2020.T2 (%)



Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

A **capital** com a maior queda foi Recife (-29.5%). A Grande Recife (-29.6%) e a sua periferia metropolitana (-32%) também se destacaram nas suas respectivas categorias. De maneira geral, no topo das perdas temos as capitais dos estados nordestinos que apresentaram as maiores quedas apontadas acima, como Maceió e Salvador. Porto Alegre e São Paulo também se encontram neste grupo. As capitais com menores perdas de rendimentos foram da Região Norte e Centro-Oeste, como Palmas, Belém e Manaus. Em Florianópolis, observamos a segunda menor perda de rendimentos trabalhistas.

GRÁFICO 5 - RANKING DE QUEDA NA RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO ENTRE 2020T1 E 2020T2 POR CAPITALS (%)



Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

4. POR QUE PERDEU?

A leitura do mercado de trabalho é bastante complexa, pois há mudanças ocorrendo nas diferentes variáveis em direções e magnitudes diversas. A fim de alinhar a discussão, aplicamos uma decomposição trabalhista destas variações usando a métrica comum de renda. Vemos como cada ingrediente clássico do mercado de trabalho (expresso nas suas respectivas unidades), como taxa de desemprego (%), taxa de participação no mercado de trabalho (%), salário-hora (R\$ mensais), jornada de trabalho (horas semanais) e escolaridade (anos completos de estudo entre os ocupados), impacta a renda do trabalho aferida. Tudo se passa como uma metodologia Lego, o brinquedo de montar, na qual cada pedaço do desempenho trabalhista tem a sua contribuição para a mudança total de renda aferida.

No começo da crise, vemos que a queda de renda média teve como principal impulsionador a redução em 14.34% da jornada de trabalho, na qual as horas semanais efetivas realizadas caem de 35.9 para 30.76 horas. A segunda queda mais importante se deveu à redução de 8.6% na taxa de participação no mercado de trabalho, que passa de 49.75% para 45.47%. Este efeito retração de 86.12% para 84.9% na oferta de trabalho, combinado com a queda de 1.42% na taxa de ocupação na população economicamente ativa (PEA), levou a uma redução de 9.9% na taxa de ocupação na população em idade ativa. Esta tem ganho destaque nas análises a respeito do efeito imediato da pandemia. Entretanto, o efeito jornada é quantitativamente superior. A presente decomposição permite fazer o contrafactual do que aconteceria com a taxa de ocupação se a jornada de trabalho ficasse constante: nesse caso, a queda seria de 22.81% em vez dos 9.99% observados. A redução da jornada trabalhista visa socializar as perdas sem deixar cicatrizes permanentes no mercado de trabalho, uma vez que quedas da jornada de trabalho podem ser mais facilmente revertidas que perdas de postos de trabalho.

GRÁFICO 6 - INGREDIENTES TRABALHISTAS: NÍVEL E CRESCIMENTO DE RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO ENTRE 2020.T1 E 2020.T2 (%)

ANO TRIMESTRE	RENDA DE TODOS OS TRABALHOS	SALÁRIO - HORA POR ANOS DE ESTUDO	ANOS DE ESTUDO	HORAS TRABALHADAS	TAXA DE OCUPAÇÃO NA PEA	TAXA DE PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO
2020.T1	1117.82	6.84	10.42	35.91	0.8612	0.4975
2020.T2	893.25	6.89	10.91	30.76	0.849	0.4547
VARIAÇÃO (%)	-20.09	0.79	2.73	-14.34	-1.42	-8.60

Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

Finalmente, o rendimento-hora do trabalho teve um incremento na pandemia devido a um pequeno ganho do salário-hora por anos de estudo (0.79%) em decorrência do avanço dos anos de estudo (2.73%), compensando apenas parte das perdas do esforço de trabalho captadas pelas demais variáveis.

5. JORNADA E GÊNERO

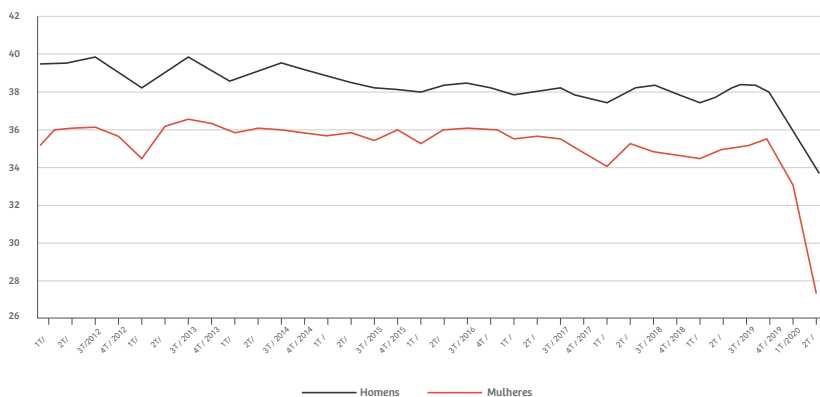
As mulheres apresentaram quedas gerais de renda do trabalho um pouco superiores às dos homens no início da pandemia (-20.54% contra -19.56%), conforme tabela a seguir. As perdas de ocupação delas (-11.1%), entretanto, são superiores às deles (-8.8%), fruto da combinação da alta do desemprego e da redução da oferta de trabalho de cada grupo. O mesmo exercício contrafactual sugere que o ajuste da jornada evitou uma queda de ocupação ainda maior entre elas (-27.1%), em contraste a -18,8% entre eles. A distância entre as taxas contrafactuais simuladas e as observadas corresponde ao efeito da redução da jornada de trabalho, que parece ter protegido mais os postos de trabalho femininos por conta da dupla jornada - com tarefas domésticas acrescidas ao cuidado dos filhos e o fechamento das escolas, por exemplo. O efeito redução de jornada de trabalho foi o elemento preponderante, principalmente entre as mulheres, cuja flutuação ao longo do tempo pode ser evidenciada no gráfico a seguir.

GRÁFICO 7 - INGREDIENTES TRABALHISTAS E GÊNERO: NÍVEL E CRESCIMENTO DE RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO DE MULHERES E HOMENS ENTRE 2020.T1 E 2020.T2 (%)

CATEGORIA	ANO	RENDA DE TODOS OS TRABALHOS R	SALÁRIO - HORA POR ANOS DE ESTUDO X	ANOS DE ESTUDO X	HORAS TRABALHADAS X	TAXA DE OCUPAÇÃO NA PEA X	TAXA DE PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO
MULHERES	2020.T1	669.97	4.94	11.56	35.91	0.8303	0.4305
	2020.T2	532.34	5.22	11.91	30.76	0.8247	0.3855
	VARIAÇÃO (%)	-20.54	5.64	2.73	3.10	-0.67	-10.45
HOMENS	2020.T1	1202.55	6.28	10.91	9.91	0.8864	0.5699
	2020.T2	967.32	6.14	2.73	10.16	0.8683	0.5304
	VARIAÇÃO (%)	-19.56	-2.13	10.91	2.48	-2.04	-6.93

Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

GRÁFICO 8 - JORNADA EFETIVA DE TRABALHO POR GÊNERO (EM HORAS SEMANAIS)



Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

6. JORNADA E RENDA

O passo a seguir é olhar as mudanças por faixas de renda, a partir das quais vimos que a renda trabalhista da metade mais pobre caiu 27.9% contra 17.5% entre os 10% mais ricos, uma diferença de 10.5 pontos de porcentagem. A redução na taxa de ocupação na popula-

ção em idade ativa foi de 1.96% entre os 10% mais ricos contra 18.9% dos 50% mais pobres, 16 pontos de percentagem a mais. Além disso, o efeito-jornada também é quantitativamente superior para esses grupos: -9.9 % para os 10% mais ricos contra -15.5 % para os 50% mais pobres, 5.5 pontos de percentagem a mais. Logo, o contrafactual do que aconteceria com a taxa de ocupação se a jornada de trabalho ficasse constante acumularia os dois efeitos: a queda seria 11.16% para o grupo de cima e 31.6% para a base da distribuição, uma diferença de perdas ocupacionais em 21.5 pontos de percentagem em favor dos mais ricos. O efeito-jornada de trabalho desempenha, durante a pandemia, um papel mais proeminente de proteger os postos de trabalho na base da distribuição.

GRÁFICO 9 - INGREDIENTES TRABALHISTAS E FAIXA DE RENDA: NÍVEL E CRESCIMENTO DE RENDA INDIVIDUAL DO TRABALHO DOS 50% MAIS POBRES E DOS 10% MAIS RICOS ENTRE 2021T1 E 2020T2 (%)

CATEGORIA	ANO	RENDA DE TODOS OS TRABALHOS =	SALÁRIO - HORA POR ANOS DE ESTUDO X	ANOS DE ESTUDO X	HORAS TRABALHADAS X	TAXA DE OCUPAÇÃO NA PEA X	TAXA DE PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO
50% -	2001	165.14	2.75	7.97	32.89	0.7016	0.3259
	2002	119.02	2.83	8.18	27.78	0.6631	0.2795
	VARIAÇÃO (%)	-27.93	2.64	2.57	-15.53	-5.49	-14.24
10% +	2001	4496.50	11.65	14.46	37.01	0.9746	0.7398
	2002	377.80	10.80	14.57	33.34	0.9737	0.726
	VARIAÇÃO (%)	-17.54	-7.31	0.74	-9.92	-0.09	-1.87

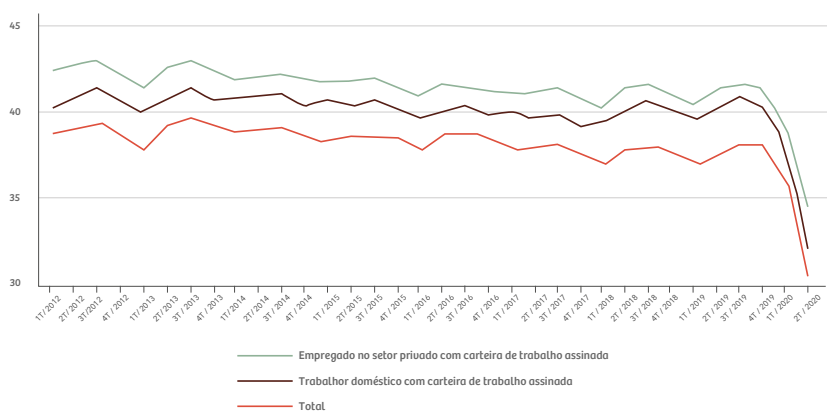
Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

7. JORNADA E SUSPENSÃO PARCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

O gráfico abaixo apresenta a evolução da jornada média de trabalho efetiva cuja variação absoluta entre o primeiro e o segundo trimestre de 2020 supera a de todos os demais períodos da série. No último período ímpar, apesar da marcada flutuação dos ingredientes trabalhistas, a jornada teve a maior variação, como atestam as tabelas

mais acima. Para além do total da população ocupada, detalhamos os segmentos formais privados, nos quais a regulação trabalhista está mais presente, como empregados com carteira e trabalhadoras domésticas. A queda dessas, de maioria feminina e renda mais baixa, sugere a importância de analisar a operação da lei em diferentes faixas trabalhistas.

GRÁFICO 10 - JORNADA EFETIVA DE TRABALHO TOTAL DE OCUPADOS E SEGMENTOS FORMAIS (EM HORAS SEMANAIS)



Fonte: FGV Social, baseado nos microdados da PNADC/IBGE

Face à pandemia, o governo federal adotou a possibilidade de suspensão de contrato de trabalho parcial ou total (MP 936/2020, de 1º de Abril de 2020,) depois prorrogada, em julho, (Lei 14.020, de 6 de Julho de 2020) como forma de proteger postos de trabalho dos efeitos do distanciamento social imposto pelas circunstâncias sanitárias. Medidas de flexibilização da jornada de trabalho e de contratos de trabalho já vinham sendo implementadas e defendidas no Brasil com a aprovação da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Vale ressaltar que mudanças nas jornadas e nos contratos de trabalho foram as principais medidas adotadas para proteger os mercados formais de trabalho ao redor do mundo, além de ações para alterar o valor e o acesso ao seguro-desemprego.

Lançado no começo de abril, o programa Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda (BEm) prevê a garantia provisória no emprego por um período igual ao da suspensão do contrato ou da redução da jornada. Os registros administrativos do programa indicam que, até 9 de setembro de 2020, aproximadamente 17.5 milhões de acordos foram celebrados, envolvendo 1.4 milhões de empregadores e 9.7 milhões de trabalhadores, com valores da ordem de 22.7 bilhões de reais¹. Documentamos acima que o expediente de redução de jornada de trabalho previsto foi utilizado em larga escala, o que é consistente com a nova legislação adotada.

A legislação adotada subsidia a redução da jornada de trabalho total ou parcial em 25%, 50% e 70%, com complementação dos salários pagos pelo governo. Quanto maior a redução da jornada, maior o valor do benefício emergencial pago pelo governo. O valor do BEm é calculado aplicando-se sobre a base de cálculo do seguro-desemprego o percentual proporcional à redução acordada. Atualmente, cada parcela do seguro-desemprego varia de R\$ 1045 a R\$ 1813, logo, a reposição salarial é integral para aqueles que recebiam salário equivalente a até o valor do teto da parcela do seguro desemprego. A partir desse limite, a reposição via BEm passa a manter somente uma parcela da renda nominal do trabalhador, sem perda do posto de trabalho. Portanto, esse desenho é progressivo e tende a favorecer os menores salários no segmento formal privado do mercado de trabalho, no qual a legislação regula na prática. De fato, a redução de jornada neste segmento ao longo do primeiro trimestre da pandemia foi mais forte entre as menores rendas, passando de -15.3% entre os rendimentos 50% mais baixos para -12.4% no grupo entre os percentuais 50% e 90% e -5.2% entre os 10% mais altos rendimentos. Essas evidências iniciais sugerem a importância de estudar os efeitos das mudanças de legislação trabalhista sobre o binômio jornada e ocupação trabalhistas.

¹ Fontes: Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19 (<https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>) e Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (<https://servicos.mte.gov.br/bem/>)

CONCLUSÃO

Os primeiros índices sociais da pandemia mostram que a renda individual do trabalho do brasileiro teve uma queda média de 20.1% e a sua desigualdade, medida pelo índice de Gini, subiu 2.82% no primeiro trimestre completo da pandemia. Tanto o nível como a variação das duas variáveis constituem recordes negativos nas respectivas séries iniciadas em 2012.

A renda trabalhista da metade mais pobre caiu 27.9% contra 17.5% dos 10% brasileiros mais ricos. Os principais grupos sociais perdedores da crise foram os indígenas (-28.6%), os analfabetos (-27.4%) e os jovens entre 20 e 24 anos (-26%). Todos os lugares pesquisados apresentaram quedas de renda.

A comparação com dados de renda de todas as fontes revela um paradoxo. Quando consideramos a renda de todas as fontes, incluindo as transferências sociais, vemos que a pobreza e a desigualdade não só caem muito como chegam a níveis extremos mais baixos de suas respectivas séries históricas. Pernambuco e sua capital, Recife, são as localidades mais adversamente afetadas pelas vias do mercado de trabalho, mas Pernambuco apresenta a segunda maior queda da pobreza entre os estados brasileiros (Neri, 2020).

Esses contrastes sugerem que, quando acabar o “efeito-anestesia” do auxílio emergencial, a situação social pode piorar muito se os resultados trabalhistas não forem revertidos. Há de se captar não só as dores, como também os sinais vitais do mercado de trabalho, pois este é o componente principal que irá determinar o nível de bem-estar social depois da pandemia, quando os gastos públicos emergenciais voltarem a níveis sustentáveis. Esse monitoramento se revela chave para que possamos dosar não só as transferências de renda, mas também as políticas trabalhistas ao longo dessa crise.

Em particular, face à pandemia, o governo federal adotou, em abril, a possibilidade de suspensão parcial ou total de contrato de trabalho (MP 936/2020), depois prorrogada, em julho (Lei 14.020), como forma de proteger postos de trabalho dos efeitos do distanciamento social imposto pela pandemia, medidas estas que foram implementadas por outros governos ao redor do mundo. O programa lançado no começo de abril no Brasil prevê a garantia provisória no emprego por um igual período ao da redução da jornada, permitindo que empresas utilizem da ajuda do governo para honrar com os salários. Os registros administrativos do programa indicam que, no começo de setembro de 2020, 17.5 milhões de acordos foram celebrados, protegendo empregos e mitigando danos no mercado de trabalho.

Documentamos acima que o expediente previsto de redução de jornada de trabalho foi utilizado em larga escala, o que é consistente com a nova legislação adotada. A queda de 20.1% de renda média teve como principal impulsionador a redução de 14.34%, da jornada média de trabalho enquanto a taxa de ocupação caiu 9.9%. Exercício contrafactual sugere que a taxa de ocupação cairia 22.8% se a jornada de trabalho se mantivesse constante. O efeito poupador de postos de trabalho via redução da jornada socializou perdas e evitou cicatrizes mais permanentes no mercado de trabalho. Esse efeito foi maior entre as mulheres, assim como entre os trabalhadores e empregados privados formais mais pobres, fatos que são consistentes com a implementação da suspensão parcial do contrato de trabalho instituída após o início da pandemia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, R.; PRATES, I. Situação dramática do desemprego está oculta nos indicadores oficiais. Sem renda emergencial de R\$ 600,00 a pobreza atingiria 30% da população. **Nota Técnica No. 14**. Rede de Pesquisa Solidária - Covid-19: Políticas Públicas e as Respostas da Sociedade, julho de 2020.

CARVALHO, S. S. **Os efeitos da pandemia sobre os rendimentos do trabalho e o impacto do auxílio emergencial: os resultados dos microdados da PNAD Covid-19 de junho**. Carta de Conjuntura, n. 48, 3º trimestre de 2020.

_____. Uma Visão Geral sobre a Reforma Trabalhista. **Mercado de Trabalho**, n. 63, 2017.

GILL, I. S.; NERI, M. C.; AMADEO, E. J. Assessing the Impact of Labor Regulations on Informal Workers in Brazil. In: **Indermit Gill; Claudio Montenegro; Dorte Domeland. (Org.). Crafting Labor Policy: Techniques and Lessons from Latin America**. Washington: The World Bank, 2002, p. 67-95.

GONZAGA, G. M.; MENEZES FILHO, N. A.; CAMARGO, J. M. Os efeitos da redução da jornada de trabalho de 48 para 44 horas semanais em 1988. **Rev. Bras. Econ.** Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 369-400, junho de 2003.

HECKSHER, M. Cinco Meses de Perdas de Empregos e Simulação de um Incentivo a Contratações. **Nota Técnica nº 87** Disoc Diretoria de Estudos e Políticas Sociais, Ipea, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, agosto de 2020.

_____.; CORSEUIL, C. H. Mais empregos com menos aglomeração: proposta de desoneração da folha com ênfase nas menores jornadas. **Mercado de Trabalho**, n. 69, 2020.

IPEA. Proposta 4.1 – Implementação de programas de subsídio temporário à contratação de trabalhadores e renovação de programas de redução de jornada. In: **Brasil pós-Covid-19: contribuições do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Ipea, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

KAKWANI, N.; NERI, M.; SON, H. H. Linkages between Pro-Poor Growth, Social Programmes and Labour Market: The Recent Brazilian Experience. **Working Papers** 26, International Policy Centre for Inclusive Growth, 2006.

NERI, M. C. **Workaholics, desempregados e jornada de trabalho**. Valor Econômico, 13 jun. 2000.

_____. **Qual foi o Impacto Imediato da Pandemia do Covid sobre as Classes Econômicas Brasileiras?**. FGV Social, agosto/2020

REIS, M.; COSTA, J. **Jornada de trabalho parcial no Brasil**. Mercado de Trabalho, n. 61, 2016.

SILVA, M. S. **Política Econômica Emergencial orientada para a Redução dos Impactos da Pandemia da Covid-19 no Brasil: Medidas Fiscais, de Provisão de Liquidez e de Liberação de Capital**. Texto para discussão n° 2576/ Ipea, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, julho de 2020.

CAPÍTULO 6

O DIREITO E O RÉGIME DE EXCEÇÃO

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR



JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR

É Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Consultor-Geral da União e Secretário-Executivo do Ministério da Justiça. Atua como Livre-docente em Direito Constitucional e Professor da Faculdade de Direito da USP e do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), além de ser Procurador-Geral da Fazenda Nacional do Brasil.

JOSÉ LEVI

O DIREITO E O REGIME DE EXCEÇÃO¹

INTRODUÇÃO

Na literatura brasileira, há duas obras clássicas sobre a matéria.

A primeira, de Rui Barbosa, “O Estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites” (Rio de Janeiro, 1892): “Em suas lições, inspiradas no desejo de fazer o sítio servir à Constituição e, portanto, à liberdade, traçou o mestre as linhas básicas de onde o constitucionalista não pode fugir”.²

A segunda, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é a Tese “O Estado de Sítio: na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional” (São Paulo, 1964), apresentada em concurso à Livre-Docência de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da USP.

Com o recrudescimento do terrorismo internacional, sobretudo após os terríveis fatos do 11 de setembro de 2001, o assunto voltou à atenção do Direito Constitucional. Há muitas obras importantes sobre o tema.

1 Exposição realizada no VIII Fórum Jurídico de Lisboa e XXIII Congresso Internacional de Direito Constitucional. O texto que segue é versão resumida do artigo AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de defesa e estado de sítio. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), n. 12(3). São Leopoldo: UNISINOS, 2016, pp. 428-438.

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado de sítio. São Paulo: USP, 1964, p. 8.

O estado de sítio conheceu uso vulgar na República Velha³ e depois.⁴ Sob a Constituição de 1988, ainda não encontraram emprego nem o sítio, nem a defesa. Essa feliz circunstância pode e deve ser preservada ao máximo. Mecanismos da espécie ensejam estudo precisamente para que se tenha plena consciência dos perigos que implicam. Por outro lado, o risco de situações extremas não pode ser menosprezado, mas, sobretudo, a primazia dos Direitos Fundamentais deve ser, sempre, preservada de modo absoluto.

1. DITADURA ROMANA, LEI MARCIAL E ESTADO DE SÍTIO

Guy Carcassone é tão direto quanto didático: “La chose n’est pas nouvelle”.⁵ Recorda antiga fórmula: “Os cônsules cuidam para que nenhum dano aconteça à República”.⁶

Bruce Ackerman aponta a República Romana como primeiro grande experimento de estado de emergência e elogia os freios e contrapesos que exibia: em momento de crise, o Senado podia propor aos cônsules (eram dois) que apontassem um ditador para exercer os poderes excepcionais pelo prazo máximo de seis meses, proibida a renovação; não poderiam ser eles próprios (em razão do que resistiam chamar um ditador, a menos que fosse realmente necessário; e era de esperar que tivessem a prudência de escolher alguém que, debelada a crise, devolvesse-lhes o poder). O ditador era essencialmente uma magistratura militar (mas sem autoridade para guerra ofensiva), irresponsável no desempenho do seu papel, conquanto permanecesse dependente do Senado para recursos financeiros. Porém, não exercia jurisdição civil, não obstante tivesse poder de vida e morte. Em três séculos, houve 90 ditadores; nenhum violou as regras

3 FERREIRA FILHO, *O estado de sítio...*, pp. 7-8

4 A propósito, vide GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O estado de exceção na experiência constitucional brasileira*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, n. 8(3). São Leopoldo: UNISINOS, 2016, pp. 286-302.

5 CARCASSONE, Guy. *La Constitution*, 6ª edição. Paris: Seuil, 2004, p. 111.

6 CARCASSONE, *La Constitution...*, p. 111.

da ditadura, nenhum nomeou outro ditador ao final do seu exercício.⁷ Essa mecânica funcionou de 501 a.C. até 216 a.C.⁸ Foi deturpada por Sila e, depois, por Cesar, “que foi feito ditador perpétuo (48 a.C.)”.⁹

Por vezes apontada como modalidade de ditadura, a lei marcial anglo-saxônica dela se aproxima porque não limita previamente o seu executor. Porém, “das ditaduras a lei marcial discrepa fundamentalmente na medida em que admite a responsabilidade civil e criminal de seu executor por tudo o que, *a posteriori* e o que é mais sério – a frio – for julgado abusivo”.¹⁰

Por fim, vale observar que lei marcial e estado de sítio não alteram a relação executivo-legislativo: “Nenhum (...) suporta que sejam alteradas as leis. Suspendê-las temporariamente sim; modificá-las, não”.¹¹

2. MODELOS AMERICANO, FRANCÊS E ALEMÃO

A Constituição americana de 1787 possui um mecanismo de emergência rudimentar, porque limitado à suspensão do *habeas corpus* quando nos casos de rebelião ou invasão a segurança pública possa assim requerer, ficando o mais à imaginação judicial.¹²

Em meio à II Guerra Mundial, a Suprema Corte americana, no caso *Korematsu v. United States*, admitiu campos de concentração para nipo-americanos. Para Bruce Ackerman, trata-se de caso paradigmático que representa momento “permissivo” no ciclo do *common law*,¹³ precedente esse que até hoje não foi formalmente supe-

7 ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. In: *The Yale Law Journal*, vol. 113 (2004), p. 1042.

8 FERREIRA FILHO, *O estado de sítio...*, p. 31.

9 FERREIRA FILHO, *O estado de sítio...*, p. 31.

10 FERREIRA FILHO, *O estado de sítio...*, p. 45.

11 FERREIRA FILHO, *O estado de sítio...*, pp. 52-53.

12 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1041, citando o art. 1, § 9, cl. 2, da Constituição americana.

13 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1042.

rado.¹⁴ Critica a decisão e questiona: o que diria a Suprema Corte se, hoje, árabes americanos fossem “arrebanhados” em um campo de concentração?¹⁵ O precedente seria estendido à “guerra contra o terrorismo”?¹⁶ É essa uma advertência que deve calar fundo.

Por sua vez, a Constituição francesa de 1958 (art. 16) traz mecanismo de grande amplitude, cujo único juiz é o Presidente da República, “sob a única reserva de alta traição”.¹⁷

Bruce Ackerman entende que a solução francesa é extrema, mas não pode ser categoricamente rejeitada porque não se pode saber os detalhes de uma determinada ameaça apocalíptica antes que ela aconteça.¹⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho conta: “Desses poderes, o Presidente De Gaulle fez largo uso, em 1961, a fim de reprimir a insurreição de forças militares sediadas na Argélia.”¹⁹ Por outro lado, adverte contra: “A ameaça do abuso, da agressão ‘de dentro’ à Constituição”.²⁰

Por fim, a Lei Fundamental de Bonn, ou seja, a Constituição alemã de 1949, adota a visão de insistir na proteção do núcleo das liberdades civis e políticas mesmo durante as mais severas crises, provavelmente refletindo o papel catastrófico das disposições de emergência da Constituição de Weimar na ascensão nazista ao poder nos anos 1930. Por isso, as disposições alemãs limitam a incursão nos direitos fundamentais apenas no que se refere: (i) à detenção de indivíduos por até quatro dias sem audiências judiciais; e (ii) ao confisco de propriedade sem compensação ou outras salvaguardas normais²¹ (a referência de Ackerman é ao Artigo 115c, nº 2, da Lei Fundamental de Bonn).

Ackerman busca, então, uma solução intermediária.

14 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1043.

15 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1043.

16 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1043.

17 CARCASSONE, *La Constitution...*, p. 112.

18 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1038.

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102.

20 FERREIRA FILHO, *Estado de Direito e Constituição...*, p. 102.

21 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1039.

3. ENFRENTAMENTO DO TERRORISMO

O terrorismo traz desafios novos ao Estado e aos mecanismos de defesa da ordem democrática. Não se trata de contraposição entre Estados e respectivas forças armadas regulares, uniformizadas, sujeitas às leis da guerra admitidas pela comunidade internacional. Trata-se do enfrentamento de um inimigo irregular, oculto, sem métodos pré-definidos.

Para Bruce Ackerman, “uma coisa é o Presidente Roosevelt designar “inimigo combatente” um cidadão americano capturado servindo ao Exército alemão e julgá-lo sem processo ordinário por uma corte civil; outra, completamente diferente, é o Presidente Bush fazer a mesma coisa com suspeitos de pertencer à Al Qaeda”.²² Para ele, a diferença é óbvia: um militar alemão é fácil identificar; um terrorista, não: pode ser qualquer um; guerras entre Estados soberanos têm começo e fim, têm regras, o que não acontece na guerra contra o terrorismo.²³

Questiona se o caso Korematsu poderia ser aplicado à guerra contra o terror. Entende que não: o problema é que a guerra contra o Japão começou e terminou, mas não é assim com a guerra contra o terror. O resultado seria a normalização da emergência e a criação de precedentes jurídicos que autorizariam medidas opressivas sem fim.²⁴

Sugere, então, um mecanismo de supermaiorias progressivas (ou, no original em Inglês, “*supermajoritarian escalator*”).²⁵ O Poder Executivo teria o poder de atuar unilateralmente apenas por breve período, o suficiente para que a legislatura fosse convocada e considerasse o problema, algo como uma ou duas semanas no máximo; o estado de emergência expiraria a não ser que fosse aprovado pela maioria, durando dois ou três meses; a continuação demandaria uma cascata crescente de supermaiorias: 60% para os próximos dois meses, setenta por cento para os dois seguintes, e assim sucessivamente.

22 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1032.

23 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1033.

24 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1043.

25 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1047.

te. Com efeito, a necessidade de “renovação em intervalos curtos de tempo serve como uma primeira linha de defesa contra a perigosa normalização do estado de emergência”.²⁶ Ademais, antes de cada votação, voltaria o debate para responder uma vez mais sobre a real necessidade do estado de emergência.²⁷ Por fim, as supermaiorias crescentes dariam a minorias cada vez menores um poder de veto contra manipulações.²⁸ Assim, garantir-se-ia a temporariedade da emergência, mas também resultaria fazê-la mais suave enquanto venha a durar.²⁹ Ademais, a legislatura não pode ficar à mercê do Executivo para obter informação³⁰ e não pode haver segredos para os homens-chave da oposição.³¹

Para Bruce Ackerman, o coração do poder de emergência é a autoridade de deter suspeitos sem o tipo de prova normalmente requerido por constituições liberais. A solução para inocentes seria uma compensação financeira.³²

Sobre o papel dos juízes, Bruce Ackerman argumenta que teriam eles dois níveis de participação: (i) um relativo à integridade do regime de emergência como um todo e (ii) outro relativo à salvaguarda dos indivíduos contra previsíveis abusos do sistema.³³

No primeiro nível, revela-se cético a um controle judicial da emergência: “Se o Presidente pode convencer a maioria da legislatura da necessidade dos poderes de emergência, isso deveria ser suficiente”.³⁴ Por outro lado, elogia o modelo francês, em que o Conselho Constitucional apenas opina e o Presidente pode descartar essa opinião, mas tem ela um poderoso impacto no público.³⁵

26 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1047.

27 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1048.

28 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1048.

29 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1048.

30 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1051.

31 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1052.

32 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1062.

33 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1066.

34 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1066.

35 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1062.

No segundo nível, admite restrições processuais relativamente aos detidos, mas exige “decência” no trato que recebem, rejeitando de modo **absoluto** a tortura, o que os juízes devem rigorosamente levar a efeito.³⁶

Por fim, inclusive tomando em consideração o exposto, é preciso enfatizar a advertência do próprio Bruce Ackerman: não se pode banalizar a exceção. Ora, se “é soberano quem decide o estado de exceção”,³⁷ implicando a exceção a não aplicação da ordem constitucional regular, tem-se (no estado de exceção) uma relação de bando, em que “aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela”,³⁸ caindo em um estado de natureza (aliás, “o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano”),³⁹ ficando o abandonado sem qualquer proteção do Direito.

Daí fundamental importância de o estado de exceção não ser de uso vulgar.

4. INTERVENÇÃO FEDERAL COMBINADA COM GLO, DEFESA OU SÍTI

A intervenção federal incide sobre a autonomia do ente federado que sofre a intervenção. Resulta, tipicamente, na nomeação de um interventor, seja para o lugar do Chefe do Poder Executivo, seja para o lugar de outra autoridade do ente sob intervenção. Porém, da intervenção não resulta nenhum poder extraordinário para o interventor: ele exerce os mesmos poderes que tinha a autoridade local substituída. Sobre este ponto, confira-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

³⁶ ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1071.

³⁷ SCHMITT, Carl. *Teología política I* in Carl Schmitt, teólogo de la política, México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

³⁸ AGAMBEM, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 36.

³⁹ AGAMBEM, *Homo sacer...*, p. 41, citando THOMAS HOBBS.

"A intervenção federal assim não importa, em si mesma, num alargamento do poder de repressão à violação da ordem pública, não altera os seus limites constitucionais e legais. Age em lugar de e nos termos em que o Poder substituído poderia atuar".⁴⁰

No caso da intervenção federal decretada em 2018 em face do Rio de Janeiro, em razão de grave crise na segurança pública estadual (Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018), foi ela acompanhada do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Trata-se de um emprego rigorosamente subsidiário das Forças Armadas,⁴¹ pois pressupõe a indisponibilidade, a inexistência ou a insuficiência dos mecanismos estaduais de segurança pública.⁴² Não houve o exercício de poderes extraordinários.

CONCLUSÃO

A gradação de mecanismos segundo a natureza e a gravidade da crise denota algo muito caro aos Direitos Fundamentais: **proporcionalidade**. Apenas o emprego rigorosamente proporcional à crise – e sempre episódico – pode eventualmente legitimar a decretação de estado de defesa ou de estado de sítio (veja-se, por exemplo, o modelo do Canadá, que prevê medidas diversas para cada tipo de emergência: desastre natural, ameaça à ordem pública, emergência internacional, guerra).⁴³

Por outro lado, por mais grave que seja a ameaça com que venha a se deparar um Estado que se pretenda democrático, em nenhuma hipótese a respectiva reação pode descambar à negação do outro,

40 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Intervenção federal e segurança pública*. In: Cadernos do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas, n. 4, São Paulo, 2018, p. 3.

41 "Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é da competência primária das *forças de segurança pública*, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal." (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 748).

42 § 3º do art. 15 da Lei Complementar n. 97, de 09 de junho de 1999.

43 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1061.

ou seja, não se pode admitir nenhum método contrário aos Direitos Fundamentais. Nessa linha, **sempre e em qualquer hipótese, deve ser absoluta a recusa à tortura**, inclusive porque, ao menos no caso bastante claro da Constituição brasileira de 1988, o direito fundamental à integridade física é absoluto.⁴⁴ Qualquer dúvida, hesitação ou exceção no ponto levaria ao fracasso do próprio regime democrático.

Diversamente dos conflitos entre Estados e respectivas forças armadas regulares, o conflito entre Estados e terroristas parece resvalar de hostilidades disciplinadas pelo Direito Internacional para o ódio. Não é uma relação de *hostis*, mas de *inimicus*.⁴⁵ Talvez precisamente por isso Saddam Hussein tenha sido procurado, capturado, julgado e executado observado um devido processo legal. Diversamente, Osama Bin Laden foi caçado, encontrado e eliminado de pronto. A nítida distinção de abordagens, metodologias e soluções adotadas nesses dois exemplos, independentemente de qualquer juízo de valor acerca de ambos (concordando ou não com um, com o outro ou com os dois), por si só, demonstra a extrema delicadeza da matéria.

Por isso mesmo, não há que ter dúvida: mecanismos como defesa e sítio **são muitíssimo perigosos**. Podem resultar como que abrir uma caixa de Pandora. Implicam riscos ainda maiores quando o confronto escapa aos modelos típicos de hostilidades entre Estados e respectivas Forças Armadas regulares. É uma grande fortuna não ter havido nenhum emprego desses mecanismo sob a Constituição de 1988.

É importante ter presente ponderação de Bruce Ackerman: “Nosso problema constitucional não é que o governo seja muito fraco no curto prazo, mas que ele seja muito forte no longo prazo”.⁴⁶ Por outro lado: “Se ataques terroristas vierem a se tornar muito frequentes, nenhuma estrutura jurídica nos salvará de um desastre das liberdades civis”.⁴⁷ A preocupação inerente a essas colocações fica ainda mais

44 A teor do inciso III do art. 5º da Constituição: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

45 SCHMITT, Carl. *El concepto de lo “político”*. In: Carl Schmitt, teólogo de la política. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 179.

46 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1040.

47 ACKERMAN, *The Emergency Constitution...*, p. 1045.

premente quando se toma em consideração a “simplicidade logística” de alguns dos últimos atentados, como, por exemplo, aquele havido em Nice em 2016.

Vale perguntar se a crise crônica da segurança pública no país, ou, pelo menos, em certas regiões do país, já não estaria a configurar contexto da espécie. A resposta é negativa. Crise interna de segurança pública resolve-se com polícia ordinária e com inteligência policial bem estruturadas, bem treinadas e com rigoroso – e indeclinável – respeito aos Direitos Fundamentais, sob pena de uma conduta inversa banalizar, de lado a lado, a barbárie, situação extrema em que a normalidade é dissolvida pela violência sem limites e que a todos joga no horror de um estado de natureza sem nenhuma perspectiva de retorno.

Mecanismos extraordinários, quando previstos em um regime democrático de governo, devem permanecer o mais possível em potência, ou seja, devem permanecer, sobretudo, como meios apenas dissuasórios. Se e quando utilizados, devem conhecer uso estrito e absolutamente vinculado à solução da anormalidade, e, superada a anormalidade, o emprego deve ser de pronto cessado.

O regime democrático de governo e os Direitos Fundamentais a ele inerentes demandam atitude persistente – inquebrantável mesmo – de tolerância, ou seja, de genuína aceitação do outro. Apenas esse modo de proceder, mormente nas situações mais extremas, é capaz de fazer valer a cultura democrática com efetiva promoção dos Direitos Fundamentais.

ANEXOS

ARTIGOS SELECIONADOS EM VIRTUDE DO EDITAL DE SUBMISSÃO

ADERRUAN TAVARES

ANDREA ABRAHAO COSTA

CELSO DE BARROS CORREIA NETO

DANIEL AUGUSTO MESQUITA E JULIA NORAT CAVALCANTI

GRYECOS LOUREIRO

HENRIQUE SMIDT SIMON E CRISTIANE DAMASCENO LEITE

IANI PANAIT

LUCIANO MEDEIROS

LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO

RAFAEL SILVEIRA E SILVA, CELINA PEREIRA E DENILSON BANDEIRA COÊLHO

RENAN ALBERNAZ

VICTOR MINERVINO



ADERRUAN TAVARES

É Mestrando em Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília (UnB), com período de mobilidade na Universidade de Bolonha (UniBo). Foi Assessor de Subprocuradora-Geral da República do Brasil e, atualmente, é Assessor Jurídico da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

ADERRUAN TAVARES

CONSTITUIÇÃO E RECONHECIMENTO JURÍDICO DE ESTRANGEIROS

RESUMO

A Constituição é um importante instrumento para a sedimentação dos direitos fundamentais em benefício de todos os grupos sociais que fazem parte da subjacente comunidade, dentre os quais se incluem estrangeiros, migrantes ou refugiados. Assim, o reconhecimento jurídico desses grupos, a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, ainda que pela via jurisdicional, é de extrema importância para a manutenção da ideia de uma Constituição pluralista, na concepção de Gustavo Zagrebelsky, e para que os integrantes desses grupos sociais possam manter e/ou desenvolver a sua identidade e o seu autorrespeito frente os demais integrantes da comunidade, sob pena da institucionalização das relações de subintegração em desfavor deles (Marcelo Neves). Exemplo do reconhecimento jurídico do estrangeiro é a decisão do Supremo Tribunal nos autos do RE 587.970, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que restou assegurado a uma estrangeira italiana e idosa residente no Brasil há mais de 54 anos o benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: constituição; reconhecimento; estrangeiro

INTRODUÇÃO

Quem está minimamente atento aos acontecimentos da sociedade moderna tem notado que a complexidade das relações humanas vem progredindo para níveis cada vez mais difíceis de compreensão, dada a velocidade e a frequência que ocorrem. Disso resulta, dentre as tantas contingências possíveis, a incessante locomoção de bens, de capitais e de pessoas, a facilidade de transposição dos limites geográficos e a praticamente inexistência de barreiras tecnológicas. Todos os fatos sociais de ordem moderna têm colocado em constante discussão as bases de sustentação das políticas internas e externas, assim como o arranjo constitucional dos países.

O cenário mundial provocado pela pandemia da Covid-19, ainda imprevisível quanto aos seus resultados, mas já sabidos perturbadores, tem produzido um aumento de complexidade nas relações sociais, econômicas e jurídicas não vista desde a Segunda Guerra Mundial. A pandemia tem escancarado as mazelas sociais e econômicas e, certamente, o mundo não será o mesmo após: talvez seremos melhores, mas falar em uma piora humanitária não seria absurdo. Saberemos lidar com a quantidade de informações que acumulamos nesse período? Poderemos frear o ímpeto da transferência nociva dessas informações, a ponto de não sabermos objetivamente se elas são verdadeiras ou *fake news*? Controlaremos os nossos medos e as nossas incertezas? Ou ainda continuaremos a seguir o rumo da chamada "superfluosidade humana", expressão cunhada por Mbembe (2017), em que, nestes tempos neoliberais, o capital ganha vida própria e o homem não passa de um simples sujeito do mercado e do débito, relegado à sua própria sorte.

Vivemos em uma era cheia de desafios de difícil antevisão de seus resultados. Para Arantes (2015, p. 64), estamos em um "novo tempo do mundo", no qual a distância histórica não existe mais e o futuro, "inexperimentável" e "irreconhecível", passa a fazer parte do presente. Não estamos completamente nas sociedades distópicas de George Orwell e de Aldous Huxley, mas alguns governantes mundiais tomam medidas que nos fazem supor estarmos cada vez mais próximos delas.

Nesse sentido, a interconexão conflitante entre “o que é daqui” e “o que é de fora” tem provocado rediscussão sobre a efetividade das constituições modernas na compatibilização dos interesses, situações, direitos e deveres dos diversos atores que se colocam de cada lado dessa relação. A questão fica ainda mais sensível quando se defronta rigidamente em termos excludentes (carregado socialmente de preconceito e ufanismo) o “nós” e os “outros/eles”, culminando na questão que envolve os imigrantes, situação essa que os territórios desenvolvidos têm vivido e discutido com mais recorrência, principalmente os Estados Unidos da América e a Europa, ainda que de forma diversa quanto às abordagens social e política do tema. A questão da imigração também possui atual relevância no Brasil. Por ser uma potência econômica da América do Sul, é de se esperar que nacionais dos demais países da região - e até mesmo de nações de outras partes do mundo - migrem para o Brasil por diversas causas: busca por melhores condições de vida, por questões humanitárias ou ambientais, por preferências sociais, etc. Contudo, é certo que não se pode vincular a questão da imigração com a pobreza ou com a criminalidade.

Em decorrência dessa contextualização e do contingenciamento da Constituição, há, na sociedade, sucessivos e ininterruptos pontos de sensibilidade social que provocam constante revisitação das bases materiais e formais dela como tal. O próprio processo globalizatório e os fluxos migratórios são dois pontos que inevitavelmente provocam abalos na estrutura, na identidade e na realidade constitucional, em razão da acentuada elevação do nível de complexidade dos processos comunicativos travadas na comunidade, de ordens políticas, sociais, jurídicas e econômicas.

Dessa forma, requer-se que as Constituições dos países democráticos, que adotam a concepção do Estado Democrático de Direito, sejam catalizadoras das necessidades urgentes surgidas no bojo da sociedade, com o fim de dar-lhes o adequado e pronto tratamento constitucional, sem que seja desprovida de sentido a perseguição do projeto comum de construção da sociedade com base na identidade constitucional concebida pelo poder constituinte. Nesse sentido, as ideias de Zagrebelsky, relativas a uma Cons-

tituição pluralista, nos parecem adequadas para o enfrentamento dos desafios modernos postos ao constitucionalismo, notadamente, porque tema deste trabalho, ao que pertence aos direitos dos estrangeiros.

Com isso, desenvolver-se-á o reconhecimento jurídico de estrangeiros a partir das concepções de Axel Honneth, Marcelo Neves e Junger Habermas; mas com base, principalmente, no primeiro, para quem a luta por reconhecimento no seio da sociedade é materializada por três esferas, quais sejam, o amor, a igualdade de direitos perante a lei e a estima social. Especificamente ao tema aqui trabalhado, o reconhecimento jurídico de estrangeiros, o que se verifica na segunda etapa da proposta de Honneth são a medida e a possibilidade que os estrangeiros experimentam nas relações sociais com o fim de manterem as suas identidades, capacidades e habilidades em terras estrangeiras perante a lei instituída democraticamente haurida.

Ao fim do texto, serão tomadas breves notas sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 587.970, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Plenário da Corte Suprema brasileira, em um exemplo de reconhecimento jurídico de estrangeiros pela via jurisdicional, concedeu benefício assistencial a determinada idosa, que lhe havia sido negado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pelo simples fato de ela ser estrangeira.

1. MIGRAÇÃO E CONSTITUIÇÃO EM UM CONTEXTO DE PLURALIDADE

A globalização é fruto do entrelaçamento entre diversos atores locais, que se veem premidos de transpor barreiras físicas, ideológicas, culturais e soberanas em busca das finalidades mais diversas possíveis, com os atores globais, de ordem política ou econômica. Para Banakar (2014), como consequência da globalização, os problemas de ordem jurídica transcendem os limites estatais tradicio-

nais e as jurisdições dos Estados soberanos, o que demanda nova abordagem sobre o papel da legislação e das formas de regulações para acomodação desses problemas à realidade global atual.

Ao tempo em que a desconfiguração estatal provocada pelo processo da globalização tem gerado profundas discussões sobre dogmas jurídico-políticos de organização interna, ela permite a reconfiguração de um espaço mundial cada vez mais fragmentado. Nesse contexto desconfigurado e assimétrico, a Constituição moderna, consolidada principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, possui papel importante na proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais. Como sustenta Habermas (2000), o processo de globalização tem tornado as sociedades mais complexas e, ao mesmo tempo, mais vulneráveis, dando origem, aparentemente, a uma esfera pública global, em que todas as pessoas teriam o direito de fazer parte de uma comunidade universal. Conjuntamente, “os Estados perderam grande parte da soberania que tiveram, e os políticos muita das suas capacidades de influenciar nos acontecimentos. Não é surpreendente que ninguém mais respeite os líderes políticos, ou que ninguém tenha muito interesse pelo que eles têm a dizer. A era dos Estados-nação terminou” (GIDDENS, 2000, p. 21), pelo menos, no sentido clássico que os conhecemos. Alteraram-se os paradigmas de problemas: “as nações hoje enfrentam riscos e perigos no lugar de inimigos, uma mudança enorme em sua própria natureza” (GIDDENS, 2000, p. 30).

A globalização gera efeito favorável à migração, uma vez que transpor as barreiras físicas dos Estados se encontra, em tese, cada vez mais acessível. A migração internacional, contudo, tem a capacidade de acentuar as desigualdades econômicas, políticas e sociais. Ademais, na mesma proporção que a interdependência das pessoas e dos Estados se exponencia, a migração se torna cada vez mais diversificada e requer a criação de novos mecanismos político-jurídicos para lidar com a complexidade que esses movimentos produzem. Segundo Bauman (2016), a migração massiva não é um fenômeno recente na história; no entanto, as suas causas têm atingido níveis de complexidades não antes vistas, tais como

falência de Estados, de guerras tribais e sectárias, de homicídios em massa e banditismo, a expectativa é que a migração continue a crescer no mundo.

Esse aumento do nível de complexidade inevitavelmente tem afetado as bases constitucionais e democráticas dos países, o que tem levado à revisão de diversas visões tradicionais e modernas sobre o constitucionalismo. Para De Giorgi (2015, p. 109), a Constituição, no atual estágio, é fruto das emergências e contradições vivenciadas na era moderna, absorvidas e unificadas em apenas um sentido que leva o nome de Constituição, encerrando em si, ao mesmo tempo, o “ser” e o “dever ser”. A Constituição, ao passo que é fato histórico e texto escrito, é o vínculo autoconcedido pela própria comunidade, com o fim de preservar as suas unidades jurídicas reconhecidas e de se abrir para o futuro. Não se pode esquecer que a “composição social da população de um estado é o resultado das intrínsecas circunstâncias históricas do sistema de direitos e de princípios do estado constitucional”, lugar comum em que a vida comum seja abarcada por uma Constituição e que o projeto constitucional seja perseguido por todos (HABERMAS, 2000).

Com isso, a Constituição, entre a sua identidade e a sua realidade, deve possibilitar a formação de uma esfera pública plural, solidária e livre. Assim, parece haver aí um caminho seguro para a formação de cidadãos conectados com o seu tempo e espaço e que consigam identificar possível discrepância entre o que é dito nos textos normativos e o que é verificado na realidade constitucional subjacente. A consciência constitucional voltada ao plexo de possibilidade dos exercícios processo-jurídicos pelos cidadãos deve ser possibilitada por uma Constituição efetiva e atada com a sua quadra histórica. A simbiose de princípios e valores constitucionais com as demandas democráticas da sociedade, da qual surge a identidade constitucional, se bem apreendida por todos os atores sociais, permite o desenvolvimento político e jurídico da noção de Constituição realizada, fazendo com que disfunções sejam atenuadas. Levando as concepções de José Geral Sousa Júnior para o plano constitucional, uma Constituição não pode ser reduzida ao seu texto escrito, muito menos ser apreendida por uma única matriz,

porque ela se constrói na e a partir da realidade social, nas relações privadas, sociais, políticas e econômicas, das quais surgem e se desenvolvem as lutas por reconhecimento; neste sentido, a Constituição pode ser, também, o que o seu texto escrito diz sê-la: mas por aí não estaciona (SOUSA JÚNIOR, 2015).

É interessante notar que Luhmann (2004) trabalha com a concepção de acoplamentos estruturais, os quais se identificam pelo fato de o sistema pressupor certas características do seu ambiente e confiar a elas certas estruturas internamente. Assim, o acoplamento estrutural paradoxalmente aproxima e separa os sistemas, além de reduzir e facilitar as influências do ambiente no sistema. Ou seja, as "irritações" que os sistemas registram, sentem, são admitidas por meio dos acoplamentos estruturais. O acoplamento estrutural, por sua característica de diferenciar e aproximar os sistemas, permite que as irritações sejam melhores trabalhadas dentro de cada sistema. Desse modo, a Constituição, como o mecanismo de acoplamento estrutural entre a política e o direito, é a responsável por aproximá-los, fazendo com que um sistema encontre apoio sistêmico no outro; esse apoio mútuo é, paradoxalmente, a forma de manter a integridade sistêmica deles, isto é, a manutenção dos sistemas estáveis e diferenciados.

Essa estabilização e diferenciação dos sistemas pretendida pela Constituição, ainda que de difícil visualização nos países periféricos, como assenta Neves (2008), é importante na medida em que as disfunções dos sistemas não permitem que as contingências sociais advindas da esfera pública sejam tratadas devidamente em traços minimamente democráticos. A dificuldade verificada pode resultar em um processo lento, por vezes impossível, no reconhecimento das lutas, das capacidades e habilidades dos diversos grupos e atores sociais, sob pena de privação da participação em uma esfera pública democrática, fazendo com que o processo democrático seja vazio de conteúdo.

Segundo SASSEN (2007, pp. 131-132), a imigração vista apenas pelos fatores individuais é insuficiente para que venham à tona as suas verdadeiras causas, porque as suas principais causas estão

sediadas em questões sociais em sentido amplo (institucionais, políticas, jurídicas, econômicas, etc.), principalmente por ligações coloniais, por níveis baixos de educação, de pobreza e de desemprego, embora a essas causas não se reduzam. Daí a professora holandesa asseverar que “cada país é único, e cada fluxo migratório é produzido pelas condições específicas de tempo e espaço”. Atualmente, a imigração possui caráter sistêmico, a ponto de influenciar em aspectos políticos, econômicos e sociais dos estados-nação, além de se caracterizar pela imprevisibilidade dos seus efeitos, sem contar a sua multiplicação e interconectividade exponenciadas com os processos globalizatórios (MEZZADRA, 2001).

Sendo assim, a migração provoca possibilidades de testes às bases sociais, econômicas e culturais das Constituições modernas. Para Collier (2016), a migração gera, na sociedade, diversas posições morais que se misturam ruidosamente com questões sensíveis como a desigualdade racial, o nacionalismo e o racismo. Segundo o professor britânico, enquanto pode ser tido como moralmente obrigatório ajudar as pessoas pobres dos países pobres, o que, por vez, faz com que países ricos abram as suas fronteiras para a migração, essa obrigação moral não subtenderia uma obrigação generalizada no sentido de total liberdade de circulação das pessoas de um país para o outro. O autor ainda pontua os três principais fatores econômicos da atual onda da migração internacional: 1) a migração é uma resposta social à diferença de renda entre países ricos e pobres, 2) os diversos obstáculos à migração fazem dela um ato de alto custo e de investimento; 3) os custos da migração são amplamente reduzidos com a presença do fenômeno da diáspora no país de destino

É inocente pensar que a presença de imigrantes não provoca reações díspares nas relações sociais ou que não dá azo a uma “competição” deles com os nacionais, o que pode naturalmente levar ao enfrentamento com a concepção de algumas narrativas de cunho nacionais e “pureza racial”, culturalmente impregnadas. Contudo, os imigrantes dão cores a novas formas de vida, além de motivar a incessante busca pela igualdade de fato e do reconhecimento das diversidades (ZANFRINI, 2016). A relação entre nacionais e não

nacionais, acaso aberta ao diálogo e ao reconhecimento mútuo, desenvolve um processo de “nacionalização” dos estrangeiros e de “estrangeirização” dos nacionais. A troca de saberes, experiências e culturas pode ser, de um ponto de vista orgânico da sociedade, muito frutífera para ambos os lados.

Uma rota de colisão é inevitável, e se acentua a depender das políticas migratórias. As políticas restritivas e de controle das fronteiras falham significativamente na contenção da imigração, e, paradoxalmente, têm levado à acentuação da migração e da permanência irregulares (CASTLES; DE HAAS; MILLER, 2013,). Certamente não se está afirmando que o Estado-nação não possa desenvolver políticas migratórias; isso seria impensável e até mesmo irresponsável. Contudo, essa política deve ser guiada por princípios constitucionais, visando ao respeito, à proteção e à promoção de todos que se encontrem sob o poder estatal, no caso do Brasil, que tem uma Constituição capaz de viabilizar esses parâmetros. Não há como negar uma diferença quanto ao *status* jurídico entre nacionais e não nacionais, mas os estrangeiros não podem ser tidos por inimigos, até porque não nos esqueçamos que nacionais brasileiros em outras terras são “não nacionais”, ou os “outros/eles”.

Collier (2013) entende que o fosso entre países ricos e países pobres, sem perspectiva de que esse *gap* diminua em algumas décadas, contribui para a migração massiva. Soma-se a isso, por exemplo, fenômenos sociopolíticos, como no caso da Venezuela, que “empurram” as pessoas para fora dos seus países. Com isso, o fluxo de migração continuará a ser no sentido país pobre/país rico, provocando um desequilíbrio social de grandes proporções. A despeito disso, esse “outro”, o estrangeiro, o imigrante, deve encontrar proteção em uma Constituição efetiva do ponto de vista normativo e social, sob a égide de uma realidade constitucional pluralista. É fato que o fluxo migratório provoca uma alteração qualitativa e quantitativa da composição da população em níveis éticos, culturais e de identidade nacional, como alerta Habermas (2000), ou, nas palavras de Collier (2016), o fluxo migratório provoca aumento do capital social. A chegada de imigrantes impacta na procura de empregos, em vagas na rede pública de ensino, em atendimentos no sistema

pública de saúde, etc. Com isso, é inevitável que a sociedade busque uma rejeição inicial aos imigrantes, o que vem a reboque de políticas de impedimento de entrada dos imigrantes e de privação de direitos de forma “legal”.

Trazendo para o nosso contexto social, com a crise político-social noticiada na Venezuela, muitos venezuelanos migraram para o Brasil, pela fronteira de Roraima, mais especificamente pela cidade de Pacaraima, em busca de melhores condições de vida, em razão da falta de empregos, superinflação e outras contingências sociais, econômicas e políticas que afetam o nosso país vizinho. Nada obstante, essa migração massiva e inesperada colocou em xeque a efetividade das medidas públicas dos atores institucionais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em relação quer a brasileiros quanto a venezuelanos.

Há, ainda, uma certa discussão sobre o *status* dos venezuelanos que se abrigam em outros países, se “meros” migrantes ou se refugiados. Assim, é importante destacar que migrante é a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”, conforme conceituação do art. 1º, § 1º, inc. II, da Lei de Migração; enquanto “refugiado” encontra conceituação legal no art. 1º da Lei nº 9.474/97, sendo considerado aquele que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país, entre outras hipóteses.

Segundo dados do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), atualmente vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, houve, em 2018, um aumento de 28% de imigrantes jovens, com idades entre 20 e 34 anos, quando comparado com o ano de 2017. Ainda segundo o CNIg, detectou-se que o número de imigrantes com 65 anos ou mais diminuiu quase pela metade no mesmo período. Quanto à escolaridade, os imigrantes com ensino superior são maioria nos dois anos e os estados do Rio de Janeiro e de São Paulo são os principais destinos na escolha de residência dos imigrantes (BRASIL, 2020a).

Todavia, não basta a simples previsão de direitos de cunho fundamentais para que os cidadãos participem livremente nos procedimentos de tomada de poder ou na concretização de novos direitos. É necessária uma percepção de continuidade de abertura pluralista ao outro, com base na identidade constitucional, fazendo com que a realidade constitucional seja constantemente redirecionada ao reconhecimento do outro (TAVARES, 2019b). Aliás, para Habermas (2005), direitos coletivos fortalecem os grupos culturais em um permanente processo de manutenção dos recursos culturais, os quais podem estabilizar as identidades individuais dos membros de determinada sociedade, sejam autóctones ou estrangeiros. Assim, os direitos de autoafirmação expandem a autoridade das organizações culturais representativas dos grupos culturais. Disso advém diversos conflitos sociais, muitos dos quais canalizados por lutas por reconhecimento e igualdade de tratamento, mas também casos de opressão pelos grupos majoritários com o fim de estabilizar a sua identidade cultural “pura”, com grande possibilidade de violação dos direitos fundamentais dos membros das minorias.

2. CONSTITUIÇÃO PLURALISTA E DEMOCRACIA: PRESSUPOSTOS PARA A FORMAÇÃO DE UMA CULTURA VOLTADA AO RECONHECIMENTO JURÍDICO

Atualmente, o direito do Estado não é o mesmo verificado no século XIX e começo do século XX, em virtude do pluralismo político, da formação de centros de poderes alternativos e concorrentes com o Estado, nos campos político, econômico e cultural e da existência religiosa, muitos deles até mesmo ignorando a força do Estado e outros institucionalizados pelo Estado (ZAGREBELSKY, 1992).

Ante a premissa da existência de uma sociedade pluralista, própria e inafastável nos termos modernos, composta de uma variedade de grupos sociais e de portadores de interesses e projetos de vida diversos, mas sem que nenhum desses grupos tenha força política suficiente para dominar os demais no plano político, a Constituição, ainda que soberana na visão de Zagrebelsky, não pode ser o

centro dogmático-ordenador do sistema estatal, mas a criadora de possibilidades para a realização da vida comum entre esses grupos. Essa é a condição das Constituições democráticas nas sociedades pluralistas, que devem se notabilizar concretamente na defesa rigorosa e veemente contra qualquer tipo de agressão à pluralidade de seus valores e princípios (ZAGREBELSKY, 1992,).

A ideia subjacente à Constituição pluralista de Zagrebelsky está na proposta de uma “dogmática fluída”, que consiste em entender as características da sociedade, assegurando a manutenção da individualidade frente à pluralidade, sem o aniquilamento daquela por esta (ZAGREBELSKY, 1992). Assim, para o professor italiano, o único conteúdo rígido em uma sociedade, regida por uma constituição de cunho pluralista, é a defesa rigorosa da diversidade de valores e princípios. Com isso, ademais, a Constituição com esse viés, caso efetiva no plano político, jurídico e social, desenvolve um papel importante de manutenção e de defesa das grades proteção da democracia.

Contudo, o que se desenha frente ao caráter normativo de proteção da pluralidade societária é a dificuldade de tatear precisamente o que vem a ser democracia nesse emaranhado de ideias, valores, princípios, projetos individuais e culturais que uma Constituição democrática deve possibilitar a coexistência, se não harmônica, pelo menos, não autodestrutiva dos atores sociais portadores daqueles. Dessa forma, a concepção sobre o que vem a ser, atualmente, democracia não pode se apresentar vazia de conteúdo, sob o risco de os princípios de certa época não alcançarem a sua efetividade no plano social. Por certo, não basta, todavia, a simples previsão de direitos de cunho fundamentais para que os cidadãos, incluindo os imigrantes, participem livremente nos procedimentos de tomada de poder ou na concretização de novos direitos. É necessária uma percepção de continuidade de abertura pluralista ao outro, com efetivo reconhecimento de suas capacidades e habilidades, com base na identidade constitucional, fazendo com que a realidade constitucional seja constantemente redirecionada àquela (TAVARES, 2019,).

Fato é que as sociedades modernas estão cada vez mais se caracterizando por um exacerbado individualismo das pessoas, e os direitos básicos estão gradualmente se distanciando de um senso de responsabilidade, o que requer novas formas de regulação da vida em comum (BANAKAR, 2014). Sem se olvidar de que a Constituição é evidentemente uma construção política, para além do texto normativo, há de se ter atenção aos acordos institucionais e práticos que são colocados em jogo para realizar direitos e deveres políticos.

A propósito, para Habermas (2005), os cidadãos apenas podem fazer o uso adequado dos seus direitos políticos se puderem agir com independência e autonomia; o uso adequado dos direitos políticos permite que os cidadãos não percam parcela de sua autonomia privada, porém, em conexão com os direitos políticos, essa autonomia é voltada para a construção e para o desenvolvimento do bem comum e não exclusivamente para os interesses privados. Ainda segundo o professor alemão, o direito de fazer aquilo que se quer dentro dos limites legais está afeto à autonomia privada e não à esfera pública. Contudo, em uma democracia, espera-se que a liberdade de escolha esteja conectada com a formação de uma esfera pública de solidariedade com os outros. É certo, ainda pondera, que a legalidade não pode impor essa solidariedade, apenas sugerir ou induzir. Seria contraditório uma obrigação legal de ser solidário (HABERMAS, 2005).

Encarando o tema sob essas perspectivas e partindo das ideias lançadas por Honneth (2015), o reconhecimento democrático dos princípios éticos e morais dos diversos atores sociais, a despeito de invocar um aspecto normativo, não pode se afastar de uma abordagem social-materialista. Com isso, uma democracia eticamente orientada não pode se afastar de concepções de liberdade e justiça sociais, empiricamente vivenciadas; em outras palavras, há a necessidade de a liberdade social se equivaler à justiça social orientada eticamente para a realização da democracia. Mais que isso: a democracia representaria uma possibilidade de formação de uma opinião reflexa das controvérsias públicas.

Ademais, resgatando a ideia de Benhabib sobre os mecanismos de “interação”, Honneth entende que os princípios éticos e morais contribuem para a formação democrática ante a um processo caracterizado por repetitivos confrontos sociais (inconclusões sociais); todavia, esse processo não pode se desgarrar da materialização da liberdade nas relações pessoais e nas relações econômicas do mercado, que são, pois, condições para o afloramento desses princípios e contribuem para a formação de cidadãos que consintam em participar dos processos democráticos da sociedade, em que aqueles princípios serão expostos.

A dificuldade de identificar socialmente (e precisamente) os princípios éticos e morais que irão reger uma sociedade plural, quer pela complexidade das atuais relações, quer pela interligada contingência, coloca em xeque os valores democráticos na atual quadra histórica (TAVARES, 2019b). Um resultado desse contingenciamento social é a ideia subjacente ao populismo antiliberal que, para além de ser um mero discurso social, caracteriza-se modernamente por estratégias específicas de comunicação direta com o eleitoral, orientado para determinado fim político (inimigo em comum – partido político, minorias e imigrantes, por exemplo –, descrenças nas instituições e demonstração militar de poder), além de propalar ideologia que nega as bases democráticas pré-definidas na Constituição.

Esse tipo de movimento prejudica a estabilidade da democracia, pois tem por finalidade uma “democracia esvaziada”, na medida em que são corroídas as regras constitucionais democráticas, especialmente quando determinadas facções não aceitam os resultados das eleições democráticas e fazem defesa pública e velada das forças antipluralistas. Isto é, para o populismo antiliberal há apenas um caminho correto e uma verdade, que é aquilo que ele pensa, independentemente das demais visões de mundo (TAVARES, 2019b). Geralmente, esse populismo tem uma feição individual e carismática; o *‘strongman’* de Bauman (2016, p. 47), que nada mais é que “um fantasma que assombra as terras da democracia”.

No contexto de escalada desse tipo de populismo em que vivemos local e mundialmente - Brasil, Estados Unidos da América, Hungria, Grã-Bretanha, Itália, etc. -, a jurisdição constitucional tem um papel importante como protetor das grades de proteção da democracia, da Constituição pluralista e de uma esfera pública desenvolvida em bases libertárias e justas socialmente. Mas como exercer esse papel? Como defender as bases democráticas, a partir dos níveis principiológicos e constitucionais contra o processo corrosivo da democracia, ainda mais quando ele surge dentro da própria democracia?

Se, conforme Issacharoff (2015, p. 270), a democracia é uma complicada relação entre soberania popular, competição política, instituições estatais, projetos de vidas e a ideia subjacente de perdedor hoje e ganhador amanhã das eleições (e vice-versa), a jurisdição constitucional, caso tenha por objetivo a proteção de uma Constituição pluralista, não tem outra via de saída que não seja a proteção substancial da pluralidade de princípios éticos e morais dos inúmeros atores sociais, garantindo-se uma permanente retroalimentação social da política, com a concepção de que "as eleições são o produto final do processo de seleção democrático, mas não são em a definição de democracia".

Contra o processo corrosivo da democracia, especialmente agravado pela escalada de um populismo de cunho antiliberal, que enfraquece as correntes pluralistas da cidadania, a partir de uma corte constitucional forte o suficiente do ponto de vista jurídico e político, o papel da jurisdição constitucional deve ser o de defender uma esfera pública pluralista, constantemente aberta ao reconhecimento das diversas visões de mundo. A partir das concepções de Honneth e Zagrebelsky, essa esfera pluralista deve ser substantiva na permanente participação social dos cidadãos na formação da vontade pública, pelos mecanismos de tomada de decisão, assegurando-se que as atuais eleições nunca sejam as últimas. "A responsabilidade pela comunidade caracteriza o cidadão" (HAN, 2018, p. 118). Ademais, parafraseando Bobbio (1990),

não se pode esquecer que a ideia subjacente à democracia é incidível com a proteção dos direitos fundamentais.

Para Streck (2018, p. 301), “defender a Constituição significa defender a democracia”. Se assim o é, não há como conceber uma jurisdição constitucional dissociada de parâmetros materialistas de proteção da multiplicidade social, sob pena de se permitir a ruptura com o sistema democrático por ela mesma instituída. Só há democracia onde há pluralidade; e a democracia material deve ser uma democracia militante, para utilizarmos uma expressão cunhada por Loewenstein.

Dessa forma, a relação entre direito, Constituição e democracia é essencial para a materialização do reconhecimento jurídico de determinadas pessoas dentro da comunidade aberta à inclusão de valores plurais, na medida em que, segundo Habermas (2000, p. 215), um sistema de direito só é legítimo enquanto resguarda a autonomia dos indivíduos no mesmo grau de equivalência; os cidadãos são autônomos apenas quando as leis lhes dirigidas são por eles formadas, por intermédio da livre participação nas diversas formas de comunicação da comunidade; “em termos normativos, não há estado constitucional sem democracia” Com isso, a rigidez da Constituição democrática tem direta relação com o desenvolvimento de uma concepção de liberdade pública que proteja a identidade individual ético-moral na esfera pública aberta reiteradamente a processos públicos de tomada de decisões, sem que uma aniquile a outra.

3. RECONHECIMENTO JURÍDICO DE ESTRANGEIROS

Honneth (1996), resgatando as ideias do jovem Hegel e da psicologia social de Mead, dá ênfase no que chama de “a luta por reconhecimento”, em um processo de uma tripla faceta (três esferas), composto por relações de amor, legais e de solidariedade, isto é, respectivamente, autoconfiança (*self-confidence*), autorrespeito (*self-respect*) e autoestima (*self-esteem*). Para Honneth, a manutenção da identidade pessoal requer o desenvolvimento das relações sociais sob essas três possibilidades.

Contudo, essas relações não se apresentam, no mundo fático, de forma tão simples; muito pelo contrário, ainda mais considerando a exponencial complexidade da sociedade pós-moderna, notadamente, no caso brasileiro, considerando as bases escravocratas, patriarcais e aristocráticas da sua formação social. Honneth (1996, p. 17) assevera que “o movimento de reconhecimento, que forma a base de uma relação ética entre os sujeitos, consiste em um processo de estágios alternativos de reconciliação e de conflito”. Dessa forma, o desenvolvimento do indivíduo na sociedade passa necessariamente por um processo de mútuo reconhecimento, uma vez que o autorreconhecimento do indivíduo como ser possuidor de direitos apenas será possível na interação com os demais indivíduos.

A primeira esfera do reconhecimento, segundo o autor, consiste nas relações amorosas experimentadas pelo indivíduo, que se caracterizam pela forte conexão emocional entre um reduzido número de pessoas. Aqui, é importante notar que as relações amorosas descritas por Honneth não se reduzem às relações eróticas evidenciadas por dois amantes; além destas, ele trabalha com as relações de amizade e, principalmente, a relação entre pais e filhos. Essa relação de amor é uma relação mútua em que as partes envolvidas cuidam um do outro, de acordo com as suas necessidades, dificuldades e desejos, fazendo que, com base no cuidado recíproco, um se sinta inteiramente dependente do outro, tal como é um recém-nascido o é da sua mãe; Hegel, por exemplo, diz que esse primeiro estágio do reconhecimento deve ser entendido como “estar-consigo-mesmo-no-outro” (*being oneself in another*) (HONNETH, 1996, p. 95).

Essa esfera é extremamente importante na formação social do indivíduo, pois lhe permite angariar perspectivas de confiança e segurança nas relações bidimensional ou de reduzido número de pessoas, possibilitando-lhe experiências de vida a serem testadas em círculos maiores de relações sociais. Assim, o nível de confiança adquirido nessa etapa, considerando necessidades, sentimentos e expressões, ajuda a constituir e solidificar “a pré-condição psicológica para o desenvolvimento de todas as vindouras atitudes do autorrespeito” (HONNETH, 1996, p. 107).

A segunda esfera da luta pelo reconhecimento, teorizada por Honneth, se volta para as relações legais, na conquista de direitos em um círculo muito mais abrangente do que a primeira esfera. Aqui, o indivíduo, após desenvolver minimamente um aspecto de autoconfiança, inicia o processo de desenvolvimento do autorrespeito. Fica o alerta, contudo, para o fato de que o processo de reconhecimento calcado nas relações legais está intimamente ligado às relações de reciprocidades reproduzidas historicamente na comunidade. Com a transição de um modelo societário tradicional para um modelo moderno, princípios pós-convencionais, cujas suas acepções deitam raízes em questões filosóficas e políticas, foram incorporados na lei e associados à ideia de acordos racionais para a formação da norma. Com isso, “o reconhecimento de alguém como uma *legal person* passa a ser suficientemente separado do nível de estima social dessa pessoa, para que surjam duas formas diferentes de respeito” (HONNETH, 1996, p. 108), cuja respectiva análise deve se dar de forma também diversa.

Disso resulta a noção, segundo Honneth (1996), de que o sistema legal deve ser entendido como a expressão generalizante dos interesses de todos os membros da sociedade, não sendo permitidos privilégios e exceções. Ademais, ao obedecer a lei, o indivíduo possui a capacidade de reconhecer os demais membros da comunidade como cidadãos capazes de autonomamente tomarem decisões sobre normas morais, o que lhes confere reciprocamente a qualidade de autonomia individual.

Para Habermas (2000, pp. 208-210), sob um ponto de vista normativo, as políticas de reconhecimento devem proteger a integridade dos indivíduos em um contexto social na qual sua identidade é formada, mediante a constante atualização dos sistemas de direito, seguindo uma concepção procedimentalista da formação desses sistemas, em que o processo democrático proteja ao mesmo tempo as áreas de autonomia pública e privada de manifestação dos indivíduos; “resguardar a autonomia privada dos cidadãos com direitos iguais deve andar de mãos dadas com o desenvolvimento da autonomia deles enquanto cidadãos da nação”.

Nesse contexto, para além do resguardo das suas liberdades, o imigrante, assim como qualquer sujeito em situação de vulnerabilidade, necessita ter garantida a viabilidade de participação na formação da vontade pública, ainda mais se as leis daí resultantes lhes disserem respeito. A luta por reconhecimento jurídico requer nova abordagem do princípio da igualdade. Modernamente, ele não se satisfaz apenas com o seu aspecto objetivo, pois possui aptidão para abarcar situações materiais, isto é, a capacidade de ser amplificado para o aspecto subjetivo das relações sociais; a partir dele, uma quantidade maior de pessoas é abrangida em seu centro normativo, muitos deles até então excluídos. Assim, as lutas por reconhecimento jurídico têm por finalidade ambas as facetas do princípio da igualdade, com a finalidade de emprazar os direitos fundamentais (e humanos universais) na sociedade e sedimentar o autorrespeito do indivíduo. Apenas assim, os direitos não serão distribuídos de forma excludente (HONNETH, 1996).

Para além do reconhecimento jurídico, há ainda uma terceira esfera das lutas pelo reconhecimento. Trata-se da estima social que leva à autoestima, porquanto “é direcionada às qualidades particulares que caracterizam a pessoa em sua diferença pessoal”. O reconhecimento jurídico, por ser universalizado e universalizante, se difere da estima social; assim, aquele trabalha com a igualdade perante à lei e este com a diferença das propriedades individuais e capacidades concretamente valoradas. Assim, para Honneth (1996), o reconhecimento jurídico é o mínimo, mas serve de base para que a sociedade tenha a capacidade para dar fluxo às diferenças entre as pessoas de uma forma universal.

É certo que a historicidade cultural da comunidade, sobremaneira, vai orientar a estima social das pessoas, uma vez que há uma relação de proximidade entre as características e habilidades pessoais com o respectivo grau de estima social, na medida em que o compartilhamento de valores éticos, culturais e sociais são de extrema importância nesse processo de reconhecimento. Contudo, mais certo ainda é o fato de que quanto mais abertas e plurais forem as concepções éticas de uma comunidade, tanto mais a estima social poderá abarcar as capacidades e habilidades únicas e específicas dos indivíduos (HONNETH, 1996).

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Honneth (1996), é o fator universal que confere validade à estima social; contudo, tal princípio, porque atrelado a um rol de valores e princípios jurídicos reconhecidos interna e externamente às proposições estatais, não esgota todas as dimensões cabíveis de externalização da estima social, uma vez que uma pessoa só pode ser considerada (e se sentir) valorizada (ou valiosa ou honrada) quando as suas capacidades e habilidades sejam reconhecidas de forma distintas das apresentadas pelos demais da comunidade. Assim, a individualização das manifestações das capacidades e habilidades está imbricada com a abertura social a diversas visões de mundo.

Ademais, a estima social nas sociedades modernas é, sobretudo, uma luta cultural, porquanto os diversos grupos procuram meios para expandir simbolicamente o seu modo de vida. Os movimentos sociais, para o autor, são importantes instrumentos de perturbação da esfera pública, com o fim de lançar luz nas capacidades e habilidades dos grupos relegados, em busca de novos padrões de estima social, que eleve a reputação do grupo e dos seus membros. O que vai caracterizar essa etapa de reconhecimento é a solidariedade que se desenvolverá internamente nos grupos, em que os membros se vejam estimados na mesma medida em que estimam os demais, isto é, as capacidades e habilidades individuais de todos do grupo são respeitadas, estimadas e valoradas igualmente, desenvolvidas em relações simétricas. Além disso, em relação aos diversos grupos sociais que compõem o arcabouço comunitário, conforme comentam Saavedra e Sobottka (2008, pp. 13-14), eles necessitam desenvolver "a capacidade de influenciar a vida pública a fim de que sua concepção de vida boa encontre reconhecimento social e passe, então, a fazer parte do sistema de referência moral que constitui a autocompreensão cultural e moral".

Daí Honneth (1996, pp. 128-129) afirmar que, nas sociedades modernas, a solidariedade advém da estima simétrica nas relações sociais dos indivíduos; "estimar-se um ao outro de forma simétrica significa ver nesse outro uma gama de valores em que se permite a demonstração de capacidades e habilidades individuais relevantes para a práxis comum". (Honneth, Essa esfera do reconhecimento

proposta pelo autor, por exemplo, encontra eco na categoria chamada por Collier (2016, p. 56) de “mútua consideração” quando este aborda a situação dos imigrantes em terras estrangeiras: “a mútua consideração, ou a simpatia, gera sentimentos de lealdade e de solidariedade nas relações dos membros da nossa sociedade que tiveram menos sorte que nós”.

Para fins deste estudo, interessa-nos o reconhecimento jurídico do estrangeiro, por intermédio da formação da opinião pública que se materializa em leis, o que corresponde à segunda esfera da proposta de Honneth. No caso dos estrangeiros, o reconhecimento jurídico deve ir além da simples possibilidade de participação na formação da opinião pública, até porque, na maioria dos países, eles não participam dos pleitos eleitorais, tal como ocorre no Brasil, o que sobremaneira dificulta o acesso legal à previsão e formulação de pautas de direitos próprios e específicos.

Nessa conjuntura, a condição humana dos estrangeiros, imigrantes ou refugiados, no Brasil, ainda que tenham a permanência regularizada, pode ser inicialmente detectada como uma situação própria de subintegração, que, segundo Neves (2008, p. 248), se caracteriza pela “falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direito e deveres partilhados reciprocamente”. Assim, ainda segundo o professor da UnB, no caso dos subintegrados, as normas constitucionais têm “quase exclusivamente” aplicação no que tange às restrições de liberdade; “os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no que concerne à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais”.

A privação de direito dos imigrantes por qualquer via que seja é acentuada se o Poder Judiciário for conivente com medidas limitadoras de direitos, especialmente pela aplicação da “lei e ordem”, por políticas restritivas de migração e pelo uso político do nacionalismo. Os imigrantes fariam parte de uma espécie de estratificação social que lhe impediriam de obter seus direitos pelas vias legais, restando-lhes apenas deveres, o que prejudica sensivelmente as lutas pelo reconhecimento dos seus direitos e a sua participação

cidadã nessa nova sociedade. Nessa perspectiva, essa luta, na doutrina de Honneth (1996), passa necessariamente pela aceitação das estruturas e práticas da justiça da sua condição, a partir do respeito, da proteção e da promoção de direitos humanos e fundamentais.

Ademais, o reconhecimento jurídico dos estrangeiros, mesmo não lhes sendo concedido direitos políticos, notadamente o de participação direta nos pleitos eleitorais, possibilitará uma esfera pública de maior envergadura democrática, uma vez que os estrangeiros trazem consigo códigos morais, experiências e capital social próprios, que, a depender da taxa de migração no país, podem ser incorporados nos debates públicos para a formação da vontade pública. Isso não quer dizer que a comunidade receptora irá processar capacidades, habilidades, códigos morais e capital social dos estrangeiros de forma pacífica, aleatória e sem levar em consideração seus aspectos morais e políticos - até porque, a depender do nível de conflituosidade, poderia levar à desintegração social da sociedade acolhedora -, mas o debate travado em torno dessas questões deve ser pautado por princípios constitucionais que convirjam no sentido de que a presença do estrangeiro é útil para a vida comum e o futuro da comunidade.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS ESTRANGEIROS

A Constituição Federal de 1988 é composta por regras que apontam para uma normatividade efetiva do reconhecimento jurídico de estrangeiros, sobressaindo dela um aspecto pluralista, tal como proposto por Zagrebelsky. Certamente a principal cláusula constitucional de reconhecimento jurídico de estrangeiros é o *caput* do art. 5º que prevê a igualdade, perante a lei, de brasileiros e estrangeiros residentes no país, no que tange ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Essa cláusula e o inc. XXXV do art. 5º, que assenta a inafastabilidade do Poder Judiciário, constituem, a nosso ver, as principais cláusulas do reconhecimento jurídico de estrangeiros no País. Com isso, tem-se que

o reconhecimento jurídico de estrangeiros, no caso do Brasil, tem início no próprio texto constitucional.

No nível infraconstitucional, a Lei nº 13.445/2017, intitulada de Lei de Migração, ao tempo em que revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), tratou de dar novos contornos à situação do imigrante no país. Para Ribeiro de Oliveira (2017, p. 174), o novo marco regulatório da questão migratória no Brasil representa “grande avanço” e “abre a perspectiva de esperança para os coletivos migrantes que já se encontram por aqui, para aqueles que estão por vir e para os brasileiros que emigraram para o exterior”. Segundo o autor, o maior legado trazido pela novel legislação é o de acabar, em relação com o Estado dos Estrangeiros, com o anacronismo, “aparato jurídico inspirado num regime de exceção, cuja base se asentava na doutrina da segurança nacional e que vigorava mesmo depois da aprovação da Constituição Democrática de 1988”. Por sua vez, Guerra (2017, p. 1722) destaca, entre os principais avanços, “a desburocratização do processo de regularização migratória, a institucionalização da política de vistos humanitários, a não criminalização por razões migratórias”, bem como a previsão de uma gama de direitos que não garantidos.

Com efeito, a simples comparação legislativa entre o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração denota que, desta feita, o estrangeiro migrante é tratado como um sujeito de direitos e não como um mero subintegrado legalmente, embora o texto constitucional, desde 1988, já dissesse o contrário. O art. 4º da Lei de Migração traz em seu bojo um rol de direitos que devem ser assegurados aos estrangeiros migrantes, na “condição de igualdade com os nacionais”, dentre eles: a) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*caput*); b) direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos (inc. I); c) direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos (inc. VII); d) acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória (inc. VIII); e e) garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.

A reboque da Constituição Federal e da Lei de Migração, há ainda, vigente no Brasil, tratados internacionais que conferem igualdade entre estrangeiros e brasileiros, denotando um contexto normativo propício ao reconhecimento jurídico deles, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1º – princípio da igualdade universal), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 1º – Obrigação de respeitar os direitos) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 18 – Liberdade de movimentação e nacionalidade), sendo esta, inclusive, incorporada pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, o que lhe confere força própria de emenda constitucional (TAVARES, 2012).

O reconhecimento jurídico pela legislação infraconstitucional, assim, é também de suma importância, na medida em que cabe a essa a sedimentação das propostas constitucionais, com o fim de que a identidade constitucional se aproxime da realidade constitucional, fazendo com que a decisão constitucionalmente vinculante encontre efetividade no plano dos fatos. A esfera do reconhecimento jurídico, tal como proposta por Honneth, deve ir além da simples previsão legal da igualdade perante, devendo lançar bases na atividade judiciária e na administrativo-estatal.

No Brasil, sob o aspecto dos direitos políticos, é desafiadora e mesmo distante a permissão irrestrita ao exercício direito de voto pelos imigrantes residentes no país. No entanto, alguns mecanismos de inclusão política indireta, neste momento histórico, devem ser ressaltados, como a possibilidade de estabelecimento de associação, inclusive a de cunho sindical (prevista na Lei nº 13.455/2017 – Lei de Migração, art. 4º, inc. VII), ou mesmo a possibilidade da previsão do voto municipal pelos imigrantes regularmente residentes (a depender da reforma do art.14, § 2º, da Constituição, que é, inclusive, proposta da PEC 25/2012 em análise no Congresso Nacional, que se encontra atualmente arquivada). São medidas que reforçam a conexão com o local, permitindo o reconhecimento social recíproco e o cuidado para com o bem comum da comunidade; além de que reforçam e aceleram a redefinição da identidade cultural desta (TAVARES, 2020).

Nesse rumar de ideias, a abertura das estruturas do Poder Judiciário é de extrema relevância para o resguardo dos direitos humanos básicos dos estrangeiros, assegurados pela constituição, mas não efetivos, considerando que, segundo Habermas (2000), como componentes das ordens democráticas legais contemporâneas, os direitos humanos possuem validade tanto no sentido de os serem válidos de *facto* quanto no sentido de exigirem das estruturas estatais a sua aplicação, sem contar que clamam uma legítima normatividade, com o fim de serem racionalmente justificados. A abertura do Poder Judiciário para a proteção dos direitos dos estrangeiros é importante na medida em que a cláusula constitucional de igualdade entre brasileiros e estrangeiros deve ser respeitada e efetiva do ponto de vista material, ainda mais se considerarmos que os estrangeiros, por não participarem do pleito eleitoral, dispõe de poucas condições efetivas na formação de decisões abrangentemente vinculantes, tratando-se, pois, de um grupo minoritário *de facto*.

O que importa notar é que o reconhecimento jurídico de estrangeiro deve levar em conta a sua situação como estrangeiro e não como naturalizado. Isso porque a naturalização está mais ligada à ideia de “integração nacional” de cunho político do que propriamente à concepção de reconhecimento da sua identidade enquanto pessoa oriunda de outras terras. O estrangeiro, para fins do seu reconhecimento jurídico em terras estrangeiras, deve ser respeitado a partir das suas características e habilidades reveladas a partir da sua situação de estrangeiro e não como um nacional. Os imigrantes, em sua maioria, pelo simples fato de mudarem fisicamente o seu local de moradia, seja qual for a causa (pobreza, guerra civil, desastre ambiental, etc.), não desejam renunciar a sua cultura, e, mais que isso, desejam preservá-la; assim, não deve haver uma política de controle migratório que os force a abneguem a sua cultura para fins de participação na manifestação social de determinada comunidade. Nesse cenário, Honneth (2004) por exemplo, entende que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana encerra um princípio central da justiça social.

Já foi abordado especificamente quanto aos presos estrangeiros, em que a situação deles nos cárceres brasileiros é agravada pela diferença cultural, pelo desconhecimento da língua portuguesa e pelo esquecimento - ou desconhecimento da situação - por parte dos seus nacionais, bem como pela de acompanhamento do cumprimento da pena por parte das embaixadas. Segundo constatação dos Mutirões Carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, pouquíssimos dos presos estrangeiros têm tido a oportunidade de receber assistência jurídica por parte do Poder Público do seu país de origem. Na maioria dos casos, as defensorias públicas são as responsáveis pela defesa jurídica e administrativa - casos de expulsões e transferências - desses presos (TAVARES, 2019a).

Contudo, em um contexto positivo de reconhecimento jurídico dos imigrantes, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em cooperação com o Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), instituiu o programa *Justicia sin fronteras* (BRASIL, 2020b), pelo qual houve a especialização de uma vara judicial para atender as lides cíveis envolvendo os imigrantes venezuelanos. Esse programa, inclusive, foi premiado pelo Conselho Nacional de Justiça por ocasião do 9º Prêmio Conciliar é Legal na categoria Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020c). Nada obstante, como exemplo negativo da situação notada atualmente na região, um relatório do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, de janeiro de 2018, constatou uma série de violação aos direitos dos imigrantes venezuelanos em diversas cidades do país (Belém/PA, Santarém/PA, Manaus/AM, Boa Vista/RR e Paracaima/RR), creditando parte desse insucesso fundamentalmente ao “baixo nível de compartilhamento de informações sobre o fluxo migratório, à ausência de diálogo, de apoio técnico, de cooperação e a um trabalho minimamente coordenado”, tendo “como resultado a desassistência aos migrantes e é, em grande parte, responsável pela potencialização de suas vulnerabilidades e pelas violações de direitos humanos” (BRASIL, 2020d).

Outro caso de interessante reconhecimento jurídico de estrangeiros pela via jurisdicional é a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 587.970, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em

que o Plenário da Corte Suprema brasileira, por unanimidade dos seus membros, validou decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que condenou o INSS a conceder a uma estrangeira italiana e idosa residente no Brasil há mais de 54 anos o benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988.

Nos termos do voto do relator, partindo da premissa de que a assistência social deve ser prestada a quem dela necessitar e do princípio da dignidade da pessoa humana, afirmou-se que os estrangeiros residentes no país, por força do art. 5ª, *caput*, da CF/88, não estão excluídos da possibilidade de receberem benefícios assistências (art. 203, inc. V, da CF/88). Em interessante passagem de seu voto, o relator consignou que “[d]esde a criação da nação brasileira, a presença do estrangeiro no País foi incentivada e tolerada, não sendo coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade”. Ademais, o relator afastou a tese do Poder Executivo brasileiro de que haveria a necessidade de observância do princípio da reciprocidade para a concessão de benefícios assistências.

O Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a assistência social, nos termos da Constituição Federal, possui caráter territorial e não da nacionalidade, ou seja, o brasileiro, nato ou naturalizado, e o estrangeiro regularizado possuem iguais direitos nesse quesito. Destacou, também, que a assistência social se pauta constitucionalmente pelo princípio da universalidade da cobertura e atendimento das políticas públicas (art. 194, inc. I, CF/88). Por sua vez, o Ministro Luiz Fux aplicou a doutrina dos princípios inteligíveis, do professor Cass Sustein, e ponderou que “[n]a norma constitucional e na Lei nº 8.742/9, não há qualquer *princípio claro* que permita o Poder Executivo utilizar o critério de cidadania para distinguir os beneficiários da política pública e, conseqüentemente, restringir o acesso do benefício assistencial a apenas brasileiros”.

Com isso, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso mencionado, está de acordo com uma orientação voltada ao reconhecimento jurídico de um grupo social que compõe a nossa sociedade brasileira. Tal orientação está de acordo com a

proposta de Honneth no que diz respeito à segunda esfera da luta por reconhecimento, que se volta para as relações legais e a que se tentou, neste trabalho, dar uma relevância, tomando por base a situação dos estrangeiros.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento íntegro de uma sociedade moderna passa pela sedimentação das bases constitucionais, calcadas em uma concepção de Estado Democrático de Direito. Assim, a tessitura constitucional deve se manter aberta, procurando um equilíbrio entre o dinâmico processo de historicidade *versus* densificação, e a vinculação futura do conteúdo dos direitos fundamentais. A Constituição deve se apresentar fluída, construindo-se e desconstruindo-se indefinidamente. Um estado democrático de direito não é caracterizado pela simples participação dos atores sociais no procedimento democrático. Vai-se além. É a constante circularidade de produção e controle das decisões políticas e jurídicas tomadas a partir de procedimentos (auto)reflexivos, sempre realimentados com mais atores sociais, em um processo constitucionalmente aberto e ininterrupto.

Dessa forma, é constante o desafio de analisar se há efetividade social dos compromissos, aspirações, ideais, valores e princípios encartados nos textos constitucionais, ponderando o passado e o futuro com a realidade constitucional. Nesse ínterim, a Constituição, como assentado por Zagrebelsky, é a condição das possibilidades para a realização da vida comum entre os diversos grupos sociais que compõem a plenitude da comunidade, com vistas a respeitar, a proteger e a promover a pluralidade de valores e princípios.

Dentre a gama dos grupos sociais, os estrangeiros ganham relevo na medida em que a sua presença e as relações sociais travadas por eles aumentam o nível de complexidade a ponto de impingir revisões de diversas visões tradicionais sobre temas eminentemente de ordem constitucional, isto é, de interesse ao mesmo

tempo político e jurídico, tais como pobreza social, nacionalismo, racismo, etc, e também prestação jurisdicional, assistência social e participação política.

Assim, buscou-se dar ênfase à segunda esfera da teoria do reconhecimento de Honneth, que diz respeito ao reconhecimento jurídico, em que as condições fáticas dos indivíduos devem ser avaliadas pela igualdade perante a lei, não se permitindo exceções e privilégios desarrazoados. É claro que os grupos sociais devem receber o tratamento jurídico de acordo com a sua condição, desde que não seja pautado por qualquer tipo de racismo, preconceito ou discriminação. Por isso, é razoável que os estrangeiros, na atual conformação político-jurídica brasileira, sejam impedidos de participar do escrutínio, mas não sendo proporcional, ou mesmo justo, que sejam privados de direitos básicos de cunhos individuais ou sociais.

Com isso, se “as reações provocadas pelo sentimento de injustiça devem ser vistas como o estopim *par excellence* da luta por reconhecimento” (SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008, p. 15), esse sentimento poderá advir da não aplicação igualitária dos direitos fundamentais ou sociais a determinado indivíduo ou grupo de pessoas, fazendo com que a via jurisdicional, notadamente a jurisdição constitucional, se apresente uma trincheira possível para a materialização do reconhecimento jurídico. Nesse norte, faz parte da resposta institucional, sob a Constituição Federal de 1988, a decisão do Supremo Tribunal Federal, acima brevemente comentada, que garantiu benefício assistencial a idosa estrangeira que, há mais de 54 anos, vivia no Brasil. Por certo, a resposta do Supremo foi no sentido de que negar um direito a um indivíduo tomando exclusivamente por base a sua condição de estrangeiro não contribui para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, indo na contramão de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. I, da CF/88).

Assim, é importante que seja assegurada a igualdade material perante a lei em favor dos estrangeiros, na medida das possibilidades constitucionais, para que eles possam desenvolver ou manter

as suas identidades, possibilitando-lhes o alcance da estima social. A falta de reconhecimento jurídico, de acordo com a teoria de Neves, leva à subintegração “institucional”, ou seja, um tipo de subintegração já no plano normativo, que, em decorrência, se agrava no plano fático. Apenas quando houver o reconhecimento jurídico da identidade da pessoa é que esta poderá desenvolver o autorrespeito na comunidade em que se encontra inserida.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Paulo. **O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência**. Boitempo Editorial, 2015.

BANAKAR, Reza. **Normativity in legal sociology**. Springer, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Strangers at Our Door**. Malden, MA: Polity, 2016.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti. 1ª edizione**. Ed. Einaudi: Torino, 1990

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Reunião do Conselho Nacional de Imigração apresenta dados dos últimos dois anos**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1553535296.94>Acesso em: 10 jan. 2020 (2020a).

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Imigrantes venezuelanos receberão atendimentos da Justiça Itinerante**. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias-em-destaque/2628-imigrantes-venezuelanos-receberao-atendimentos-da-justica-itinerante>. Acesso em: 10 jan. 2020 (2020b).

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Definidos os vencedores do IX Prêmio Conciliar é legal**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88238-definidos-os-vencedores-do-ix-premio-conciliar-e-legal>. Acesso em: 10 jan. 2020 (2020c).

BRASIL, Conselho Nacional dos Direitos Humanos - CNDH. **Relatório das Violações de Direitos contra Imigrantes Venezuelanos no Brasil**. Disponível em <<https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/relatorio-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-contr-imigrantes-venezuelanos-1.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020 (2020d).

CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark J. **The age of migration: International population movements in the modern world**. Macmillan International Higher Education, 2013.

COLLIER, Paul. **Exodus: How migration is changing our world**. Oxford University Press, 2013.

COLLIER, Paul. **Exodus: I tabù dell'immigrazione**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. O desafio do juiz constitucional. Trad. Ricardo Barreto. In: **Campo Jurídico**, Barreiras, v. 3, n. 2, p. 107-120, out. 2015.

GIDDENS, Anthony. **Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas**. Madrid: Taurus, 2000.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

HABERMAS, Junger. Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. In: **The Journal of Political Philosophy**: Volume 13, number 1, 2005, pp. 1-28.

HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory**, Massachusetts Institute of Tecnology, 2000.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Editora Vozes Limitada, 2018.

HONNETH, Axel. **The struggle for recognition: The moral grammar of social conflicts**. Mit Press, 1996.

HONNETH, Axel. Recognition and justice: Outline of a plural theory of justice. **Acta Sociologica**, v. 47, n. 4, p. 351-364, 2004.

HONNETH, Axel. **Il Diritto della Libertà. Lineamenti per um'eticità democratica**. Torino, Codice edizioni, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Trad. Klaus A. Ziegart. Oxford: Oxford University, 2004.

MBEMBE, Achille. **Critique of black reason**. Duke University Press, 2017

MEZZADRA, Sandro. **Diritto di Fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione**. Ombre Corte, 2006 - Political Science.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. New York University School of Law, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista brasileira de estudos de população**, v. 34, n. 1, p. 171-179, 2017.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, vol. 8, núm. 1, janeiro-abril, 2008, pp. 9-18.

SASSEN, Saskia. **A sociology of globalization**. Columbia University, New York, 2007.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Introdução - O direito achado na rua: concepção e prática. Plataforma para um Direito Emancipatório. O direito achado na rua: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-59, 2015.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, Aderruan. A promulgação dos tratados de direitos humanos após a emenda constitucional nº 45/2014. **Informativo Jurídico Consulex**, v. XVI, p. 22-23, 2012.

TAVARES, Aderruan. Sobre a transferência e a ressocialização de presos estrangeiros. **Caderno Virtual** v.2.44, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2QAg7G9>>

TAVARES, Aderruan. **Imigrantes e Pandemia: tempos de movimentações e de preconceitos**. Jota, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31ZbWJ5>

TAVARES, Aderruan. Constituição Pluralista e Democracia. **Jota**, 30 de dezembro de 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/2tKtQAY>

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia**. 13ª edizione. Ed. Einaudi: Torino, 1992.

ZANFRINI, Laura. **Introduzione alla sociologia delle migrazioni**. Roma: Laterza, 2016



ANDREA ABRAHAO COSTA

É Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), com período de mobilidade na Université Paris X - Nanterre. É Professora Adjunta na Universidade Federal de Goiás, onde já atuou como Coordenadora do Curso de Graduação em Direito e integrou o Núcleo Docente Estruturante (NDE). Atualmente, é Professora Permanente no Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da mesma universidade (PPGDP-UFG) e é Advogada.

ANDREA ABRAHAO

BREVES NOTAS SOBRE A TEORIA DOS PRECEDENTES E A NECESSIDADE DE LEVAR A SÉRIO OS DESACORDOS SOCIAIS NO BRASIL

RESUMO

Considerando a emergência de uma teoria de precedentes judiciais no Brasil, o artigo tem como objetivo descrever, inicialmente, como os processualistas civis abordam o conceito de precedentes judiciais. O tema é discutido e problematizado a partir das reflexões próprias à teoria do direito, com ênfase no pensamento de Manuel Atienza. Sustenta-se que dar a palavra final sobre o significado do direito não pode significar o desprezo pela importância dos desacordos sobre o direito. Como reflexão final, ao se propor uma aproximação da teoria processual com a construção teórica do constitucionalismo, conclui-se que o sistema de precedentes “à brasileira” confirma que o Direito pátrio se legitima em função de uma argumentação não sistemática e fundada na autoridade dos juízes e tribunais. Trata-se da construção de um sistema de precedentes voltado para o Judiciário e para os Juízes, não democrático e com pouca legitimidade, que encobre a parca discussão sobre a racionalidade do Direito e confunde técnica processual inovadora com formação de precedentes.

Palavras-chave: precedentes judiciais; democracia; judiciário; legitimidade.

INTRODUÇÃO: TEORIA DOS PRECEDENTES E O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Brasil aprovou, em 2015, a Lei 13.105, que inclui no sistema processual civil brasileiro os chamados precedentes judiciais. Assume-se que, por meio deles, seria possível dar maior eficácia aos processos e trazer mais agilidade e segurança às decisões judiciais no contexto do sistema do *civil law*¹, evitando decisões diferentes para casos semelhantes.

Dito de outra forma, no campo da produção técnica e dogmática do direito processual, atualmente, é comum afirmar-se que adotamos, no Brasil, um sistema de respeito aos precedentes, que veio para limitar a extensão da liberdade de o juiz decidir no caso concreto segundo sua convicção e está lastreado pela noção de que a coexistência de muitas opiniões sobre este ou aquele significado que emerge da lei geraria falta de previsibilidade e desrespeito ao próprio Estado de Direito.

Os processualistas partem do pressuposto da necessidade de se definir qual é o papel das Cortes Superiores de Justiça no sistema de organização judiciária e enunciam que o assunto está ligado “[...] ao significado periférico ou central que a interpretação judicial pode ocupar dentro do sistema jurídico” (MITIDIERO, 2013, p. 11). Com base no pensamento do jurista italiano Michele Taruffo, afirmam que as Cortes de vértice do sistema processual devem ser vistas não mais a partir de um modelo cognitivista, mas, sim, lógico-argumentativo de interpretação jurídica e, segundo sua visão, isto exigiria ver o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, cujo fim seria o de interpretar de forma definitiva a lei.

1 Em setembro de 2016, a presidente do Superior Tribunal de Justiça afirmou que quanto mais se julga mais se distancia da missão constitucional, que é aplicação uniforme da lei em todo o país. Como solução “para o problema” propôs que se deve “julgar menos, mais rápido e com qualidade”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/09/1809959-o-paradoxo-do-stj.shtml>> Acesso em: 10 abril 2017.

Nesse contexto, o caso concreto seria apenas o meio por meio do qual as Cortes poderiam desenvolver tal função, a de reconstrução de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica. De Cortes de Controle e Jurisprudência passariam a Cortes de Interpretação e Precedentes porque, afinal, no Estado Constitucional, assumem os processualistas, convive-se com diversas fontes, o legislador emprega termos indeterminados e conceitos jurídicos indeterminados e a função da jurisdição não é mais somente a de declarar “[...] a norma pré-existente para solução do caso concreto.” (MITIDIERO, 2013, p. 15)

A premissa a ser considerada nesse objetivo é a de que a função do Direito é a de gerar estabilidade e tranquilidade naquele que busca a tutela jurisdicional, papel este a ser desempenhado pelas Cortes de vértice de determinado sistema judicial.

Perguntam-se os processualistas, então, como seria possível alcançar tal objetivo diante das próprias transformações havidas no papel do juiz. Considerando que o Direito é um projeto da modernidade, tendo sido formado a partir de uma matriz dedutiva de pensamento, que procurou ver a decisão judicial como se fosse uma fórmula matemática e positiva, num movimento entrópico e mecanicista, indagam: como corrigir o rumo a que fomos levados com as mudanças havidas e a exigência de interpretação da lei pelos juízes? Se as mudanças da sociedade exigiram uma função diferente do Direito para dar conta de novos valores sociais e da emergência de casos complexos a serem resolvidos pelo Judiciário, agora não mais seguindo um padrão *standard* definido pela lei, quais seriam os parâmetros a serem seguidos pelos juízes para manter a garantia da isonomia e previsibilidade exigida do Direito na análise das particularidades de cada caso? Essas as indagações que orientam a abordagem feita pelos técnicos do processo civil.

Clama-se, em resposta, pela construção de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil para conferir estabilidade à jurisprudência produzida pelos Tribunais, sendo apta a orientar novos paradigmas para o pensamento jurídico (DIDIER, 2012). O precedente desponta como um referencial normativo utilizado para

solucionar os conflitos, seja através de seu efeito vinculante ou eficácia obrigatória (*binding precedent*), seja por meio da força persuasiva, fixando um parâmetro de conduta a ser seguido. Diz-se, nesse sentido, que o precedente deve ser compreendido como fonte do Direito, tendo como âncoras os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia.

Nesse atual contexto, portanto, tornou-se comum ouvir que houve no sistema do *civil law* o cometimento de erro grave pela não previsão de um instrumento capaz de garantir uma almejada igualdade diante das decisões proferidas para casos semelhantes, tendo-se acreditado que a lei seria o bastante para tanto (MARINONI, 2011). Muito embora, em certos momentos, ressalve-se que não é possível que uma Corte Superior certifique como certa uma interpretação judicial, já que “não há procedimento interpretativo que independa da subjetividade do juiz” (MARINONI, 2013, p. 111), afirma-se, quase que instantaneamente, de forma vaga e imprecisa, que uma interpretação se utiliza de um modelo correto quando justifica de forma racional, por “razões apropriadas” ou por “melhores razões” qual é o sentido das leis. E, se são as Supremas Cortes que continuamente reformulam o texto legal a valores e realidades novas, é evidente, defendem os processualistas, que a autoridade do Direito também está nos precedentes. Nesse sentido, os estudos inseridos no campo de investigação do direito processual civil concluem que “a autoridade de uma decisão de Suprema Corte obviamente não depende de qualificativos ou proclamações. Uma decisão [...] se impõe aos tribunais inferiores em virtude de seu significado, derivado da função da Corte, atrelada à sua posição no Poder Judiciário” (MARINONI, 2013, p. 112). Dito de outra forma, “[...] a cultura jurídica subjacente a esse modelo encara com naturalidade o fato de a *última palavra* a respeito do significado do Direito ser confiada à Corte Suprema” (MITIDIERO, 2013, p. 62).

Mas, se aqui não se fala em correção do trabalho interpretativo², muito embora as Cortes Supremas “digam a palavra final”, qual seria o conceito de precedente utilizado nesse contexto dogmático?

Uma das críticas que a produção processual sobre a teoria dos precedentes judiciais tem sofrido no Brasil parte, precisamente, do caráter plurívoco do termo.

Não há no novo Código de Processo Civil um conceito para os precedentes, a despeito de a palavra aparecer em diferentes dispositivos, tais como o §1º do artigo 489, os artigos 926, §2º, 927, §5º, 988, inciso IV, 1.042, §1º e inciso II. Essas regras dizem respeito (i) à vedação do uso de um precedente sem que esteja demonstrada a pertinência com o caso concreto; (ii) à necessidade de demonstração de que o precedente não pode ser utilizado porque difere dos pressupostos de fato e de direito do caso concreto; (iii) à utilização da distinção para o enquadramento de uma decisão como precedente; (iv) à existência de carga normativa de alguns julgados que influenciarão outros, como é o caso das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados de súmulas vinculantes, por exemplo.

Se sairmos da leitura da lei e nos concentrarmos na produção dos autores que escrevem sobre o processo civil, pode-se afirmar que a abordagem sobre o conceito de precedentes é tanto ampla quanto restrita. De um modo geral, diz-se que o precedente se refere a um evento passado (um caso decidido), que se torna guia para uma ação presente, orientando a solução de casos semelhantes fundamentados na mesma circunstância fática. Partidários de uma acepção ampla o definem como sendo uma decisão com potencial para influenciar a solução de casos futuros e condicionar comportamentos, independentemente de força vinculativa formal (SANTOS, 2012; ROSITO, 2012,; DIDIER, 2013). Tal concepção ampla de precedente encontra raízes no pensamento de autores

² Tomando como referência o jurista italiano Michele Taruffo, Marinoni (2013, p. 105) explica que o método de interpretação da lei será exato quando houver coerência entre premissas e conclusões e aceitabilidade das premissas.

estrangeiros que estudaram os precedentes nos países do Reino Unido e afirmam que “precedent is simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court” (MACCORMICK e MARSHALL, 1997, p. 323)

Já numa concepção estrita, o que se põe em destaque é o caráter vinculante de certas decisões que são proferidas por Cortes Superiores ou determinadas Cortes de apelação. Tais decisões seriam qualificadas em virtude de sua autoridade e consistência e, por isso, vinculariam outros juízes no julgamento de casos posteriores, servindo de paradigma. Também seria precedente a parte do ato decisório na qual se encontra a resposta dada pelo Judiciário ao caso concreto; tratar-se-ia da fundamentação da decisão judicial (*ratio decidendi*³), da resposta a uma questão jurídica que se colocaria da mesma maneira em caso posterior. Aqui, precedente é sinônimo de tese jurídica e é ela que o reveste de caráter vinculante e persuasivo; “[...] é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados” (OLIVEIRA, 2012, p. 699). Nessa linha de raciocínio, há, também, o conceito de que precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a clara, “[...] só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (MARINONI, 2011, p. 215).

Parece ser dentro dessa concepção restritiva de “precedente à brasileira” que nasce o problemático consenso, no atual estágio de desenvolvimento do direito processual civil brasileiro, segundo o qual a decisão judicial deve, a partir de agora, promover a unidade

3 Conforme explica Mitidiero (2012, p. 93), “o precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica - também conhecido como *holding* do caso. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da fundamentação da decisão judicial. É preciso conceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação - nem, tampouco de raciocínio judiciário. A fundamentação e o raciocínio - e o raciocínio judiciário que nela tem lugar - diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, a *ratio* é formada com material recolhido na fundamentação”.

do Direito, garantir a segurança jurídica, a igualdade e a coerência normativa, por meio da produção de uma norma geral universal, por uma Corte Superior, que instituiria um padrão para resolver casos futuros, “[...] sempre que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 113)

Essa busca por uma tese universal, por meio da produção de uma norma geral, que ultrapassa os limites de determinada demanda judicial e atinge uma coletividade ou um indivíduo que se encontre em situação assemelhada à anteriormente decidida⁴, é o ponto que nos permite refletir sobre os precedentes no contexto da teoria do direito.

Nada obstante os diferentes conceitos aqui listados, o que fica claro é uma tendência dos autores brasileiros de direito processual civil em pensar a força vinculante do precedente a partir de uma razão de autoridade e não exatamente tendo como foco a qualidade das razões expostas numa decisão que possa ser chamada de precedente (STRECK, 2016).

Enfim, estamos diante da noção de uma máxima jurídica com potencialidade para resolver casos semelhantes, que é produzida por uma Corte Superior, que dá a palavra final sobre o significado do Direito, mas despreza a importância dos desacordos sobre o direito.

Vejamos a seguir como refletir sobre o tema por outro viés.

4 Sobre como construir esse caráter universalizante da decisão, destaca-se: “Para construir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante a construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos” (MARINONI e MITIDIERO, 2010)

1. OS DESACORDOS SOCIAIS E A TEORIA DO DIREITO

Não fossem os diferentes sentidos que o termo “precedente judicial” pode tomar para os estudos do campo do Direito Processual e o fato de que esta polifonia em cada caso erige o próprio Direito em determinado contexto histórico (MARINONI, 2013) a ser, perigosamente, replicado a casos “semelhantes”, é nítido o seu distanciamento das reflexões que são próprias à área da teoria do direito. O que dizer dos desacordos sobre o Direito?

Não estariam eles, os processualistas, sob a justificativa de imprimir segurança ao sistema processual, dando alguns passos para trás, numa espécie de retorno à escola pandectista, que leva em consideração uma fórmula matemática e positiva da segurança? Mesmo falando em mudanças no papel do juiz e na reformulação dos textos constitucionais e legislativos, não estariam eles, em verdade, ainda prezando por um modelo mecanicista, entrópico e axiomático do Direito?

Ao se considerar que o direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é, como pretendem os processualistas, certamente o caráter argumentativo ínsito à ideia de precedentes é deixado de escanteio, colocando-se em destaque a discussão sobre “quem deve decidir”. Nesse sentido, em tom crítico, afirma Streck (2016, p. 4) que teremos no Brasil “um ‘sistema’ de produção de teses abstratas e gerais – em uma imitação da pandectística (ou sua vulgata) – que, embora inconstitucional porque inverterá a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do direito, funcionalmente será aceita”. Trata-se, destaca o autor, de “[...] uma tese normativa de teoria política acerca de quem deve decidir e porque essas decisões valem por sua autoridade e não pelo seu conteúdo” (STRECK, 2016, p.3).

Ora, não há negar as diferentes razões pelas quais um sistema de precedentes merece ser observado, vertical ou horizontalmente; seja porque se valoriza um conhecimento específico da Corte que produz precedentes, seja porque um sistema como tal torna mais efi-

ciente o trabalho do Judiciário, por meio da previsibilidade e certeza jurídicas, seja, por fim, porque, de fato, há uma expectativa implícita da ordem jurídica para tratar casos semelhantes de forma semelhante. Mas como separar razões que não se sustentam de pé de forma isolada daquelas que se configurariam como mais nobres?

Nesse sentido, aos argumentos de eficiência, consequencialistas e deontológicos, antes referidos, deve-se juntar a análise do mérito das decisões e sobretudo o que parece ser deixado de lado pelos processualistas brasileiros, o fato de que qualquer precedente que deve ser observado é passível de interpretação e por isso “[...] nunca são a norma decisória do caso concreto e nem podem ser vistos como o ‘ponto de chegada’, sendo um *principium argumentativo* [...]” (STRECK, 2016, p. 5)

Nos países que adotaram o Common Law, é um princípio fundamental da administração da justiça que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante. Mas, “o precedente judicial tem um efeito persuasivo em quase todos os lugares, inclusive em países de tradição de *civil law*, porque o *stare decisis* (observância do que foi previamente decidido) é uma máxima de aplicação quase universal.” (BARBOSA, 2011, p. 168).

A questão, contudo, está em chamar a atenção para o propósito científico do *case law*, qual seja “[...] a previsibilidade dos eventos utilizando-se da experiência passada, e a possibilidade de que essa previsibilidade seja mantida, assim como nas outras áreas da ciência, como uma presunção fundamental de uniformidade” (BARBOZA, 2011, p. 182).

Portanto, não é apenas sob uma ótica de eficiência e desafogamento das atividades do Poder Judiciário brasileiro que um sistema de precedentes merece ser defendido. Ele deve ser eficiente para a sociedade, pois, afinal,

Judicial resources are just one kind of resource among many, and if efficiency is to justify *stare decisis*, we must know that the gains in conserving judicial resources are not offset by losses elsewhere.

That is, stare decisis must be efficient for society, not simply efficient by judges. (DUXBURY, 2005, p. 109)

Para que um sistema de precedentes seja eficiente para determinada sociedade, soa realmente contraintuitivo afirmar que uma Corte é efetivamente a intérprete final e suprema do Direito e produtora de normas abstratas universais. Isso porque se sabe que, em diversas situações, ela mesma se volta contra seus próprios passos, é questionada por outros poderes e encontra limites concretos para a sua jurisdição. É o que ocorreu, por exemplo, na Argentina, quando, em 2006, após a decisão no Caso CHA (Comunidad Homosexual Argentina), a Corte Suprema de Justiça voltou atrás em sua decisão de 1991 e reviu o precedente que negara personalidade jurídica àquela entidade, que, segundo a visão superada, não promovia o “bem comum”.⁵

Ou seja, se deixamos de lado a disputa entre ganhadores e perdedores por dizer o que o Direito é ou não é, seremos capazes de perceber que, em qualquer sociedade democrática, muitos desacordos, que geram grandes divisões na sociedade, permanecem logo após a solução de determinado caso, podendo, claro, desaparecer no marco de complexos processos culturais (UGARTE, 2012).

Assim, a questão também pode ser abordada a partir da contraposição entre o Direito como significado (que permite que cada um possa dizer o que o Direito é) e o Direito como ferramenta de controle social. Sabe-se que, quando estamos diante de controvérsias interpretativas, nas zonas de penumbra normativa e de desacordos sociais, a principal função do Direito é determinar o que o Direito não é e, nesse contexto, as Cortes exercem uma função resolutória permeada pela ideia de ferramenta de controle social. No entanto, “nos casos verdadeiramente difíceis⁶, [...] a controvérsia permane-

⁵ Em referência ao Caso CHA, Ugarte (2012, p. 95) também lembra que, em 2010, o Congresso da Nação Argentina reformou o Código Civil e permitiu o matrimônio igualitário logo após uma série de casos judiciais que haviam declarado inconstitucional o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Em 2011, o mesmo ocorreu no Brasil com decisões das duas Cortes superiores de Justiça ao reconhecerem a união homoafetiva.

⁶ Ugarte (2012, p. 84) lista como casos difíceis os relativos ao aborto, casamentos entre pessoas do mesmo sexo e criminalização do uso e porte de drogas.

ce viva, já que ela vive no mundo do direito como significado [...]” (UGARTE, 2012, p. 84)⁷. Ugarte, cujo recorte passa pela abordagem do constitucionalismo popular ou democrático, propõe que estas situações nos obrigariam a pensar os conflitos constitucionais, que apresentam casos difíceis, por fora das instituições estatais, o que permitiria compreender o funcionamento das nossas instituições.

Portanto, essa finalidade constitucional que se vincula ao fenômeno do desacordo no mundo do Direito, também presente nos já citados trabalhos que exaltam a necessidade e, agora, a existência de um sistema de precedentes no Brasil, toca, como enunciado anteriormente, na noção acerca de desacordos sobre o direito.

Se, para compreender o senso de uma argumentação jurídica, o que se coloca em relevo é a ordem do provável, é a ideia de que o desacordo é consubstancial ao Direito e que não estamos no domínio de uma razão matemática descartiana (CHÉROT, 2015), é possível afirmar que “[...] o desacordo está virtualmente presente em todas as motivações e decisões de justiça que se preocupam em mencionar os meios ou os argumentos que não foram retidos. [...]” (GOLTZBERG, 2015, p. 2094).

Nessa perspectiva, não é crível sustentar que, por meio de um sistema de precedentes judiciais no Brasil, estaremos mais tranquilos e seguros porque uma norma geral para casos semelhantes nos será colocada à disposição pelo “intérprete oficial” (WAMBIER, 2009, p. 162), fazendo desaparecer os desacordos persistentes. No afã de reprimir o que denominam de dispersão jurisprudencial, os processualistas afirmam ser insuportável a convivência com a insegurança gerada pela multiplicidade de “pautas de conduta”, o que poderia ser corrigido pela obediência aos precedentes e, novamente, a uma “versão final” da lei editada por uma Corte de vértice. Última palavra por quem detém a prerrogativa de dizer o Direito. Mas, então, como levar a sério os desacordos sociais? É o que procuramos responder na parte final, a seguir, a partir do pensamento de Manuel Atienza.

7 Tradução a partir da versão original do artigo em língua espanhola.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: LEVANDO A SÉRIO OS DESACORDOS SOCIAIS

Do quanto dito, parece haver, na “nova” teoria dos precedentes judiciais no Brasil, uma justificativa que se pauta por uma tendência a posicionar, de forma radical, de um lado, o positivismo formalista e, de outro lado, o neoconstitucionalismo, que prima, na visão de Atienza (2014), por um certo projeto político de transformação social, menos formalismo e mais ativismo, que reduz o Direito à moral, portanto.

É como se a proposta de uma Corte munida da competência vinculante de dizer por último e de forma definitiva o que o Direito é, sem muito valorizar o mérito das decisões, mas apenas sua autoridade, pudesse ser, a um só tempo, o remédio para limitar a atuação de juízes que interpretam “demais” os conceitos vagos e indeterminados próprios das leis num Estado Constitucional, e o bálsamo para a pacificação social segura.

Como reflexão final, portanto, o que propomos é uma aproximação da teoria processual com a construção teórica do próprio constitucionalismo, interessando-nos mais objetivamente a proposta de levar em consideração os desacordos sociais e morais na construção do paradigma de pós-constitucionalismo de Manual Atienza.

Como explica o autor, há, por certo, um tipo de positivismo jurídico que aceita a tese de que a identificação do Direito e a argumentação no Estado Constitucional supõe a utilização de critérios morais. O pressuposto para tanto é o que o autor chama de objetivismo moral, um objetivismo ainda que mínimo, para que seja possível limitar a eventual arbitrariedade do discurso que apela a valores morais. O que quer dizer que, para Atienza, cabe uma discussão racional a propósito dos valores para desenvolver uma “vida boa.”

A elaboração proposta por Atienza não tem valor apenas abstrato, mas traz consequências para a própria prática jurídica, o que tem relação direta com a reflexão sobre um sistema de precedentes

para o Brasil: como entender e analisar uma argumentação jurídica, como avaliar tal argumentação e como argumentar.

Nesse sentido, o autor questiona a contraposição, por exemplo, entre subsunção e ponderação. Nem só subsunção e nem “mais ponderação sobre subsunção” (ATIENZA, 2014, p. 20). O que precisamos, diz ele, é de esquemas argumentativos porque em certas ocasiões o ponto de partida para a solução de um caso não é uma regra de ação, mas um princípio. E o uso da ponderação, aqui, é um procedimento racional, que não parte de critérios da lógica formal, mas de critérios da racionalidade prática. Atienza explica que o recurso ao raciocínio ponderativo supõe níveis maiores de discricionariedade se comparado ao puramente subsuntivo e, por isso mesmo, deve ser usado de maneira excepcional, uma vez que requer níveis exigentes de justificação.

Nessa linha de raciocínio, arremata que não há falar em juízes formalistas, que atendem unicamente ao texto da lei, sem levar em conta as razões a elas subjacentes, e nem em juízes ativistas, que não levam em consideração os limites do Direito e atuam como se o Direito não fosse uma prática autorizativa. O fundamental está em saber o que é e o que não é argumentável em Direito e, para tanto, a concepção que dá ao jurista a possibilidade de se mover no contexto dos direitos do Estado Constitucional, segundo o citado autor, é o constitucionalismo não positivista, visto como uma teoria argumentativa que preza pela aproximação da prática jurídica com os valores do constitucionalismo. Ou, dito de outra forma, uma concepção de argumentação ampla que permita articular uma dimensão lógico-formal com uma dimensão material e pragmática, vinculando teoria do direito com as Ciências Sociais e com a Filosofia.

Dessa maneira, questionamos a intensidade com que o avento do sistema de precedentes “à brasileira” emergiu como resposta ao alegado caos na atividade do Judiciário brasileiro, seja com juízes ativistas, seja com a edição de decisões contraditórias, seja com a prolação de decisões diferentes para casos assemelhados. Perguntamos se o respeito por uma teoria da argumentação que leve a sério os desacordos sociais e considere que nem tudo é argumen-

tável não seria suficiente para uma desejável resposta em termos de funcionamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, não nos parece que a noção de precedente tal como veiculada nos estudos de processo civil prime pela reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que formam uma tradição, como ocorre no sistema do *Common Law*. Pelo contrário, o sistema de precedentes “à brasileira”, tal como posto, confirma que o Direito pátrio se legitima em função de uma argumentação não sistemática e fundada na autoridade dos juízes e tribunais. Trata-se da construção de um sistema de precedentes voltado para o Judiciário e para os Juízes, não democrático e com pouca legitimidade, que encobre a parca discussão sobre a racionalidade do Direito e confunde técnica processual inovadora com formação de precedentes.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília: IDP, Ano 7, n. 2, jul/dez 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *StareDecisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do civil law e common law na sociedade contemporânea*. 2011. 264 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. Ed. São Paulo: Noeses, 2012.

CHÉROT, Jean-Yves. Sur la signification du désaccord sur le droit. **Cahiers de méthodologie juridique**, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, RRJ 2015-5, n. 29, 2015.

DUXBURY, Neil. The authority of precedent: two problems. **Legal Theory Workshop Series**. Faculty of Law. University of Toronto, 2005.

GOLTZBERG, Stefan. Le désaccord em droit, échec ou polyphonie? **Cahiers de méthodologiejuridique**, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, RRJ 2015-5, n. 29, 2015.

MACCORMICK, D. Neil. **Interpreting Precedents: a comparative study**. England: Dartmouth, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. Críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.165.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas - Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016set22/sensoincomumcommonlistasbrasileirosproibirjuizesinterpretar?imprimir=1>> Acesso em: 30 jan. de 2016.

_____ . Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set29/sensoincomumcriticatesesdefendemsistemaprecedentes-partei?imprimir=1>> Acesso em: 30 jan. de 2016.

UGARTE, Ramiro Álvarez. El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para um Contexto Latinoamericano. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. Buenos Aires: Centro de Estudios de Posgrado em Derecho, Universidad de Palermo, año 13, n. 1, noviembre/2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil *lawe commonlaw*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, 2009.



CELSO DE BARROS CORREIA NETO

É Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Atuou como Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Atualmente, é Diretor-Geral e Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados do Brasil. Além disso, é Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

CELSO DE BARROS

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REAÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A QUEM CABE A ÚLTIMA PALAVRA?

RESUMO

O artigo analisa as diferentes espécies de reações legislativas do Congresso Nacional às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente em matéria tributária. Propõe classificar as reações mais comuns como: deferência, recalcitrância, coordenação ou superação. Com exemplos, mostra que os julgamentos do STF não necessariamente representam a última palavra em matéria em interpretação constitucional. São frequentes, em matéria de tributos, emendas voltadas à superação de precedentes do tribunal.

Palavras-chave: Interpretação; reação legislativa; jurisdição constitucional.

INTRODUÇÃO

Este artigo discute o papel dos Poderes Legislativo e Judiciário na interpretação constitucional e analisa as reações legislativas praticadas pelo Congresso Nacional em resposta a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente em matéria tributária.

A quem compete a última palavra sobre a lei no Brasil? Quem deve ser o intérprete da Constituição? Quem está legitimado a oferecer a interpretação legislativa "definitiva"? Essas questões remetem ao tema do protagonismo do Judiciário e aos embates, cada vez mais frequentes, entre a autoridade legislativa e a judicial, especialmente a exercida pelo STF.

O estudo procura traçar o perfil institucional do órgão, a partir das suas atribuições constitucionais e sua atuação como "guardião da Constituição", para, em seguida, analisar as maneiras como o Congresso Nacional responde às deliberações do tribunal em controle de constitucionalidade, enfatizando, sobretudo, as causas de natureza tributária.

O texto está estruturado em três partes. A primeira é dedicada a identificar fatores que contribuíram para a expansão do protagonismo do tribunal nos embates políticos em detrimento da autoridade do Congresso Nacional. A segunda parte procura identificar as principais formas de reação legislativa - diálogo institucional? - à atuação do STF por parte do Congresso Nacional. A terceira parte aplica essas noções às causas tributárias, explorando os precedentes do tribunal e as medidas adotadas em contrapartida pelo Poder Legislativo.

Para tanto, a pesquisa considerou não apenas a literatura jurídica e política sobre o tema, mas, sobretudo, a experiência concreta brasileira, pela seleção e análise de julgados do STF e de proposições legislativas com eles relacionadas. Espera-se que o trabalho possa contribuir para lançar luzes sobre a maneira como se relacionam o Congresso Nacional brasileiro e o Supremo Tribunal Federal, especialmente em matéria de tributos.

1. PERFIL INSTITUCIONAL E PROTAGONISMO DO STF

A interpretação da Constituição tornou-se um problema central no debate político contemporâneo juntamente com o crescente protagonismo dos Tribunais Constitucionais. Cada vez mais, a jurisdição constitucional é chamada a arbitrar conflitos sociais relevantes e embates institucionais graves, tendo como base a interpretação da própria Constituição.

O fenômeno não fica restrito ao Brasil e pode ser tomado, em boa medida, como produto das constituições escritas e rígidas (VIEIRA, 2008), do reconhecimento de sua força normativa, bem como da criação de consolidação de órgãos - isto é, Cortes Constitucionais - encarregados de controlar a produção legislativa em confronto com o texto constitucional. As críticas à supremacia judicial e ao déficit democrático inerente ao processo de tomada de decisões dos tribunais, especialmente em matéria de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, são conhecidas especialmente a doutrina estrangeira (WALDRON, 2006).

No Brasil, o tema assume especial gravidade, em decorrência do perfil do texto constitucional em vigor e das práticas institucionais que com base nele se desenvolveram, especialmente nas últimas duas décadas. Extensa e detalhada, a Carta brasileira de 1988 alargou o rol de direitos e garantias fundamentais e expandiu consideravelmente o papel e os instrumentos de atuação do Supremo Tribunal Federal, trazendo-o para o centro do debate político contemporâneo nacional.

Oscar Vilhena Vieira utiliza o termo "supremocracia" para se referir à amplitude dos poderes e da atuação do STF. Nas palavras do autor:

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando

essas decisões forem veiculadas por emendas constitucionais. A supremacia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. (VIEIRA, 2018, p.162).

A amplitude das matérias elevadas, em 1988, ao patamar constitucional, aliada à falta de mecanismos eficientes para conter o número feitos que galgam a instância extraordinária, fez crescer as demandas que assomam o tribunal e, com isso, também a discricionariedade da Corte na formulação de sua pauta e, por conseguinte, de sua agenda política. O acervo atual¹ do STF aproxima-se de 32 mil feitos. Há mais de mil casos pautados, prontos para julgamento em Plenário.² A superlotação da pauta do Plenário, com centenas de feitos aguardando julgamento colegiado, na prática, incentiva a expansão das decisões monocráticas, justificadas tanto pela urgência do julgamento quanto pela trivialidade das matérias examinadas, e amplia a discricionariedade do Presidente na definição do calendário de julgamento.

O outro lado da moeda é a consequente retração da liberdade no campo político-legislativo e, no caso da Carta brasileira, a necessidade reformas constitucionais frequentes para a revisão de um sem-número de matérias atipicamente elevadas ao altiplano constitucional. É raro o ano em que não se modica o texto da Constituição Federal, e o número de emendas já excede uma centena.

O STF acumula, por decisão do constituinte originário, três papéis diversos: realiza controle de constitucionalidade (predominantemente repressivo) dos atos normativos, à maneira de uma Corte Constitucional; é a última instância do Poder Judiciário, encarregada de conhecer, em grau de recurso, controvérsias constitucionais suscitadas pela via do controle difuso e é, ainda, foro específico para certas ações cíveis, para questões federativas (art. 102, I, "f"), e casos criminais envolvendo altas autoridades públicas (art. 102, I, "b" e "c").

1 Até 10 de janeiro de 2020.

2 Os números incluem tanto o plenário físico quanto os julgamentos "virtuais". Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=explicacervo>

Nesse contexto, não é de se estranhar que um órgão assim complexo e poderoso, com tamanhas atribuições e prerrogativas, viesse a adquirir, no correr das décadas, notável protagonismo entre as instituições políticas no desfecho das principais questões da República. A bem dizer, o Tribunal teria papel de destaque simplesmente pelo exercício das atribuições institucionais que lhe foram atribuídas pela Constituição de 1988. No entanto, como se sabe, não é apenas disso que se trata.

O perfil atual do STF resulta da ampla gama de competências e instrumentos que lhe foram atribuídos pela Carta de 1988 e também da maneira como essas competências foram reinterpretadas e remodeladas, seja por reformas constitucionais formais, por emendas constitucionais, seja por reformas informais ou de hermenêutica, pela reinterpretação de dispositivos do texto originário.

Os tópicos seguintes tratam das competências e do perfil institucional traçado pela Constituição para o STF, bem como dos fatores que contribuíram para protagonismo do Tribunal no debate público atual, inclusive em matéria tributária.

1.1 AMPLIAÇÃO DO PAPEL DO STF NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não é simples identificar os passos ou elementos que conduziram ao protagonismo atual do STF no debate político. Mas é forçoso reconhecer que muitas das práticas que, hoje, fazem do Tribunal um espaço destacado de debate político têm respaldo direto e previsão específica no texto originário da Constituição de 1988 ou nas diversas disposições que foram acrescentadas por emenda constitucional.

O texto constitucional de 1988 deu atribuições institucionais amplas ao STF, não apenas as típicas de uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade, previsto na ordem jurídica desde 1890 – no Decreto n. 848/1890 – e, na Constituição, desde a Carta de 1891, foi ampliado e ganhou importância renovada. O

número e a heterogeneidade das autoridades e entidades autorizadas a provocar a jurisdição originária do Tribunal estão certamente entre os fatores que corroboram explicar o número de feitos e de temas enfrentados.

Antes reservada ao monopólio do Procurador-Geral da República, a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade abriu-se a diferentes autoridades públicas (e.g. Presidente da República, Governadores de Estado, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados) e entidades da sociedade civil (e.g. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) (art. 103, CF/88).³

A legitimidade de qualquer partido político com representação no Congresso Nacional para propor ação direta no STF deu às agremiações de oposição acesso direto ao Tribunal e converteu a Corte, frequentemente, em terceira instância do debate político – além da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A ação, em certos casos, se transformou em verdadeiro instrumento jurídico de oposição parlamentar.

Em outras situações, a impetração de mandado de segurança por parte de Deputados Federais ou Senadores da República cria, para o Tribunal, uma oportunidade de interferência direta no curso das deliberações das Casas do Congresso Nacional, sob o fundamento de assegurar o devido processo. O cabimento do *writ* foi admitido ainda sob a égide da Constituição de 1967/69, no julgamento do Mandado de Segurança 20.257, impetrado por Senadores da República contra a tramitação de Proposta de Emenda Constitucional que ampliava a duração dos mandatos dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais (BRASIL, 1980).

No âmbito do controle de constitucionalidade, submetem-se à jurisdição do Tribunal, além de leis e atos normativos, também as omissões, que desafiam a construção de soluções que prestigiem a autoridade do texto constitucional e o exercício da jurisdição cons-

³ Os mesmos legitimados foram, posteriormente, estendidos à ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 45/2004) e à arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.882/1999).

titucional sem invadir as atribuições do Poder Legislativo. Os efeitos dos julgamentos de inconstitucionalidade por omissão estão entre as questões mais instigantes da dogmática constitucional contemporânea (MENDES, 2012, p. 419 e ss.).

O STF também julga, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, envolvendo questões constitucionais suscitadas em processo subjetivo, quando a decisão recorrida: (1) contrariar dispositivo da Constituição; (2) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (3) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou (4) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. “Tudo chega, ou pode chegar, ao STF pela via recursal, mormente pelo recurso extraordinário, como é natural ao modelo”, destaca José Levi Mello do Amaral Júnior (2019, p. 415).

Está também compreendida na sua competência a atribuição de processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, “a”), além de outras causas de competência originária. É do STF, e.g., a tarefa de decidir mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República ou de qualquer das Casas do Congresso Nacional, bem como mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Esse acúmulo de papéis assegura que poucos casos relevantes possam, de fato, escapar ao conhecimento do Tribunal. Os que não forem suscitados por meio de ação direta ou algum dos remédios constitucionais decerto não tardarão a galgar o Tribunal pela via recursal. Ou seja, na linha do que afirma Oscar Vilhena Vieira (2008), de uma forma ou de outra, “tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal”.

1.2. REFORMAS CONSTITUCIONAIS

Além do plexo de competências que já constava na redação originária do texto de 1988, nos anos seguintes à sua promulgação, diversas alterações constitucionais contribuíram para ampliar ainda mais as atribuições e a importância institucional da Corte. Alguns exemplos são especialmente ilustrativos.

A Emenda Constitucional n. 3/1993 modificou a redação do §4º do art. 103 da Constituição para introduzir a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) com “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Ampliou-se, dessa forma, o rol de ações diretas submetidas à jurisdição do STF.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 (“Reforma do Judiciário”) orientou-se no mesmo sentido. Reforçou a eficácia das “decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade” que devem produzir “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, §2º). Além disso, introduziu o instituto da repercussão geral, que deveria funcionar como filtro de relevância para o conhecimento de recursos extraordinários, permitindo a ampliação da eficácia subjetiva das decisões de mérito proferidas no âmbito do julgamento desses recursos. Fixado o entendimento do Tribunal, a mesma tese haveria de se aplicar a todos os casos com idêntica controvérsia (CARVALHO FILHO, 2015).

A Emenda criou, também, o instituto da súmula vinculante (art. 103-A), por meio do qual o STF ficou autorizado a consolidar seu entendimento em enunciados sumulares obrigatórios, “mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Os efeitos das súmulas aprovadas são similares aos das decisões proferidas em sede de controle abstrato. Seu comando é obrigatório “em relação aos demais ór-

gãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Somente o Poder Legislativo escapa à sua eficácia.

A Emenda criou, ainda, o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B). Ao órgão, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, cabe o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

Todas essas alterações foram entabuladas sempre no sentido de fortalecer a autonomia e o papel institucional do STF, ampliando seus poderes e atribuições. Somaram-se, portanto, os instrumentos já previstos na formatação originária da Constituição aos outros atribuídos ao Tribunal por força das reformas realizadas.

1.3. MUDANÇA DE POSTURA DA CORTE

Não se pode deixar de lado, também, a maneira como a postura adotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal contribuiu para o estado de coisas atual. De fato, além de exercer as competências originárias e as ampliadas reformas constitucionais, a leitura que a Corte deu às suas atribuições é também um importante fator de tensão entre os poderes.

Três exemplos podem ilustrar como a atuação do próprio tribunal e a maneira como a reinterpretção das suas competências contribuíram para o quadro atual: (1) o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais; (2) as técnicas de decisão adotadas em matéria de controle das omissões inconstitucionais e (3) o recrutamento da concessão de liminares monocráticas em matéria de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade de emendas à Constituição está certamente entre os pontos mais sensíveis da relação entre Legislativo e Judiciário, especialmente pela maneira como abre es-

paço para desconstituir o recurso legislativo último do Congresso Nacional para superação de precedentes judiciais: a modificação do próprio texto da Constituição. Tal prática é uma decorrência natural da adoção de cláusulas pétreas no texto constitucional, que transfere para o Judiciário a competência para controlar o poder de reforma da Constituição, ampliando seu protagonismo na interpretação constitucional (VIEIRA, 2018, p. 91).

No Brasil, foi a orientação assentada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em 1993. O caso versava sobre a criação de nova competência tributária e, com ela, de novas exceções às limitações constitucionais ao poder de tributar (BRASIL, 1993). Na decisão, o tribunal admitiu o controle de constitucionalidade de emendas – praticado depois em muitas outras oportunidades – e deu interpretação ampliativa ao conceito de cláusulas pétreas para alcançar inclusive limitações constitucionais ao poder de tributar (CORREIA NETO, 2017, p.33).

O segundo exemplo é o controle das omissões inconstitucionais. Seu cabimento está expressamente previsto no texto constitucional em vigor principalmente por meio de dois instrumentos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI). Em tais julgamentos, o Tribunal é levado a testar os limites da sua autoridade, diante do desafio de construir decisões eficazes que sem usurpar competências legislativas.

Não é incomum que, nessas decisões, a palavra seja devolvida ao Congresso Nacional para que, enfim, supra a omissão apontada. Mas quais medidas podem ser adotadas na hipótese de se manter a inércia legislativa? Como é cediço, inicialmente, prevalecia no STF entendimento de que, à Corte, caberia apenas conhecer a omissão legislativa e notificar o órgão para que a sanasse, sem sequer assinalar prazo para atuação do Poder Legislativo. O texto constitucional não lhe permitiria criar a regra faltante, em substituição ao Congresso Nacional.

A orientação que prevalece, atualmente, na Corte, não é essa. Paulatinamente, o Tribunal passou a admitir a fixação de prazo para deliberação e, também, a adoção de sentenças com perfil aditivo e medidas judiciais voltadas a sanar a omissão. A revisão de jurisprudência deu-se, em 2006, no julgamento de dois mandados de injunção – o MI 670, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e MI 712, de relatoria do Ministro Eros Grau. A mudança de orientação é assim sintetizada pelo Ministro Gilmar Mendes em obra doutrinária:

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do próprio judiciário. (MENDES; BRANCO, 2015, p.1239)

O terceiro exemplo é, entre todos, o que mais expõe o Tribunal a críticas e questionamentos. Trata-se da concessão de medidas cautelares monocráticas, especialmente em sede de ação direta, voltadas à suspensão de leis ou mesmo emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional. Foi o caso, por exemplo, da suspensão dos efeitos da Emenda Constitucional n. 73, de 2013, que criava novos Tribunais Regionais Federais, pelo então Presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.017, em julho de 2013. A liminar, até o momento, não foi submetida a referendo, tampouco o mérito da ação julgado.

O julgamento do “pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade” está inserido no rol das competências do STF (art. 102, I, “p”). Mas não consta no texto da Constituição autorização para que cada um dos Ministros possa, individualmente, decidir sobre o tema. Ao contrário, o art. 97 da Constituição estabelece que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou

dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A lei que regulamenta o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, traz regra expressa sobre a matéria. As medidas cautelares devem ser decididas pelo Plenário, “por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal”, “salvo no período de recesso” (art. 10). Nessa hipótese, é competente o Presidente do Tribunal.

A mesma regra aplica-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e à ação declaratória de constitucionalidade. A exceção está na lei que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. O §1º do art. 5º excepciona a exigência de decisão por maioria absoluta dos membros para deliberação, ao prever que “Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

As liminares monocráticas põem em xeque a legitimidade democrática da atuação da Corte, exacerbam a “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário⁴ e têm sido objeto de grande polêmica, inclusive internamente entre os Ministros que compõem o Tribunal. As críticas estão fundamentadas em pelo menos duas razões: a exagerada frequência dessa prática e a demora no seu julgamento colegiado, que força a existência de um injustificável hiato no debate de certo tema constitucional.

Essa conjunção dos fatores acima delineados permite apontar que o Supremo Tribunal Federal é, hoje, em boa medida, aquilo que foi, em potência, desenhado em 1988 e nas reformas que o

4 A “dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário”, expressão cunhada por Alexander Abickel “decorre do fato de que os juízes, apesar de não serem eleitos, podem invalidar decisões adotadas pelo legislativo escolhido pelo povo”, para tanto, “invocando, muitas vezes, normais constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da “Última Palavra” e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 130.

texto sofreu: um tribunal forte, com ampla autonomia e atribuições complexas. Mas isso lhe dá definitivamente a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional? É disso que trataremos nos itens que seguem.

2. “ÚLTIMA PALAVRA” E SUPREMACIA JUDICIAL

A literatura jurídica no Brasil é frequentemente tentada a responder que, ao STF, como “guardião da Constituição”, compete sempre a última palavra no diálogo constitucional. A decisão final e definitiva caberia ao Tribunal, numa interpretação que se apoia frequentemente da literalidade da previsão do *caput* do art. 102 da Constituição, no qual se lê que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda* da Constituição”.

Há, inclusive, decisões em que o Tribunal expressamente se arroga esse papel, utilizando essa como uma das suas razões de decidir. Veja-se, por exemplo, o MS 26.603, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 04/10/2007. Lê-se na própria ementa da decisão:

[...] A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação

constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, *a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental*. (BRASIL, 2007, grifos nossos)

É evidente que se trata de um debate complexo, que não se encerra apenas com base na leitura isolada de um único dispositivo da Constituição. O texto constitucional tem, na verdade, muitos intérpretes e a todos eles cabe, em certa medida, guardá-la e conferir-lhe efetividade. Os instrumentos de controle de constitucionalidade, no Brasil, espriam-se inclusive para diferentes órgãos em diversos dispositivos constitucionais. Há exercício de controle de constitucionalidade por parte de todos os três Poderes: pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário.

É precisamente pela multiplicidade de interlocutores e de esferas de interpretação e decisão constitucional que o debate atual se acirra em torno da legitimidade, da hierarquia e do espaço de decisão que cabe a cada um desses atores.

2.1. A "ÚLTIMA PALAVRA" E SEUS DIVERSOS SENTIDOS

Independentemente da postura que adote o Tribunal constitucional, o exercício da sua jurisdição – notadamente pela função contramajoritária que lhe é inerente – tende a colocá-lo em frequente tensão com o Legislativo. Daí, contudo, não decorre que a Corte deva representar o intérprete último e definitivo do texto da Constituição, tampouco que uma decisão sua possa encerrar, de fato, o debate democrático em relação à matéria decidida.

Rigorosamente, numa democracia constitucional, o primeiro questionamento que se impõe é saber se pode mesmo existir um órgão encarregado de dizer a última palavra em questão de interpretação constitucional e nos embates institucionais mais graves entre poderes (BENVINDO, 2014).

De resto, é importante reconhecer que há, pelo menos, duas maneiras de enxergar as questões políticas e jurídicas suscitadas a propósito da “última palavra” em matéria de interpretação constitucional. A primeira é cronológica: quem fala (e decide) por último no controle judicial de constitucionalidade. O Supremo, no curso de um processo subjetivo⁵, decide como última instância judicial e, portanto, nesse sentido, tem a “última palavra”. É quem fala por último ou, nas palavras de um dos mais antigos membros da composição atual, o Ministro Marco Aurélio, tem a prerrogativa de “acertar ou errar por último”. Mas, evidentemente, não é apenas disso que se trata quanto ao tema em análise.

O segundo – e mais importante – sentido de se discutir quem detém a última palavra na interpretação constitucional está em saber qual decisão (interpretação) prevalece, na hipótese de existirem duas ou mais em conflito, oriundas de diferentes órgãos. A questão já não é cronológica, mas de competência e legitimidade democrática. Ou seja, quem deve dar a “última palavra” sobre a Lei e a Constituição no desenho institucional brasileiro? Na hipótese de leituras – e práticas – destoantes, qual deve preponderar?

O esforço analítico de identificar e separar os sentidos – a aceção cronológico-judicial e a de legitimidade política – justifica-se especialmente pela frequência com que se encontram misturados no discurso judicial, inclusive do STF, e pela maneira como a confusão favorece e reforça a autoridade do Tribunal.

Não raro, afirma-se que a última palavra é do STF apenas porque lhe cabe falar por último no processo judicial, confundindo a aceção cronológica com a política. Assim, cria-se um reforço de

⁵ Isto é, nos casos em que um interessado postula proteção de direito contra lesão ou ameaça de lesão, invocando entre os fundamentos do seu recurso uma questão constitucional, quando a decisão recorrida, nos termos o art. 102, III, da Constituição Federal.

argumentação em favor da atuação do Tribunal, atribuindo-lhe o dever de falar por único e, assim, oferecer um desfecho à questão constitucional em exame.

É evidente que o fato de o STF falar por último no processo, como última instância, não significa que tenha a prerrogativa de interditar o debate democrático, nem impedir a revisão da matéria no âmbito legislativo. Aliás, não é por acaso que a previsão do art. 103, § 2º, da Constituição restringe a eficácia das decisões do STF aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública, sem mencionar o Legislativo. O silêncio do constituinte, nesse ponto, foi eloquente.

Após a tomada de decisão pelo tribunal, diante de um caso concreto ou em ação direta, não cessa o espaço de rediscussão legislativa da matéria. Ainda que a decisão mesma não possa ser revista nem suspensa pelo Congresso Nacional – somente expandida, na hipótese do art. 52, X, da Constituição –, não há impedimento de ordem jurídico-constitucional à rediscussão da matéria por meio de outra proposição legislativa de mesma ou outra estatura, inclusive com a possibilidade de repetição de regra com comando idêntico ao invalidado pelo STF.

Por outro lado, também parece importante apartar as hipóteses em que o argumento da última palavra é empregado como reforço argumentativo e razão de decidir, nos votos proferidos no STF, dos outros que se apresenta como mera constatação de fato, diante dos efeitos concretos produzidos pelo julgamento. Ainda que frequentemente o Tribunal se atribua a função de intérprete último da Constituição, na verdade, são possíveis e bastantes frequentes respostas legislativas, que reacendem o debate democrático, a despeito da decisão judicial.

O item seguinte é dedicação a analisar precisamente essas diferentes formas de reação legislativa adotadas pelo Congresso Nacional diante de uma decisão do STF em matéria de interpretação constitucional.

3. REAÇÕES LEGISLATIVAS: A PALAVRA SEGUINTE

Com algum esforço de síntese, identificamos, na prática institucional brasileira, ao menos quatro espécies de reação adotadas por parte do Poder Legislativo: (1) deferência; (2) recalcitrância (3) coordenação e (4) superação.

A classificação considera apenas respostas que tomem a forma de medidas (espécies) legislativas e tem propósito unicamente didático. Deixamos de lado outros mecanismos institucionais que venham a ser utilizados para rediscussão da matéria (e.g. constituição de comissão especial) ou mesmo de retaliação institucional (e.g. *impeachment*). Seriam, por assim dizer, formas de “diálogo institucional” entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, ou, como talvez seja mais apropriado nominar, exemplos de disputa em torno da interpretação constitucional mais adequada.

Chamamos “deferência” ou “acatamento” às hipóteses em que a decisão do Tribunal parece conduzir a um esgotamento – ainda que provisório – do debate, simplesmente pela falta de reação legislativa específica e imediata. A rigor, não se trata exatamente de uma reação, mas de uma inação. A Corte Constitucional, e.g., declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou confere-lhe certa interpretação, e essa posição, ao menos provisoriamente, prevalece, sem a edição de nova espécie normativa que venha a confrontá-la.

A segunda reação legislativa podemos chamar de “recalcitrância”. O termo é empregado para designar a hipótese em que o Poder Legislativo diverge da interpretação constitucional adotada pelo Tribunal e insiste na postura ou interpretação legislativa anteriormente adotada, mesmo contrariando a palavra (decisão) do Tribunal. Tal reação pode se dar por ação, com a repetição de ato legislativo similar a outro anteriormente declarado constitucional, ou por omissão, quando a decisão do Tribunal foi proferida em controle de constitucionalidade por omissão.

Dois exemplos permitem ilustrar esse tipo de reação de forma sistêmica. O primeiro está na recorrente edição de leis concedendo pensões vitalícias a ex-governadores do Estado, não obstante as diversas decisões proferidas pelo Plenário do STF que consideram antirrepublicanas medidas legislativas desse jaez (e.g. ADI 4.601, rel. Min. Luiz Fux, julgamento: 25/10/2018; ADI 3.418, rel. Min Dias Toffoli, julgamento: 20/09/2018).

O segundo está nos atos legislativos que dão corpo à chamada “guerra fiscal” em matéria de ICMS. A posição há muito consolidada sobre o tema na jurisprudência do STF indica que os atos normativos concessivos de benefícios fiscais em matéria de ICMS somente serão válidos, se observado o procedimento previsto em lei complementar, que prevê aprovação unânime por parte dos representantes estaduais. Isso, contudo, não impediu a recorrente edição de leis de incentivo concedidos unilateralmente por todos os Estados da Federação.

Assim, a disputa federativa persiste há anos, a despeito das decisões do tribunal, e não raramente inclui a repetição de atos normativos com idêntico conteúdo aos de outros já invalidados pelo STF.

A recalcitrância pode se dar, também, por inação, em se tratando de decisões proferidas em controle de constitucionalidade por omissão. É a que se observa com a ausência de edição de ato normativo, no prazo designado, não obstante a prolação de decisão a determinar essa providência. Um caso recente e especialmente ilustrativo está na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25 (BRASIL, 2016). A decisão proferida pelo STF, determinando a edição da lei complementar faltante, no prazo designado, não foi capaz de estimular o fim da *intertia deliberandi* do Congresso Nacional, que, até o momento, não conseguiu construir os consensos necessários para suprir a lacuna legislativa atacada.

A terceira forma de reação legislativa é a que chamamos de “coordenação”. Indica os casos em que há edição de novo ato legislativo, considerando o teor e os fundamentos da decisão proferida pelo Tribunal. Talvez essa seja a única hipótese de verdadeiro “diá-

logo” institucional. A expressão, no entanto, não deve ser tomada necessariamente como indicativo de anuência. A nova lei editada, levando em conta previa decisão judicial, pode adaptar a legislação à decisão ou contornar seus fundamentos, para manter uma disciplina legal similar a rechaçada pelo tribunal, sem incorrer nos mesmos vícios reconhecidos no julgamento.

Há adaptação se nova lei é editada aplicando os fundamentos que ensejaram o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo anterior, na interpretação do Tribunal. Um exemplo parece estar, ao menos parcialmente, na edição da Lei Complementar n. 143, de 17 de julho de 2013, diante do decidido na ADI 875 (BRASIL, 2010). Tendo sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar n. 62, de 1989, que estabeleciam coeficientes fixos para partilha dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE), a nova lei, ainda que tenha sido questionada com outros fundamentos, observou a decisão ao adotar critérios variáveis, na linha do que decidiu o Tribunal (CORREIA NETO, 2014).

Há casos em que a opção legislativa não implica necessariamente observância da orientação fixada pelo tribunal, embora não a desconsidere de todo. Veja-se, por exemplo, a edição da Emenda Constitucional n. 12, de 1996, que criou a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF). O novo tributo substituiu o Imposto sobre Movimentação Financeira (IPMF), previsto na Emenda Constitucional n. 3, de 1993, e guarda com ele óbvia similaridade. Uma diferença, no entanto, chama atenção: a espécie tributária escolhida. Em vez de imposto, a Emenda n. 12, de 1996, previu uma contribuição destinada à saúde e, dessa maneira, escapou à aplicação das garantias tributárias previstas no art. 150, sem afrontar os fundamentos da decisão tomada pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939.

A quarta situação é a de “superação”, tomada simplesmente como a reação de sobrepujar a decisão do tribunal pela adoção de ato legislativo de hierarquia superior – especialmente emenda constitucional – para veicular comando contrário à decisão prolatada. Os

exemplos mais comuns são de superação por meio de edição de emenda constitucional, mas a doutrina também aponta “casos de reversão de decisões judiciais pela via legislativa ordinária” (VICTOR, 2015, p. 277 e ss).

O caso recente mais notório é o da Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, adotada em reação ao teor da decisão proferida no julgamento da ADI 4.983, rel. Marco Aurélio. Na ação, o Tribunal reconheceu a vaquejada como uma atividade intrinsecamente cruel, em relação aos animais, e, portanto, incompatível com o inciso VII do artigo 225 da Carta Federal e proibida em todo território nacional.

Após forte reação, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional n.º 96, de 2017, para o fim de reconhecer que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, [...] registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

Evidentemente, essa forma de classificação é mais didática do que precisa e envolve uma boa dose de arbitrariedade. O Congresso Nacional, ao editar a Emenda n.12, criando uma contribuição sobre movimentação financeira – em vez de imposto, como na Emenda n. 3 – estava simplesmente observando a decisão do STF que assentou que a criação de novas exceções aos princípios e imunidades tributárias do art. 150 da Constituição representaria ofensas a cláusulas pétreas? Ou, na verdade, estava contornando aos fundamentos do Tribunal para atingir o mesmo objetivo – deixar de aplicar certas garantias tributárias à nova exação – por meio de um novo caminho, a instituição de uma contribuição, em lugar de imposto?

Em matéria tributária, as reações de coordenação e, sobretudo, superação têm se apresentado de maneira especialmente usuais na prática legislativa brasileira. São muitos os casos em que o Congresso Nacional reformou a legislação tributária e, não raro, a própria Constituição Federal como reação a uma decisão do Supremo Tribunal Federal desfavorável à Fazenda Pública.

Os tópicos seguintes são dedicados à análise de exemplos dessa ordem, que sugerem que, em matéria de tributos, a última palavra, na prática, não cabe ao STF.⁶

4. CAUSAS FISCAIS E A PALAVRA SEGUINTE DO CONGRESSO NACIONAL

O debate da última palavra no Brasil e os limites do protagonismo judicial são frequentemente ilustrados com controvérsias e casos escolhidos entre temas de Direito Eleitoral, questões relativas à representação política, políticas públicas e ações afirmativas, que indicam o protagonismo do Tribunal e a prevalência de suas decisões, em detrimento do papel e da importância do Congresso Nacional.

A experiência da jurisdição constitucional em matéria tributária, por outro lado, é rica em exemplos nos quais a “última palavra” não coube ao Supremo Tribunal Federal. Isto é, situações em que a reação legislativa frequentemente dialoga com a decisão tribunal ou mesmo vem a título de suplantá-la. “Em diversas situações”, explicam Araujo e Silva, “o STF declarou inconstitucionais medidas tributárias da União, estados, Distrito Federal e municípios, o que chamou à ação o Congresso Nacional para, em alterações da lei e da própria Constituição, superar ou contornar entendimentos da Suprema Corte” (2018, p. 182).

Embora não exaustiva, a listagem aqui apresentada aponta a tendência de superação, por reforma constitucional, das interpretações constitucionais estabelecidas pelo STF em favor do contribuinte. Após a decisão do Tribunal, volta a palavra ao Congresso Nacional, mormente nos casos em que a tese vencedora vai de encontro aos interesses arrecadatórios da Fazenda Pública, o que permite que “interesses contrariados no âmbito da esfera judicial possam voltar a ser discutidos na seara legislativa”. Abre-se, dessa

⁶ Para uma análise ampla da aplicação da ideia de diálogo constitucional em matéria tributária, ver: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito Tributário e Diálogo Constitucional**. Niterói: Impetus, 2013.

forma, espaço para uma “correção legislativa da jurisprudência”, de modo que os “debates legislativos em torno das posições jurisprudenciais” possam funcionar “como instâncias de reflexão democrática sobre a correção das decisões adotadas pela jurisdição constitucional” (OLIVEIRA, 2017, p.117).

Os itens seguintes trazem exemplos de reações legislativas⁷, situações nas quais o Congresso Nacional adotou orientação diversa da estabelecida pelo STF e alterou o texto constitucional para assegurar sua prevalência, ou seja, superou a decisão judicial por emenda à Constituição Federal.

4.1 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29/2000 E PROGRESSIVIDADE DO IPTU

O primeiro exemplo está na controvérsia em torno da interpretação do §1º do art. 156 da Constituição e da constitucionalidade de aplicação de alíquotas progressivas no imposto predial e territorial urbano (IPTU) cobrado pelos municípios.

A redação originária do dispositivo estabelecia: “§ 1º - O imposto previsto no inciso I [IPTU] poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”. Com base nesse parâmetro e na premissa de que se cuidava de um imposto “real”, o STF rechaçou o cabimento de progressividade fiscal em matéria de IPTU. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 153.771, relator para o acórdão Ministro Moreira Alves, em 20.11.1996, o STF decidiu:

Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica

⁷ Análise detalhada dos precedentes do STF acerca do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais em matéria tributária foi realizada por Luciano F. Fuck, na obra “Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal” (2017, p. 119-176).

do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). (BRASIL, 1996)

A Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, alterou, então, a redação do §1º do art. 156 da Constituição para admitir expressamente a utilização de alíquotas progressivas. O texto alterado prevê que o imposto poderá "ser progressivo em razão do valor do imóvel" e "ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel".

A mudança é uma óbvia reação legislativa à interpretação restritiva adotada pelo Tribunal e dialoga, inclusive, com os fundamentos adotados na decisão proferida, que rejeitava o cabimento de progressividade diante da ausência de previsão constitucional expressa. Modificado o texto da Constituição, o STF passou a admitir a progressividade do IPTU, mantendo sua posição quanto ao período anterior (BRASIL, 2009a).

O entendimento foi, inclusive, consolidado na Súmula 668, com o seguinte enunciado: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".

4.2 CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 39, DE 2002

O segundo exemplo também diz respeito a tributo municipal. Julgando recursos extraordinários que questionavam taxas de iluminação pública instituídas por diferentes municípios brasileiros, o Tribunal adotou posição favorável ao contribuinte ao reconhecer que serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

A decisão estava fundamentada no art. 145, II, da Constituição, que prevê cobrança de “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”. Não sendo a iluminação pública serviço público específico e divisível, não estaria justificada a cobrança do tributo. Diversos julgados adoraram essa mesma interpretação⁸, posteriormente, reafirmada em duas súmulas (Súmula n. 670 e Súmula Vinculante n. 41).

Em 2002, o texto constitucional foi alterado. A Emenda Constitucional nº 39, de 2002, acrescentou art. 149-A à Constituição Federal para permitir a instituição de um novo tributo: a “Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública” nos Municípios e no Distrito Federal. O novo tributo tem precisamente a mesma destinação da taxa proscrita, mas, sendo outra espécie tributária, escapa aos fundamentos que ensejaram a declaração de sua inconstitucionalidade. Em 2009, o STF reconheceu a validade da nova exação (BRASIL, 2009b).

4.3 ICMS E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/2001

A redação originária da Constituição estabelecia, no art. 155, §2º, IX, “a”, a incidência do imposto estadual sobre circulação de mercadorias (ICMS) também na “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”.

O STF, no entanto, conferia ao dispositivo interpretação restritiva e afastava a incidência do imposto na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto. O texto foi alterado pela Emenda Constitucional n. 33, de 11 de dezembro de 2001. A nova redação dispõe que o imposto incide também “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

⁸ Por exemplo: AI 231132 AgR, DJ de 06/08/1999; RE 231764, DJ de 21/05/1999; RE 233332, DJ de 14/05/1999.

“Nitidamente, o Constituinte Derivado procurou contornar a jurisprudência do STF, que sinalizava no sentido de que a importação de bem por pessoa física e também por sociedade civil não se sujeitava à incidência de ICMS”, salienta Paulsen (2010, p. 360). A nosso ver, mais do que “contornar”, a reforma constitucional procurou efetivamente reagir para “superar” a orientação fixada pelo Tribunal.

Diante da alteração constitucional, o tema foi revisitado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 439.796, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, em 6.11.2013. A tese fixada pelo Plenário reconhece a legitimidade da alteração constitucional, em sentido oposto à interpretação anteriormente estabelecida pelo Tribunal: “Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços.”⁹

CONCLUSÃO

No Brasil, os poderes e o papel conferido ao STF, na interpretação constitucional e no debate político, são amplos. Foi essa a escolha da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 e das reformas constitucionais posteriores, no redesenho do texto constitucional.

O protagonismo do STF foi inculcado, em boa medida, no próprio texto constitucional e reforçado pelas emendas que sobrevieram. Por outro lado, não se pode deixar de lado que o próprio Tribunal, exercendo e reinterpretando suas diferentes competências, contribuiu também para a expansão do seu papel no âmbito do debate político nacional. Em certa medida, é o STF mesmo que se atribui a prerrogativa de intérprete último da norma constitucional.

⁹ Sobre o tema, ver: ARAUJO, José Evande de C.QUEIROZ E SILVA, Jules M. P. **A Constituição tributária: passado, presente e futuro.** In: SILVA, Rafael Silveira (Org.). 30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. Brasília: Senado Federal, 2018, v. 1, p. 164-203

De todo modo, a noção de última palavra judicial não deve representar uma interdição do debate político. A Constituição tem múltiplos intérpretes; a todos eles, cabe a sua efetivação, especialmente ao Poder Legislativo. A decisão judicial não encerra o debate constitucional – devolve a palavra ao Congresso Nacional, que poderá rever, pela via legislativa, a orientação adotada pelo STF e reabrir o debate.

A experiência, no Brasil, aponta ao menos quatro reações legislativas usuais. A primeira é de simples deferência ou acatamento, nos casos em que há um esgotamento, ao menos temporário, do debate na decisão judicial, sem nova manifestação legislativa sobre a matéria controversa. A segunda é de recalitrância, quando novo ato normativo é editado com teor semelhante ao declarado inconstitucional, como forma de reafirmação da mesma interpretação já rejeitada pelo tribunal. A terceira é de coordenação, se novo ato normativo é editado adaptando a lei à decisão e contornando os fundamentos da decisão judicial. A quarta é de superação, hipótese em que a reação legislativa é de enfretamento, pela edição de ato normativo de hierarquia superior, contrariando o teor da decisão prolatada.

Ainda que repetidamente o STF se atribua o poder da última palavra, as reações legislativas – inclusive de superação – são usuais, especialmente em matéria tributária. Não faltam exemplos de decisões do Tribunal que não representam a última palavra em matéria de produção legislativa e interpretação constitucional, senão mais uma frase normativa no perpétuo diálogo que deve representar a democracia constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 21, n. 124, jun./set., 2019, p. 411-425.

ARAÚJO, José Evande de C.; SILVA, Jules M. P. Queiroz e. A Constituição tributária: passado, presente e futuro. In: SILVA, Rafael Silveira (Org.). **30 anos da Constituição**: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. Brasília: Senado Federal, 2018, v. 1, p. 164-203.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o supremo tribunal federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20.257**. Relator Min. Décio Miranda. Relator para o Acórdão Min. Moreira Alves. Julgamento: 8/10/1980.

_____. **Recurso Extraordinário n. 153.771**. Rel. Min. Carlos Velloso. Redator para o acórdão Ministro Moreira Alves. Julgado em 20.11.1996.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.601**. Relator Min. Luiz Fux. Julgamento: 25/10/2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.418**. Relator rel. Min Dias Toffoli. Julgamento: 20/09/2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 875**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 24/2/2010.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 25**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 30/11/2016.

_____. **Agravo de Instrumento n. 712.743 QO-RG**. Relatora Min. Ellen Gracie. Tema 155. Plenário. Julgamento 12.9.2009a.

_____. **Recurso Extraordinário n. 573.675**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25/3/2009b.

_____. **Mandado de Segurança n. 26.603**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 04/10/2007.

CARVALHO FILHO, José dos S. **Repercussão Geral** - balanço e perspectivas. São Paulo: Almedina, 2015.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. **Os Impostos e o Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

_____. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. **Observatório Constitucional**. Consultor Jurídico, 15 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>. Acesso em: 31/1/2020.

FERREIRA, Sérgio Antônio Victor. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**: debate entre STF e Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

FUCK, Luciano Felício. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADO e ADC: Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. **Direito Tributário e Diálogo Constitucional**. Niterói: Impetus, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última

Palavra” e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____.Supremocracia. **Revista direito GV**, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul.-dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**. Vol. 115 (6), p. 1346-1406, 2006.



DANIEL AUGUSTO MESQUITA

É Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do qual é Professor. É Sócio do Figueiredo & Velloso Advogados Associados e atua como Procurador na Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

JULIA NORAT CAVALCANTI

É Mestre em em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB). Foi Consultora em Agricultura e Florestas no Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Atualmente, é integrante da Comissão Internacional de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) e Assessora Jurídico-Legislativa da Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Distrito Federal (SEMA/DF).

**DANIEL MESQUITA
E JULIA NORAT**

DEMOCRACIA, GOVERNABILIDADE E O DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA REDUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS ESPAÇOS DE DEBATES AMBIENTAIS PROMOVIDA PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL BRASILEIRO NOS ANOS DE 2019 E 2020

RESUMO

Em matéria ambiental, dada a natureza difusa e transindividual do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o uso e a gestão deste bem devem ser compartilhados por todo o corpo social, pressupondo uma atuação conjunta entre distintos segmentos da sociedade, por força do art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988. Neste contexto, a participação popular nas decisões relativas a assuntos atinentes ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional. Cabe ao poder público, portanto, assegurar os meios e instrumentos para que a participação popular seja efetiva, de forma a valorizar o exercício da democracia participativa. Não obstante, tem sido possível perceber uma tendência, por parte do Poder Executivo federal, em se restringir a participação da sociedade civil nos espaços de representação e formulação de políticas

públicas, sobretudo em órgãos colegiados. Tal constatação decorre da edição do Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, do Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019, e do Decreto nº 10.224, de 5 de fevereiro de 2020. Dessa forma, o presente trabalho objetiva, a partir da análise do conceito de democracia e de seus elementos, demonstrar que as principais alterações no arcabouço jurídico vigente, promovidas pelos atos normativos mencionados, estão na contramão das teorias não-hegemônicas de democracia e da necessidade de se conferir à sociedade instrumentos de participação nas decisões relativas ao direito ambiental. Pretende-se, também, apresentar as principais reações em face dessas alterações, que se materializam em ações próprias de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Democracia participativa; direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; governabilidade.

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Poder Executivo federal brasileiro vem restringindo os espaços públicos de participação da sociedade civil no estabelecimento de políticas públicas e na discussão de normas de interesse geral em prol de uma suposta melhoria da governabilidade. Isso ocorreu com a edição do Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, do Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019, e do Decreto nº 10.224, de 5 de fevereiro de 2020.

Esse fato reacende a discussão a respeito da participação do povo nos processos decisórios estatais. A partir da consideração de que o povo é a fonte do todo poder e de que Constituição de 1988 prevê a dicotomia entre a democracia direta e a democracia participativa, apura-se a legitimidade dos referidos atos estatais frente os pressupostos democráticos estabelecidos na segunda metade do século XX.

Tal problemática ganha especial relevo quando se constata que a exclusão da participação social se dá no âmbito do direito am-

biental, pois as restrições impostas pelo Poder Executivo caminham no sentido de excluir do âmbito da discussão pública justamente os titulares desse direito de caráter difuso e minimizam a amplitude das discussões que esse direito, caro à presente e às futuras gerações, merece ter.

Assim, o presente artigo explora o conceito de democracia a partir de sua análise procedimental para extrair os elementos essenciais à democracia participativa (tópico 2.1). Em seguida, o item 2.2 aborda, a partir da análise constitucional, os elementos fundamentais do direito ambiental relativos aos interesses tutelados e a participação popular. No item 2.3, serão apreciados os mecanismos à disposição do direito ambiental para se promover a democracia participativa. Em seguida, no ponto 2.4, o trabalho apresentará os recentes atos do Poder Executivo federal brasileiro no sentido de restringir os espaços públicos de discussão e as reações promovidas junto ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, o item 2.5 analisa a implementação da democracia participativa no direito ambiental e a sua contribuição para a governabilidade.

1. DEMOCRACIA, GOVERNABILIDADE E O DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA REDUÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS PROMOVIDA PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL BRASILEIRO NOS ANOS DE 2019 E 2020

1.1. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

A Constituição de 1988 constitui a República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) e prevê que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único). O povo, aliás, é mencionado pela Carta Magna antes mesmo desse artigo 1º, no seu preâmbulo, destacando que a própria Constituição é instrumento jurídico elaborado pelo povo.

Apesar de nomear o povo como elemento central de poder no Estado brasileiro, o citado parágrafo único insere uma dicotomia entre a democracia direta¹ (ou participativa)² e a democracia indireta (ou representativa)³ nas decisões políticas estatais, determinando que a aplicação de uma ou de outra forma de decisão estatal depende do que está previsto na Constituição. Assim, instituiu-se a democracia semidireta, que é uma “democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo”⁴.

Este trabalho não tem a pretensão de determinar o conceito exato de “povo”. Entretanto, traçando um paralelo entre a democracia direta e a representativa e as várias acepções de “povo” estabelecidas por Friedrich Müller⁵, constata-se que a primeira seria desenvolvida pelo povo como “instância global de atribuição de legitimidade” (ou “povo legitimante”) e a segunda seria desempenhada pelo “povo participante”. De qualquer forma, para se ter um regime efetivamente democrático, deve-se promover a efetiva participação popular, afastando-se do conceito do “povo como ícone”⁶.

1 “Democracia direta, de acordo com lição de José Afonso da Silva (2000), é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Refere-se ao sistema político em que os cidadãos decidem, de forma direta, cada assunto, por meio do voto”. (MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. *Democracia participativa na Constituição Brasileira*. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176529/000842786.pdf?sequence=3>, acessado em 16.02.2020, às 18:30, p. 183)

2 Na classificação proposta por Sintomer, Herzberg e Röcke (2012, p.100-101), a democracia participativa é assim definida:

“Sua principal característica é o surgimento simultâneo de um ‘quarto poder’ (participantes têm um efetivo poder decisório, distinto daqueles do judiciário, do legislativo e do executivo) e de um ‘poder compensatório’ (a mobilização autônoma da sociedade civil dentro do processo leva ao empoderamento das pessoas e à promoção de formas cooperativas de resolução de conflitos). Nesse modelo, a participação tem repercussões reais em termos de justiça social e de relações entre a sociedade civil e o sistema político.

(...) ele implica que os mecanismos tradicionais de governo representativo estão vinculados a procedimentos democráticos diretos, nos quais habitantes não eleitos (e seus delegados investidos de um ‘mandato semi-imperativo’) têm de fato poder de decisão, embora, legalmente, a decisão política permaneça nas mãos dos representantes eleitos.”

3 “Democracia representativa é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas. Segundo Norberto Bobbio, democracia representativa significa que as deliberações relativas à coletividade inteira são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade” (MACEDO. Op. Cit., p. 183).

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 145.

5 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

6 “Nesse sentido, quanto mais democrático é o regime político, maior é a participação

Conforme identificado por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer, a análise do conceito de democracia a partir do século XX foi pautada na busca de resposta a três questões: “a da relação entre procedimento e forma; a do papel da burocracia na vida democrática; e a da inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala”⁷. A busca dessas respostas dividiu-se em concepções hegemônicas e não-hegemônicas de democracia. Ambas partem da análise dos aspectos procedimentais da democracia.

De um lado, Santos e Avritzer observam a análise procedimental da representatividade democrática, promovida por Joseph Schumpeter e Norberto Bobbio⁸, o processo de tomada de decisões administrativas (burocracia), de Weber e Bobbio⁹, e a definição de uma representatividade constituída por uma delegação promovida pelos cidadãos, de Robert Dahl e Stuart Mill¹⁰, para concluir que a teoria hegemônica da democracia dificulta a representação de múltiplas identidades, como a das minorias, e enfraquece a prestação de contas à sociedade.

De outro, a teoria não-hegemônica reconhece a pluralidade humana existente na sociedade e concebe a democracia como uma “nova gramática histórica” a partir de dois critérios distintos: “a ênfase na criação de uma nova gramática social e cultural e o entendimento da inovação social articulada com a inovação institucional”¹¹.

popular, havendo quebra do ‘povo como ícone’, composto pelas massas populares, sendo substituído por um povo legitimador que tenha a oportunidade de participar decisivamente em associações e partidos, enfim, nas várias esferas de decisão, ‘porque a política é algo que ocorre entre os indivíduos, no espaço comum da vida pública’” (BALESTERO, Gabriela Soares. O resgate da democracia participativa e deliberativa como mecanismo legitimador do exercício dos poderes estatais. 2012, p.51, disponível em <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/12.pdf>, acessado em 16.02.2020, às 14:30)

7 SANTOS, Boaventura de Sousa, e AVRITZER, Leonardo. “Introdução: para ampliar o cânone democrático”. In: **Democratizar a democracia - Os caminhos da democracia participativa**. SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, p. 44.

8 Conforme Boaventura de Sousa Santos, a análise procedimental da concepção hegemônica de democracia é feita por Hans Kelsen, Joseph Schumpeter, Norberto Bobbio. Para Santos, “a redução do proceduralismo a um processo de eleições de elites parece um postulado *ad hoc* da teoria hegemônica da democracia, postulado esse incapaz de dar uma solução convincente para duas questões principais: a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação da diferença.” (SANTOS e AVRITZER, 2002, p. 46)

9 SANTOS e AVRITZER, 2002, pp. 46-48.

10 SANTOS e AVRITZER, 2002, pp. 48-49.

11 SANTOS e AVRITZER, 2002, p. 51.

É no contexto das teorias não-hegemônicas de democracia que surge a teoria de Jürgen Habermas. Na obra "Direito e Democracia: Entre facticidade e validade", Habermas também parte da análise procedimental da democracia, mas reintroduz a dimensão social à análise, estabelecendo a necessidade de se conferir uma esfera pública na qual os indivíduos, em geral, comparecem para debater de forma aberta, ampla e racional os mais diversos aspectos da vida política da sociedade. É o que expõe o autor:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana (...). A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.

Os que agem comunicativamente encontram-se numa situação que eles mesmos ajudam a constituir através de suas interpretações negociadas cooperativamente, distinguindo-se dos atores que visam o sucesso e que se observam mutuamente como algo que aparece no mundo objetivo. O espaço de uma situação de fala, compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tornam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. (...) Podemos dar uma forma abstrata e perene a essa estrutura espacial de encontros simples e episódicos, fundada no agir comunicativo, e estendê-la a um grande público de presentes.¹²

12 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia - Entre facticidade e validade - Volume II. "Paradigmas do Direito"**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 92-93.

A existência da esfera pública proporciona a manifestação franca e transparente do público envolvido em determinada questão, contribuindo para que a solução adotada pelo Estado não seja aquela vislumbrada pelo governante ou pelos centros de interesses sociais mais próximos ao poder, mas sim aquela mais adequada às necessidades sociais.

Por outro lado, o estabelecimento de um local de discussão aberta, ampla e racional caminha na esteira das adequadas efetivação e universalização dos direitos fundamentais, uma vez que se constitui em um espaço para a apuração dos verdadeiros interesses em jogo, do modo de implementação do direito em discussão e dos custos envolvidos. Nesse sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Em outras palavras, o desafio atual da universalização dos Direitos Fundamentais e da base de legitimidade das decisões políticas, inclusive em face da formação de Comunidades de Direito, de base multicultural, está cobrando, mais uma vez, a devida distinção entre Direito e eticidade. O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como um mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões. Assim como não é mais possível se recorrer à tradição republicana e compreender a sociedade em termos de um todo societário que giraria em torno do Estado, tal como na famosa teoria dos três elementos estatais - povo, território e poder soberano -, tampouco é possível se -, recorrer à tradição liberal e compreender a sociedade em termos meramente dualistas - concebendo Estado, de um lado, e sociedade civil, reduzida à esfera do mercado e da família, do outro. Com base numa teoria discursiva da democracia, urge se reconstruir tanto um conceito de esfera pública que não se reduza ao Estado, quanto um conceito de sociedade civil que não se reduza ao mercado e à família, em que os processos societários sejam encarados de modo mais amplo¹³.

13 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. 1ª edição. Ed. Initia Via. Belo Horizonte, 2012, pp. 29-30.

O mesmo autor observa que “não há mais, pois, como restringir a esfera pública ao Estado, como atestam os chamados direitos fundamentais de terceira geração”¹⁴. O caráter difuso e a titularidade coletiva desses direitos conferem a eles a característica da fraternidade e da indivisibilidade¹⁵. Por isso, Paulo Bonavides define que a comunidade é a titular dos direitos de terceira geração¹⁶ e que a democracia participativa deve contribuir para a efetivação desses direitos, diante da pluralidade de seus titulares¹⁷.

Nesse passo, a sociedade, como um todo, é parte amplamente legítima para participar do processo de efetivação e de constituição de normas relacionadas aos direitos de terceira geração.

O fortalecimento dos espaços públicos e o exercício da cidadania previsto na democracia participativa¹⁸, atrelado à manifestação direta dos interessados envolvidos e que impõe a formatação da política pública a partir do delineamento proposto pela sociedade, são, sem dúvida, os procedimentos que conferem uma maior legitimidade às ações e decisões do Estado.

14 OLIVEIRA. Op. Cit., p. 32.

15 Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.)

16 “Com efeito, tomando por base a sua titularidade, os direitos humanos da primeira geração pertencem ao indivíduo, os da segunda ao grupo, os da terceira à comunidade e os da quarta ao gênero humano.” (BONAVIDES, 2001, p. 162)

17 Para Paulo Bonavides, os direitos de terceira e de quarta gerações “se dilatam no pluralismo das titularidades, deixando de ser tão-somente, como tantas vezes já afirmamos noutros escritos, os direitos do indivíduo, da coletividade ou da classe, consoante de certo modo acontecia, com frequência, nas dimensões antecedentes, para buscarmos a sua verdadeira e legítima unidade fundamental radicada nos povos, por via de seu desenvolvimento, e no gênero humano, pelo caminho de sua libertação” (BONAVIDES, 2001, p. 228).

18 Segundo Marcelo Cattoni de Oliveira, “O atual conceito de Estado de Direito deve partir de um conceito contemporâneo de cidadania, não mais compreendida como condição daquele que seria membro natural de uma comunidade ética e política concreta, que compartilharia um mesmo e único ideal de vida boa. Este conceito contemporâneo de cidadania deve ser percebido como sinônimo de titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através de uma institucionalização de procedimentos capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva” (OLIVEIRA, Op. Cit., p. 41)

A implementação da democracia participativa no direito ambiental e a sua contribuição para a governabilidade será abordada no tópico 2.5, após a identificação dos elementos normativos democráticos que permeiam o direito ambiental brasileiro e a análise da recente redução dos espaços públicos de discussão ambiental pelo Poder Executivo federal brasileiro.

1.2. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E A INTERFA- CE COM O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMEN- TE EQUILIBRADO

A Constituição de 1988¹⁹, ao garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afastou-se da noção de um direito individual à utilização indiscriminada de recursos naturais e reconheceu o meio ambiente como um bem jurídico de uso comum do povo, que deve ser preservado em benefício das presentes e futuras gerações. Em termos de proteção ambiental, pela dicção constitucional, os direitos subjetivos de particulares não podem prevalecer em detrimento das condições ambientais²⁰.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido no rol de direitos de terceira dimensão, reconhecidos pelos ideais de fraternidade e solidariedade, cuja característica preponderante é a transcendência que alcança toda a humanidade, demandando, para a sua efetivação, ações positivas e negativas, que devem ser asseguradas tanto pelo Estado como pela sociedade. Afigura-se, portanto, a natureza transindividual e difusa deste direito²¹.

19 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

20 SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Razão Comunicativa e Democracia Deliberativa em Habermas: fundamento teórico-filosófico para a participação popular na elaboração de normas ambientais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 157.

21 KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Heline Silvini. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-359, jun. 2017.

Destaque-se, igualmente, que se trata de um direito fundamental, ante o fato de que é indispensável ao desfrute de uma vida saudável e, por conseguinte, pressuposto para a existência de uma vida digna. Dessa forma, é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma extensão do direito à vida²².

Dadas as características do bem jurídico objeto de proteção constitucional, segundo Leite, o uso e a gestão devem ser compartilhados por todo o corpo social, no contexto de democracia ambiental, pressupondo uma atuação conjunta entre distintos segmentos da sociedade. Assim, assevera Leite (2000, p. 21) que

[...] o bem ambiental não pode ser rotulado como bem público, devendo, sim, ao contrário, ser considerado um bem de interesse público e cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirado em um perfil de democracia ambiental. Desta forma, no Estado democrático ambiental, o bem ambiental deve pertencer à coletividade e não integrar o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário do patrimônio ambiental pelo poder público e pelo particular. Trata-se, assim, de uma verdadeira realização de justiça social ambiental, em que a sua realização deve ser compartilhadas por todos os componentes da sociedade, exigindo-se o exercício da responsabilidade compartilhada na gestão ambiental que pressupõe uma unidade de ação de multi-atores²³.

É reconhecida, portanto, a relevância da participação popular na gestão ambiental. Nessa linha, merece destaque a Declaração do Rio de 1992, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD). Em seu Princí-

22 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161.

23 LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

pio 10, o texto ressaltou a importância de assegurar a participação cidadã nos processos de tomada de decisão, cabendo aos Estados torná-la acessível, por meio da adoção de mecanismos que facilitem e sensibilizem os indivíduos. Com efeito, esse Princípio, de igual forma, preceitua que a disponibilização de informações relativas à qualidade do meio ambiente, por parte do poder público, é imprescindível para que haja efetiva participação social. Observa-se:

Princípio 10

A melhor forma de tratar as questões ambientais é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados ao nível conveniente. Ao nível nacional, cada pessoa terá acesso adequado às informações relativas ao ambiente detidas pelas autoridades, incluindo informações sobre produtos e actividades perigosas nas suas comunidades, e a oportunidade de participar em processos de tomada de decisão. Os Estados deverão facilitar e incentivar a sensibilização e participação do público, disponibilizando amplamente as informações. O acesso efectivo aos processos judiciais e administrativos, incluindo os de recuperação e de reparação, deve ser garantido²⁴.

Assevera-se, ademais, que a participação popular é um dos princípios basilares do Direito Ambiental. Na visão de Antunes (2006)²⁵, tal princípio objetiva garantir aos indivíduos o direito de participar no processo de elaboração e implementação de políticas públicas de cunho ambiental, bem como de obter informações dos órgãos públicos acerca de assuntos de natureza ambiental e de empreendimentos ou actividades potencialmente poluidores ou causadores de impactos ambientais.

Enquanto direito difuso e transindividual, que alcança as gerações vindouras, é inegável o interesse da população em participar de forma efetiva da gestão ambiental. Conforme Silva (2003, p. 124

24 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, adotada de 3 a 14 de junho de 1992.

25 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

apud SOUZA, 2011, p. 99)²⁶, a participação cidadã nos processos de tomada de decisão assegura a tutela preventiva de seus direitos em face das decisões das autoridades públicas. Considerando que essas decisões podem ter consequências significativas na vida da população, sobretudo pela natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é dever do poder público criar espaços destinados ao exercício da responsabilidade compartilhada em matéria ambiental.

Silva (2003, p. 124 apud SOUZA, 2011, p. 99), analisando as consequências das decisões estatais em matéria ambiental, assim enumera as razões pelas quais a participação da população nos processos de tomada dessas decisões é imperativa:

- 1) afetam "uma multiplicidade de sujeitos";
- 2) pressupõem a "ponderação de valores e de interesses contraditórios";
- 3) "podem apresentar um elevado grau de complexidade técnica"; e
- 4) estão propensas a "desencadear efeitos colaterais ou mesmo perversos"²⁷.

No sistema protetivo ambiental brasileiro, a participação popular tem fundamento constitucional, uma vez que cabe também à sociedade o dever de proteger o meio ambiente. A participação cidadã, segundo Bessa (2006)²⁸, pode ser exercida em audiências públicas, órgãos colegiados, pela propositura de ações populares, assim como por iniciativas populares de lei, desde que preenchidos os requisitos necessários.

26 SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Razão Comunicativa e Democracia Deliberativa em Habermas: fundamento teórico-filosófico para a participação popular na elaboração de normas ambientais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 157.

27 SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Razão Comunicativa e Democracia Deliberativa em Habermas: fundamento teórico-filosófico para a participação popular na elaboração de normas ambientais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 157.

28 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

No tópico a seguir, pretende-se compreender o papel dos órgãos colegiados enquanto mecanismos capazes de operacionalizar a democracia participativa ambiental.

1.3. ÓRGÃOS COLEGIADOS: MECANISMOS QUE POSSIBILITAM O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Com a redemocratização do país, sobretudo a partir da década de 1990, observou-se uma gradual criação e difusão de órgãos colegiados, com destaque aos conselhos gestores de políticas públicas, compostos por representantes do poder público e da sociedade civil²⁹. Conforme leciona Gohn (2006)³⁰, os conselhos, modalidades de órgãos colegiados, estão inseridos em um novo modelo de governança democrática, que importa o estabelecimento de parcerias entre o governo e a sociedade civil organizada para a gestão da coisa pública, com respaldo na Constituição de 1988, que consagrou instrumentos efetivos para o exercício da cidadania via democracia participativa.

Nessa linha, a existência de órgãos colegiados no âmbito da administração pública pode ser percebida como um desdobramento do princípio da participação popular direta, que objetiva assegurar aos cidadãos canais para influenciar no processo de tomada de decisão, garantindo que essas decisões não sejam adotadas de forma unilateral pelo Estado, conferindo-lhes maior legitimidade³¹.

Os órgãos colegiados, conforme Gordilho e Oliveira (2014), são classificados quanto à natureza de suas manifestações e à respectiva composição. De acordo com os autores, essas classificações favore-

29 SOUZA, Donaldo Bello de; NOVICKI, Victor. A participação social na questão ambiental: limites e possibilidades nos Conselhos de Meio Ambiente no Brasil. **EccoS Revista Científica**, n. 25, p. 235-249, 2011.

30 GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e gestão pública. **Ciências Sociais Unisinos**, v. 42, n. 1, p. 5-11, 2006.

31 GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro. **SENADO FEDERAL**, 2014.

cem a análise sobre o grau de inserção do princípio da participação popular nesses colegiados. Em relação ao primeiro critério, os órgãos podem ser classificados como consultivos ou deliberativos. Já em relação ao segundo critério, os colegiados são classificados da seguinte forma: i) totalmente governamentais; ii) preponderantemente governamentais; iii) paritários; iv) majoritariamente sociais; v) totalmente sociais.

Para Jacobi e Barbi (2007)³², o fortalecimento dos espaços deliberativos é crucial para a consolidação de uma gestão democrática e compartilhada entre o poder público e a sociedade civil, uma vez que proporciona melhorias qualitativas na capacidade de representação dos interesses sociais. Ainda sobre os colegiados deliberativos, Gomes (2003, p. 53) sustenta que as decisões tomadas por representantes da sociedade civil e do governo, após intensos debates entre indivíduos investidos no mesmo grau de autoridade, além de democráticas, tendem a ser dotadas de maior eficiência, sobretudo em comparação com as decisões oriundas de “um processo de simples agregação de preferências como uma votação”³³.

A paridade, no âmbito dos órgãos colegiados, é outra medida democratizante, atrelada ao princípio da isonomia, que promove a participação equilibrada entre o poder público e a sociedade civil nos processos decisórios. Conforme Gohn (2006, p. 9), a paridade não pode ser vista como um elemento meramente quantitativo. Ao revés, o conceito sugere a igualdade de condições de participação entre os diferentes atores, em especial no que toca ao acesso à informação e a demais recursos³⁴.

Em matéria ambiental, as interfaces entre distintos segmentos da sociedade ganham ainda maior relevância, notoriamente no processo de elaboração de políticas públicas. Isso porque, dada a

32 JACOBI, Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 10, n. 2, p. 237-244, Dec. 2007.

33 GOMES, Eduardo Granha Magalhães. Conselhos Gestores de Políticas Públicas: democracia, controle social e instituições. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - FGV/EAESP, 2003, p. 112.

34 GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e gestão pública. *Ciências Sociais Unisinos*, v. 42, n. 1, p. 5-11, 2006.

natureza matéria, sobretudo no que diz respeito às suas interdisciplinaridade e complexidade, os atos normativos devem estar amparados em parâmetros técnicos e científicos, além de observar aspectos políticos e jurídicos. Sobre esse entendimento, complementa Cruz (2017, p. 62):

Nesses fóruns, conformados por uma multiplicidade de atores heterogêneos em interação, são constituídas redes de alianças que atravessam organizações e instituições, conforme os problemas apresentados. Ali, se negociam simultaneamente os saberes, as identidades dos atores sociais e os procedimentos que são seguidos para estabelecer normas.

Nos debates, podem ser travados os processos que asseguram a regulação de três polos: o técnico-científico, o sociopolítico econômico e o regulamentador. A perícia seria justamente esses processos que têm por função alinhar o que se sabe, o que se quer e a forma como se realizam procedimentos. Assim, é nos fóruns híbridos que são consideradas as múltiplas intervenções da ciência, do político e do jurídico³⁵.

Na seara ambiental³⁶, ganha destaque o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)³⁷, órgão superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente, instituído pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. O CONAMA é um órgão consultivo e deliberativo, cujo objetivo consiste em assessorar, estudar e propor diretrizes de políticas governamentais destinadas ao meio ambiente, assim como delibe-

35 CRUZ, Fernanda Natasha Bravo. Conselhos nacionais de políticas públicas e transversalidade: (des)caminhos do desenvolvimento democrático. Tese (Doutorado - Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) - Universidade de Brasília, 2017, p. 198.

36 A título exemplificativo, outros órgãos colegiados de natureza ambiental são os seguintes: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), instituído pela Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997; o Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, inicialmente previsto no Decreto nº 3.524, de 26 de junho de 2000, revogado pelo Decreto nº 10.224, de 5 de fevereiro de 2020; o Conselho de Gestão do patrimônio Genético (CGEN), previsto na Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015; e a Comissão Nacional de Biodiversidade (CONABIO), prevista no Decreto nº 4.703, de 21 de maio de 2003.

37 Em que pese a sua natureza deliberativa, o CONAMA, antes mesmo do Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019, que reestruturou a sua composição, não possuía composição paritária, vez que os assentos destinados aos representantes governamentais eram superiores quando comparados com os destinados à sociedade civil.

rar sobre normas e padrões ambientais. Da mesma forma, também merecem destaque os Conselhos Estaduais do Meio Ambiente, o Conselho do Meio Ambiente do Distrito Federal e os Conselhos Municipais do Meio Ambiente.

No âmbito da sua função deliberativa, o CONAMA, majoritariamente por meio de resoluções, expede atos normativos relativos a assuntos de ordem ambiental, de alcance nacional. Por essas razões, desempenha relevante papel no que toca à formulação de políticas públicas ambientais no país, fato que justifica o fortalecimento da participação popular nesse espaço de tomada de decisões.

Os órgãos colegiados, tais como o CONAMA, pela natureza híbrida, nas palavras de Gordilho e Oliveira (2014, p. 70)³⁸,

tendem a ser organismos plurais que expressam os diferentes atores políticos e sociais, além de figurarem como um peculiar espaço de embate ideológico, dada a diversidade política dos seus componentes, ou então como um espaço deliberativo de articulação e negociação político-institucional

Assim, os colegiados conferem oportunidades, direcionadas à sociedade civil, de intervir no processo de tomada de decisão, a fim de construir e consolidar a gestão compartilhada da coisa pública. Não obstante, é imprescindível que o Estado assegure os meios para que a participação popular seja efetiva, valorizando, assim, o exercício da democracia participativa.

38 GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro. **SENADO FEDERAL**, 2014.

1.4. O ENFRAQUECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS COLEGIADOS AMBIENTAIS IMPOSTO PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL BRASILEIRO

Pretende-se apresentar, neste tópico, iniciativas recentes do Poder Executivo federal brasileiro no sentido de reduzir a participação popular direta em órgãos colegiados, com ênfase nos de caráter ambiental, assim como as principais reações em face dessas alterações.

Nesse contexto, merece destaque o Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, posteriormente alterado pelo Decreto nº 9.812, de 30 de maio de 2019, que extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. O Decreto, já com a nova redação, teve como finalidade precípua extinguir os colegiados instituídos por decreto ou atos normativos inferiores. Pela redação do art. 1º, § 2º, do ato normativo, colegiados mencionados em lei que nada conste sobre a competência ou composição também poderiam ser extintos.

Para fins do disposto no Decreto nº 9.759/2019, foram abrangidos pelo conceito de colegiados os conselhos, comitês, comissões, grupos, juntas, mesas, fóruns, salas e demais denominações conferidas a colegiados.

Ressalta-se que o referido ato normativo também revogou o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que havia instituído a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, cujos objetivos eram, principalmente, consolidar a participação social como método de governo, promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social e aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes³⁹.

A justificativa para a medida proposta, conforme revelado na exposição de motivos do Decreto nº 9.759/2019, pautou-se no entendimento de que há um excesso de colegiados, fato que, supostamente, acarretaria um

³⁹ Art. 4º do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014.

grande gasto homem/hora de agentes públicos em constantes reuniões de colegiados; elevado número de normas produzidas por colegiados, de modo atécnico e com sobreposição de competências, gerando passivos judiciais e administrativos; e grupos de pressão, tanto internos quanto externos à administração, que se utilizam de colegiados, com composição e modo de ação direcionado, para tentar emplacar pleitos que não estão em conformidade com a linha das autoridades eleitas democraticamente (BRASIL, 2019).

Para a revogação do Decreto nº 8.243/2014, relativo à Política Nacional de Participação Social, a justificativa apresentada foi a seguinte:

[...] esse ato, utilizando de linguagem deliberadamente imprecisa, visa estimular a criação e o fortalecimento de colegiados integrados por grupos políticos específicos para se contrapor ao poder das autoridades eleitas tanto para o Executivo quanto para o Legislativo (BRASIL, 2019).

Como consequência, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.121, com pedido de medida liminar, pelo Partido dos Trabalhadores. Questionou-se a compatibilidade de dispositivos do Decreto nº 9.759/2019 com a Carta Constitucional, mais especificamente com os artigos 48, inciso XI, 84, inciso VI, alínea "a" e 88, sob o argumento de que houve invasão da iniciativa reservada ao Congresso Nacional para criar e extinguir órgãos da administração pública. Além disso, foi alegado, no âmbito da ADI, que houve ofensa aos princípios da segurança jurídica, uma vez que o Decreto não mencionou especificamente os colegiados passíveis de extinção, e da participação popular. Nesse espectro, destacou o papel que os colegiados desempenham para a consolidação da democracia participativa.

A medida cautelar foi deferida parcialmente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para suspender a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº

9.812/2019. Dessa forma, afastou-se, até o exame definitivo da ADI, a possibilidade de extinção, por meio de decreto, de colegiado cuja existência encontre amparo em lei em sentido formal. Os ministros da Suprema Corte entenderam, por unanimidade, que, ante o fato de que a criação desses órgãos colegiados foi autorizada pelas Casas Legislativas, no âmbito de processo próprio, apenas norma de mesma hierarquia poderia extingui-los. Observe-se, nesse sentido, trecho retirado do voto do ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2020), relator do processo:

Justifica-se: o Parlamento é a arena preferencial de deliberação no âmbito da democracia representativa, de modo que, ao prever, em sede legal, a existência de determinado colegiado enquanto mecanismo de participação direta da sociedade civil na gestão da coisa pública, acaba por fornecer, mediante a institucionalização de espaços de participação social, concretude ao que poderíamos denominar “espírito de 1988” – a ser levado em conta, linear e indistintamente, por todos os Poderes da República.

Ao fazê-lo, as Casas Legislativas partilharam, em alguma medida, de prerrogativa que lhes é própria – discutir, em sede deliberativa, fiscalizatória e legiferante, as grandes questões nacionais e as diretrizes de atuação do Estado na condução de políticas públicas. Observada a organicidade da ordem constitucional, surge razoável condicionar a extinção de determinado órgão colegiado com assento legal à prévia chancela parlamentar.

Há de se destacar, no entanto, que a medida acauteladora não resguardou os conselhos criados por ato normativo infralegal. Portanto, a decisão pautou-se em eventual vício de ordem formal, considerando, sobretudo, o princípio da separação dos poderes, e não na violação ao princípio da participação popular, ante o papel que os colegiados exercem no contexto de democracia participativa.

Outra medida que resultou em redução da participação popular no âmbito de órgãos colegiados foi a reestruturação do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), por meio do Decreto

nº 9.806, de 28 de maio de 2019. O colegiado, que contava com vinte e dois representantes de entidades de trabalhadores e da sociedade civil, aí incluídos representantes de entidades ambientalistas, de populações tradicionais e de comunidades indígenas, passou a contar com quatro membros. Com a nova composição, o CONAMA passa a ter quatro representantes de entidades ambientalistas inscritas há, no mínimo, um ano no Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas (CNEA). Em contraposição, com a mencionada alteração, o governo passou a contar com dezessete assentos no Conselho. Deste número, dez pertencem ao governo federal.

O quadro comparativo abaixo demonstra com maior clareza as principais alterações efetuadas na composição do CONAMA, com ênfase nos conselheiros com direito ao voto, antes e após a edição do Decreto nº 9.806/2019.

FIGURA 1 - REESTRUTURAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO CONAMA

ANTES DA EDIÇÃO DO DECRETO Nº 9.806/2019			APÓS A EDIÇÃO DO DECRETO Nº 9.806/2019		
SEGMENTOS	NÚMERO DE CONSELHEIROS	PERCENTUAL	SEGMENTOS	NÚMERO DE CONSELHEIROS	PERCENTUAL
GOVERNO FEDERAL	28	30,1%	GOVERNO FEDERAL	10	43,47%
GOVERNOS ESTADUAIS	27	29,03%	GOVERNOS ESTADUAIS	5	21,73%
GOVERNOS MUNICIPAIS	8	8,6%	GOVERNOS MUNICIPAIS	2	8,69%
ENTIDADES EMPRESARIAIS	8	8,6%	ENTIDADES EMPRESARIAIS	2	8,69%
ENTIDADES DE TRABALHADORES E DA SOCIEDADE CIVIL	22	23,65%	ENTIDADES AMBIENTALISTAS	4	17,39%
TOTAL	93	100%	TOTAL	23	100%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados de Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990, alterdo pelo Decreto nº9.806, de 28 de maio de 2019.

Como se vê, em que pese ter havido uma redução no número de conselheiros de todos os segmentos que compõem o CONAMA, houve fortalecimento do setor governamental, que, antes da edição do Decreto nº 9.806/2019, contava com 67,73% dos votos e agora conta com 73,89%. Esse fortalecimento é ainda mais ex-

pressivo quando se observa o percentual de votos destinados ao governo federal, que passou de 30,1% para 43,47%. A seu turno, a sociedade civil, agora representada por entidades ambientalistas, em termos quantitativos, sofreu redução em sua capacidade de influenciar a tomada de decisão no âmbito do CONAMA, vez que, com a alteração, proporcionalmente, conta com apenas 17,39% dos votos.

O Decreto nº 9.806/2019 também alterou as regras de escolha dos representantes das entidades ambientalistas. Antes, esses conselheiros eram eleitos por entidades inscritas há, pelo menos, um ano no CNEA. Com a edição do referido Decreto, essas entidades serão escolhidas por meio de sorteio anual⁴⁰. Além de reduzir a autonomia da sociedade civil para escolher os seus representantes, essa alteração vai de encontro à justificativa apresentada pelo governo de que a medida visa assegurar maior eficiência e técnica às decisões tomadas pelo CONAMA. A escolha por meio de sorteio não é balizada pela observância de critérios técnicos para decidir, sob essa perspectiva, a entidade mais capacitada para integrar o Conselho, tampouco pode ser considerada uma decisão democrática.

Contra essa medida, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 623, por meio da qual aponta a inconstitucionalidade do Decreto nº 9.806/2019, com base no entendimento de que tal medida é incompatível com os princípios da participação popular direta, prevista no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, da igualdade (art. 5º caput) e da vedação ao retrocesso ambiental (art. 225, caput)⁴¹.

40 Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, alterado pelo Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019, Art. 5º [...] VII - quatro representantes de entidades ambientalistas de âmbito nacional inscritas, há, no mínimo, um ano, no Cadastro Nacional de Entidades Ambientais - Cnea, mediante carta registrada ou protocolizada junto ao Conama; e [...] § 10. Os representantes a que se refere o inciso VII do **caput** terão mandato de um ano e serão escolhidos por sorteio anual, vedada a participação das entidades ambientalistas detentoras de mandato.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 623**. Repte.: Procuradora-Geral da República. Intdo.: Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774620>>. Acesso em 16 fev. 2020.

Em suas razões, a PGR reconhece que a participação foi erigida como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e que a sua violação fere a ordem constitucional vigente. Menciona, ainda, que o fato se agrava ao se considerar que a democracia participativa direta ganha mais força no espectro no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja proteção se estende a toda a coletividade. Além desse princípio, alegou-se violação ao princípio da igualdade ou da isonomia, ante a desigual repartição de assentos entre a sociedade civil e o governo.

Mais recentemente, por meio do Decreto nº 10.224, de 5 de fevereiro de 2020, a sociedade civil foi excluída do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA). Com a nova composição, o órgão colegiado conta apenas com representantes do governo federal⁴². O FNMA, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, tem como objetivo, enquanto agente financiador, apoiar o desenvolvimento de projetos que visem contribuir com a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente. O Conselho Deliberativo desse Fundo, regulamentado pelo Decreto nº 3.524, de 26 de junho de 2000, ora revogado pelo Decreto nº 10.224/2020, detinha, em sua composição, dezessete representantes. Deste número, cinco eram representantes de organizações não governamentais ambientalistas e um era representante do Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e Desenvolvimento – FBOMS.

Com a exclusão da participação da sociedade civil do Conselho Deliberativo do Fundo, houve redução da participação social no que toca ao estabelecimento de prioridades e diretrizes para atuação do FNMA, assim como do controle social na execução de recursos públicos que se destinam a projetos socioambientais. Em face desse Decreto, a Rede Sustentabilidade, partido político com representação

42 Art. 5º O Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente é composto:

I - pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, que o presidirá; e

II - por representantes dos seguintes órgãos:

a) Casa Civil da Presidência da República;

b) Ministério da Economia;

c) Ministério do Meio Ambiente;

d) Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; e

e) Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

no Congresso Nacional, ajuizou a ADPF nº 651⁴³, sob o argumento de houve violação aos preceitos fundamentais consubstanciados nos princípios da participação popular direta, da igualdade e da vedação ao retrocesso institucional e socioambiental.

Conforme demonstrado, tem sido possível perceber uma tendência em se restringir a participação da sociedade civil nos espaços de representação e formulação de políticas públicas ambientais, na contramão das teorias não-hegemônicas de democracia e da necessidade de se conferir à sociedade instrumentos de participação nas decisões relativas ao direito ambiental.

1.5. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E GOVERNABILIDADE NO DIREITO AMBIENTAL

Conforme observado nos tópicos anteriores, uma verdadeira participação da sociedade civil nos processos decisórios é necessária nas discussões relativas aos aspectos ambientais não só para legitimar essas decisões⁴⁴, mas também para inserir os destinatários desse importante direito de terceira geração no contexto de sua produção jurídica, especialmente porque se está diante da tutela de um direito difuso, coletivo, considerado, também, como um “direito-dever, ‘direito bifronte’, do qual a coletividade é titular e portadora de deveres associados ao mesmo”⁴⁵.

A ausência ou, ainda, a escassez de participação popular na tomada de decisões relevantes leva à criação de um Estado de Direito ancorado em imposições, não em deliberações conjuntas, levando ao favorecimento e à manutenção dos interesses de uma

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 651**. Repte.: Rede Sustentabilidde. Intdo.: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5853176#informacoes>>. Acesso em 16 fev. 2020.

44 MOREIRA, Oscar Alexandre Teixeira. Participação Popular na Defesa do Meio Ambiente- Uma Abordagem nos Marcos da Democracia Deliberativa. Ed. D’Plácido. 2017. P. 23.

45 Ibid., p. 24.

minoria dominante.⁴⁶ Isso se torna ainda mais grave no âmbito do direito ambiental, no qual, não havendo participação popular de modo a evidenciar as necessidades e vontades coletivas, se cria um cenário de preponderância de interesses econômicos e privados que geram ou, ao menos, contribuem para a violação do equilíbrio ecológico, obstando o desenvolvimento sustentável.⁴⁷ Nesse sentido, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, assim, de um Direito Ambiental legítimo depende, mais do que qualquer outra seara que envolva direitos e deveres coletivos, da mitigação dos interesses econômicos e privados em favor de um interesse geral.⁴⁸

Deve-se mitigar, inclusive, os interesses puramente estatais, uma vez que o Estado

está imerso no subsistema da Política, sujeito ao seu meio regulador (o poder), e influenciado pelo subsistema Economia e seu meio regulador (o dinheiro), que o leva a fazer escolhas nem sempre em consonância com os interesses da sociedade e dos direitos que lhe são inerentes (SOUZA, 2011, p. 9)

Assim, “nota-se a ineficiência da democracia representativa, que se desvia, muitas vezes, do interesse e da necessidade da sociedade”⁴⁹, seja em decorrência da “ineficácia de algumas leis brasileiras, desencadeada pelo enorme distanciamento entre a lei e aqueles a quem ela se destina”⁵⁰, seja porque a participação popular foi res-

46 “A participação cidadã depende de um ordenamento que aponte os caminhos necessários para sua efetiva realização, sob pena da sociedade não estar presente no processo de elaboração e interpretação das normas, fazendo com que se vivencie um Estado de Direito baseado na força ou imposição, figurando, assim, a manutenção do poder por uma minoria dominante” (Ibid, p. 21)

47 SOUZA, Leonardo da Rocha de. Razão Comunicativa e Democracia Deliberativa em Habermas: Fundamentos Teórico-Filosóficos Para A Participação Popular Na Elaboração De Normas Ambientais. 2011, p. 90. Disponível em <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/138297/000776375.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 fev. 2020

48 Para Souza, é necessário “retirar de foco as preferências individuais dadas, como os interesses econômicos e privados, e colocar no foco o desenvolvimento de novas preferências, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado.” (Ibid. p.134).

49 PALOMARES, Débora Salatino Palomares; SANTOS, Livia Zanholo; DI PIETRO, Josilene Hernandez Ortolan. Participação popular em políticas ambientais: a democracia participativa como instrumento de concretização da sustentabilidade ambiental. Rev. Fac. Dir. | Uberlândia, MG | v.46 | n.1 | p.17-44 | jan./jun. 2018, p. 12

50 LOPES, Sarah Maria Veloso freire; LOPES Marcelo Leandro Pereira; DIAS, Eduardo Rocha. Estado Democrático De Direito E Os Instrumentos De Democracia Direta: A Iniciativa Popular De Leis

tringida a procedimentos e formalismos, praticamente resumida ao voto, em detrimento de uma real deliberação e iniciativa por parte dos governados.⁵¹

Não se mostra suficiente uma democracia representativa para a tutela ambiental⁵². A titularidade do direito e o exercício do poder devem estar associados, porquanto, sendo os destinatários das normas e do direito, os cidadãos devem ter participação ativa na tomada de decisões pelas quais serão direta ou indiretamente afetados, sendo essa interferência social o que confere legitimidade ao direito.⁵³

Desse modo, somente uma democracia realmente participativa pode garantir o respeito à vontade dos governados e, com isso, conferir legitimidade ao sistema jurídico e político, de modo que se devem criar espaços para a livre argumentação e reflexão dos cidadãos, sendo que, mais do que destinatários, devem ser entendidos e se auto entender como coautores e intérpretes do direito. Nas palavras de Moreira,

A interação nos processos decisórios irá favorecer a efetivação da democracia quanto mais os sujeitos participarem como autores e destinatários na formação e interpretação da legislação. [...] Deve-se garantir a deliberação autônoma no espaço público, caracterizado por condições de comunicação que permitem o movimento livre de informações, argumentos e possibilidade de contribuição, destinado a essa atividade que promove a construção de uma sociedade democrática.⁵⁴

No Brasil. Arquivo Jurídico. Teresina-PI - v. 4 - n. 1 - p. 25-54 Jan./Jul. de 2017, p. 01.

51 SANTOS, Cleberson Lopes dos; OLIVEIRA, Jussara Martins Cerveira de. Audiência Pública: Instrumento De Efetivação E Aperfeiçoamento Da Democracia Participativa E A Proteção Do Interesse Público. Revista Jurídica de Direito, Sociedade e Justiça. 2017, p. 58. Disponível em <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2348/1812>. Acesso em: 16 fev. 2020.

52 Ibid.

53 Refere-se ao pensamento habermasiano de que "a idéia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito." HABERMAS Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 157.

54 MOREIRA. Op cit. Pg. 24 -26.

No que concerne ao direito ambiental, mais do que participar, é preciso que haja uma participação consciente, devidamente informada⁵⁵ dos problemas ambientais a serem superados e dos objetivos a serem alcançados. Essa é uma condição fundamental para que os cidadãos estejam dispostos a priorizar o bem comum em detrimento de seus interesses privados ao se conscientizarem de que “os recursos naturais são bens de fruição coletiva” e, desse modo, centrem suas vontades na busca por um desenvolvimento sócio-econômico sustentável.⁵⁶

Assim, consequências ambientais decorrentes da predominância de interesses privados, fundamentados principalmente numa lógica economicista, podem ser prevenidas e reduzidas quando os destinatários das normas e decisões administrativas participam de sua elaboração e deliberação “conscientes da necessidade de proteção ambiental, por meio de um procedimento que lhes garanta a livre argumentação”.⁵⁷

Essa possibilidade de também ser autor do direito beneficia não apenas a sociedade civil, que terá meios de expressar seus posicionamentos sobre questões que lhe são inteiramente pertinentes, como também ao próprio Estado, orientando e, consequentemente, facilitando a tomada de decisões relevantes de modo a garantir a eficiência da atuação estatal.

Desse modo, a participação popular não só efetiva e fortalece a democracia, como cria um cenário político-social favorável à governabilidade, na medida em que esta pode ser entendida como “a possibilidade de um Estado determinado alcançar os objetivos próprios num quadro político, econômico e social concreto”⁵⁸ ou, ainda, como “a possibilidade de ação governativa eficaz”⁵⁹.

55 PAES, Luciano Marcos. *Participação Popular e Acesso à Informação Ambiental para Preservação do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado*. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 5, n. 3, jul-dez de 2015, pp. 278-288, p. 280.

56 SOUZA. *Op cit.*, p. 135.

57 *Ibid.* p. 05.

58 Essa é a definição de governabilidade apresentada por Ferreira Filho (1993), o qual prossegue conceituando-a ainda como “a capacidade de o Governo conduzir a máquina estatal e, por meio dela a sociedade, no sentido de objetivos colimados não em tese mas num quadro histórico, determinado, concreto”.

59 Ferreira Filho (2004) ainda define que “O termo governabilidade é um neologismo

Haverá governabilidade quando as decisões estatais forem adequadas às necessidades sociais. Desse modo, a decisão será acolhida pela sociedade, implementada e considerada legítima⁶⁰. Nas palavras de Eli Diniz (1996), a eficiência estatal “não se esgota na agilidade da tomada de decisões, mas requer também capacidade de obter aquiescência aos comandos estatais, de garantir a observância dos preceitos legais e fazer valer as decisões governamentais.”

Assim sendo, a democracia participativa cria um cenário mais propício à governabilidade, pois fornece os subsídios para que a ação governamental seja eficiente, o que se revela evidente no cenário ambiental, uma vez que, “a pluralidade de sujeitos que se utiliza do meio ambiente é capaz de trazer argumentos, opiniões e soluções mais eficientes para sua proteção, pois quem vive o problema tem uma visão diferente do que quem está de fora”.⁶¹

A participação social também influencia no controle da conflitividade social, na redução das tensões entre governantes e governados, pois, existindo espaços de reflexão e argumentação cidadã, as vontades sociais ganham mais transparência, sendo mais fácil contemplar e conciliar os diferentes interesses e orientá-los a um bem comum, assim como, desse modo, proporcionar uma maior satisfação social ante o governo.

Em outras palavras, “a participação permite, ainda, melhor aceitação das normas criadas, pois os destinatários das normas conhecem melhor os problemas ambientais e estarão mais afeitos a bus-

constituído a partir de governar. Governar, do latim *gubernare* (que tinha originalmente o sentido de guiar, conduzir um navio - de *gubernaculum*, leme, depois governar, dirigir etc.), significa ‘dirigir; administrar; reger; conduzir; regular o andamento de; ter poder ou autoridade sobre’ (governar in Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*). Governabilidade quer dizer, pois, possibilidade ou aptidão de conduzir. Mas de conduzir, administrando ou regendo, algo que tem movimento próprio: os negócios públicos. (...) Governabilidade exprime, portanto, a possibilidade de ação governativa eficaz. Quer dizer, traduz a aptidão de um Estado determinado realizar os objetivos a que se propõe - a sua missão - não em abstrato, mas em face de um quadro concreto”.

60 “Em contraposição, gostaria de ressaltar que a ação estatal, ao ser dissociada de alguma noção de bem comum e da garantia da preservação de algum grau de responsabilidade pública na tomada de decisões, perde legitimidade.” (DINIZ. Op. Cit., p. 14)

61 SOUZA. Leonardo da Rocha de. *Direito ambiental e democracia deliberativa*. Jundiaí: Paco, 2013. p. 112 apud PAES, Luciano Marcos. *Participação Popular E Acesso À Informação Ambiental Para Preservação Do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado*. 2015. P. 279

car e aceitar as soluções quando forem seus autores”⁶². E, ainda, “as leis de iniciativa popular possuem maior legitimidade, pois, expressando a vontade social, garantem que serão respeitadas pelos próprios indivíduos de onde emanaram”.⁶³

Assim, a democracia participativa é o regime ideal à identificação dos problemas ambientais, bem como de suas soluções e formas de concretização, uma vez que a participação dos cidadãos auxilia na tomada de decisões importantes de modo que estas sejam as mais adequadas às necessidades dos destinatários, ou seja, da sociedade.

CONCLUSÃO

A análise do conteúdo procedimental da democracia revela que a linha democrática não-hegemônica fortalece a participação direta da sociedade nos processos decisórios estatais, especialmente por meio do estabelecimento de uma esfera pública que proporcione a manifestação franca e transparente do público envolvido em determinada questão, contribuindo para que a solução adotada pelo Estado não seja aquela vislumbrada pelo governante ou pelos centros de interesses sociais mais próximos ao poder, mas sim aquela mais adequada às necessidades sociais.

Ao garantir a participação direta dos interessados e dos destinatários da norma ou da formatação da política pública, chega-se a decisões mais legítimas e mais consentâneas com o atendimento às necessidades coletivas, conferindo uma maior legitimidade às ações e decisões do Estado.

A participação popular não só efetiva e fortalece a democracia, como cria um cenário político-social favorável à governabilidade, na medida em que contribui para a exata identificação do problema e

62 SOUZA. Op cit. 2011. Pg. 90.

63 LOPES; LOPES; DIAS. Op cit. 2016.pg. 53

para a elaboração de uma solução que, a um só tempo, será mais adequada à realidade, obterá uma maior aquiescência aos comandos estatais e garantirá a observância dos preceitos legais.

No âmbito do direito ambiental, a democracia participativa cria um cenário mais propício à governabilidade, pois a pluralidade de sujeitos envolvidos nas discussões será capaz de trazer argumentos e soluções mais eficientes para a proteção ambiental, pois um mesmo problema será enxergado sob diversos os enfoques, a partir do ponto de vista de cada um dos interessados participantes (fático, técnico, científico, político, jurídico etc.).

Os órgãos colegiados ambientais proporcionam essa participação. Entretanto, a partir do Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, do Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019, e do Decreto nº 10.224, de 5 de fevereiro de 2020, o Poder Executivo federal brasileiro vem restringindo a participação social desses órgãos. Por outro lado, tais medidas provocaram reações que redundaram no ajuizamento da ADI nº 6.121, na ADPF nº 623 e na ADPF nº 651.

Assim, tem sido possível perceber uma tendência em se restringir a participação da sociedade civil nos espaços de representação e formulação de políticas públicas ambientais, na contramão das teorias não-hegemônicas de democracia e da necessidade de se conferir à sociedade instrumentos de participação nas decisões relativas ao direito ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BALESTERO, Gabriela Soares. **O resgate da democracia participativa e deliberativa como mecanismo legitimador do exercício dos poderes estatais**. 2012, p.51. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/12.pdf>>, Acesso em: 16 fev. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Ed. Malheiros. São Paulo, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014**. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019**. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 9.812, de 30 de maio de 2019**. Altera o Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, que extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9812.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 9.806, de 28 de maio de 2019**. Altera o Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, para dispor sobre a com-

posição e o funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9806.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 10.224, de 5 de fevereiro de 2020**. Regula a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10224.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta Inconstitucionalidade 6.121**. Repte.: Partido dos Trabalhadores. Intdo.: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aulélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-adi-6121.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Repte.: Procuradora-Geral da República. Intdo.: Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774620>>. Acesso em 16 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 651**. Repte.: Rede Sustentabilidade. Intdo.: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5853176#informacoes>>. Acesso em 16 fev. 2020.

_____. **Exposição de Motivos do Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-Dec-9759-19.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

COSTILLA, Lúcio Fernando Oliver. América Latina entre a governabilidade, a democracia e a nova sociedade civil. **Raízes**, Ano XVIII, Nº 20, novembro/99, pp. 22-32.

CRUZ, Fernanda Natasha Bravo. **Conselhos nacionais de políticas públicas e transversalidade: (des)caminhos do desenvolvimento democrático**. Tese (Doutorado - Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) - Universidade de Brasília, 2017, p. 198.

DINIZ, Eli. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. **Revista do Serviço Público**, ano 47, vol. 120, n. 2, mai-ago 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Governabilidade e revisão constitucional (ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira especialmente em vista da constituição de 1988)**. 1993. p. 01.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e gestão pública. **Ciências Sociais Unisinos**, v. 42, n. 1, p. 5-11, 2006.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. Conselhos Gestores de Políticas Públicas: democracia, controle social e instituições. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - FGV/EAESP, 2003, p. 112.

GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro. **SENADO FEDERAL**, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia - Entre facticidade e validade - Volume II. "Paradigmas do Direito"**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I

JACOBI, Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 2, p. 237-244, Dec. 2007.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Heline Silvini. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-359, jun. 2017.

LOPES, Sarah Maria Veloso freire; LOPES Marcelo Leandro Pereira; DIAS, Eduardo Rocha. Estado Democrático de Direito e os Instrumentos de Democracia Direta: a iniciativa popular de leis no Brasil. *Arquivo Jurídico*. Teresina-PI - v. 4 - n. 1 - p. 25-54 Jan./Jul. de 2017.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

_____. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. **Democracia participativa na Constituição Brasileira**. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176529/000842786.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MOREIRA, Oscar Alexandre Teixeira. **Participação Popular na Defesa do Meio Ambiente- Uma Abordagem nos Marcos da Democracia Deliberativa**. Ed. D'Plácido. 2017.

MORÓN, Miguel Sánchez. **La participacion del ciudadano en la administracion publica**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. 1ª edição. Ed. Initia Via. Belo Horizonte, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, adotada de 3 a 14 de junho de 1992.

PAES, Luciano Marcos. Participação Popular e Acesso à Informação Ambiental para Preservação do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 5, n. 3, jul-dez de 2015, pp. 278-288.

PALOMARES, Débora Salatino Palomares; SANTOS, Livia Zanolho; DI PIETRO, Josilene Hernandez Ortolan. Participação popular em políticas ambientais: a democracia participativa como instrumento de concretização da sustentabilidade ambiental. **Rev. Fac. Dir.** | Uberlândia, MG | v.46 | n.1 | p.17-44 | jan./jun. 2018.

REIS, Fábio Wanderley. **Mercado e Utopia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

_____. Governabilidade, instituições e partidos. pp. 387-417. ISBN: 978-85-99662-79-3. Disponível em SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa, e AVRITZER, Leonardo. "Introdução: para ampliar o cânone democrático". In: **Democratizar a democracia - Os caminhos da democracia participativa**. SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

SANTOS, Cleberson Lopes dos; OLIVEIRA, Jussara Martins Cerveira de. Audiência Pública: Instrumento De Efetivação E Aperfeiçoamento Da Democracia Participativa E A Proteção Do Interesse Público. **Revista Jurídica de Direito, Sociedade e Justiça**. 2017. Disponível em <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2348/1812>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

SINTOMER, Yves; HERZBERG, Carsten; RÖCKE, Anja. Modelos transnacionais de participação cidadã. **Revista Sociologia**. Poorto Alegre, ano 14, n. 30, mai./ago. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Razão Comunicativa e Democracia Deliberativa em Habermas: fundamento teórico-filosófico para a participação popular na elaboração de normas ambientais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 157.

SOUZA, Donaldo Bello de; NOVICKI, Victor. A participação social na questão ambiental: limites e possibilidades nos Conselhos de Meio Ambiente no Brasil. **EccoS Revista Científica**, n. 25, p. 235-249, 2011.

STUCHI, Carolina Gabas. A relação entre democracia e governabilidade no Brasil: uma breve análise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**. N. 3, jan/jul. 2004, pp. 211-233.



GRYECOS LOUREIRO

É Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), onde foi Professor, assim como no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF-DF). Atualmente, é Diretor Jurídico da Diretoria Jurídica da Caixa Econômica Federal e Professor do Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB).

GRYECOS LOUREIRO

A DIGNIDADE DA LEI EM JEREMY WALDRON

RESUMO

A legislação, entendida como expressão máxima da democracia, às vezes encontra reverses na sociedade brasileira. Há hipóteses nas quais uma lei "não pega", o que significa que não detém legitimidade política, popular ou jurisprudencial e, mais do que isso, não é aplicada. O mesmo pode ocorrer em países de tradição de *common law*, em que pese se admita a presunção de que devido ao processo de criação do direito tal lá não pudesse ocorrer. A presente pesquisa utiliza o livro "A Dignidade da Legislação", de Jeremy Waldron, como objeto de investigação e marco central deste trabalho, na medida em que o livro aborda reflexões que a presente pesquisa também se dispõe a enfrentar. A expectativa, portanto, é aprofundar o estudo, comparando uma obra publicada sob a inteligência do sistema *common law* com a realidade de um país de tradição de *civil law*, contribuindo, assim, para o debate acadêmico.

Palavras-chave: legitimidade; direito; legislação.

INTRODUÇÃO

Não é nenhuma novidade, nem mesmo para a comunidade em geral, que, no Brasil, há leis que “pegam” e leis que “não pegam”. Em outras palavras, há leis que são aceitas no ambiente social e voluntariamente cumpridas por todos os convivas, e há aquelas que, de tão ignoradas, são relegadas a uma espécie de ostracismo legislativo.

Sendo o Brasil um país de tradição romano-germânica, de *civil law* propriamente dita, o tema deixa de ser apenas um dado cultural pitoresco e ganha contornos que legitimam a pesquisa dogmática.

Parece-nos evidente que, nesse contexto, existe uma dimensão de permissividade estatal, na medida em que os agentes públicos legitimados a garantir a efetividade da legislação não cumprem seu papel adequadamente.

Nesse sentido, também se pode incluir a atuação do Poder Judiciário, na medida em que, no cotidiano do processo hermenêutico, na rotina dos tribunais brasileiros, são muito comuns o “afastamento”, a “não aplicabilidade”, a “não incidência”, da legislação positivada, em especial quando enfrentada em face do discurso argumentativo de incidência de princípios constitucionais.

A primeira pista que daí exsurge é que, às vezes, a “lei não pega”, nem mesmo perante o grupo de pessoas designadas para garantir o seu cumprimento.

Vale nos satisfazermos com a “sabedoria popular” e considerar que “aqui é assim mesmo”, que “o Brasil não é sério”, que “tudo começou quando sequer respeitamos o Tratado de Tordesilhas”?

Não é objeto deste estudo demonstrar se *vox populi* é, de fato, *vox Dei*, mas apenas e tão somente apontar o holofote para um tema que nos parece merecer alguma reflexão acadêmica.

Por outro lado, o estudo não tem a pretensão de enveredar sobre características antropológicas ou culturais da sociedade brasileira, ou mesmo apresentar alternativas inéditas para a solução do problema aparente.

O recorte que delimita as fronteiras da presente pesquisa, portanto, circunscreve-se a refletir sobre a matriz teórica que confere coercibilidade à legislação, aqui entendida como um estatuto mandamental de conformação social.

A ideia da pesquisa ora apresentada, nesse sentido, é focar nas reflexões de Jeremy Waldron sobre o tema, a fim de encontrar pontos de similitude e de diferença com a realidade brasileira.¹

Considerando que as reflexões de Waldron seguem uma racionalidade típica de um contexto de common law, parece-nos que o tema ganha contornos ainda mais interessantes, na medida em que o Professor externa problemas que todo operador do direito no Brasil também enfrenta em seu cotidiano.

Numa redução pedagógica, e como toda redução sujeita à generalização e à simplificação, podemos considerar que, no ambiente de *civil law*, o direito nasce no Parlamento e é entregue à sociedade. Na *common law*, todavia, o direito nasce do reconhecimento social e é incorporado ao arcabouço normativo estatal.

Daí o grande interesse na obra de Waldron, pois, num primeiro olhar, este problema - desprestígio à legislação - não deveria ocorrer num contexto de tradição anglo-saxônica. Talvez, portanto, estudar as raízes de seu surgimento em um local em que isso não deveria ocorrer nos ajude a encontrar uma melhor compreensão sobre o que acontece em nosso país.

Portanto, a pretensão do presente trabalho é que ele desperte interesse acadêmico e que sirva de estímulo para que novas e melhores reflexões dele surjam.

1 WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Ed. Cambridge University Press. United States, New York. 1999.

1.

Waldron acredita que legislações e legislaturas detenham uma má reputação no campo do direito e da filosofia política e, por isso mesmo, não estariam habilitadas a serem uma respeitável fonte do direito. Isso ocorreria não apenas pela má reputação, mas, ainda mais importante, pelo fato de que, na teoria do direito, não haveria um modelo científico consistente e capaz de demonstrar que a legislação seria uma genuína fonte do direito.²

Seu interesse é refletir sobre a hipótese na qual a legislação poderia, em seus melhores, e talvez ingênuos, momentos, estar plenamente alinhada com a teoria do direito constitucional. Propõe, ainda, que uma adequada imagem da legislação poderia conduzir a uma saudável virada quanto ao nosso conceito do direito em geral.³

Em linhas gerais, Waldron insiste que o legislador precisa ser prestigiado, que precisa ser respeitado.

A questão central que se coloca, portanto, é qual será o limite do prestígio que será dedicado à lei positivada. Se seguirmos o caminho que a maioria dos teóricos costuma trilhar, teremos uma certeza, que é a de que a Constituição certamente será o fundamento de validade, ou seja, será um limite a basilar à atuação do legislador.

Nesse sentido, a atuação do Estado-Juiz que afasta a aplicação da lei, fazendo-o mediante um processo hermenêutico incompreensível para as partes em litígio, parece ter parcela de contribuição para a ocorrência do fenômeno que nos propusemos a investigar.

Parece-nos possível, a toda evidência, que parcela da responsabilidade pelo hiato de credibilidade da legislação tenha alguma medida de relação com a percepção da população em geral - que, em última análise, é a destinatária fina da norma - de que o respeito às regras no Brasil se submete a juízos de "conveniência e de oportunidade".

2 Op. Cit. pg. 1.

3 Op. Cit. pg. 3.

A proposta de Waldron sustenta que, para que possamos compreender como a legislação deve estar alinhada com a teoria do direito constitucional, mirando num conceito de direito em geral, devemos analisar o caso sob o prisma da filosofia analítica do direito e também explorar a tradição política que sustenta o processo de elaboração das leis.⁴

Waldron se propõe a investigar o ponto a partir da perspectiva de três filósofos: Aristóteles, Kant e Locke. Em sua visão, Kant estaria associado aos limites da diferença entre direito e moral. Locke teria proposto um modelo de legislação limitada pelo direito natural e Aristóteles estaria mais associado a um ideal de virtude na política e de um aprimorado papel para o Judiciário, como hoje tem sido defendido.

Nesse sentido, aponta Waldron que, até mesmo de uma forma esnobe, se cristalizou em alguns juristas da *common law* o entendimento de que a lei sequer seria uma forma de direito. Cabe a ressalva, entretanto, de que ele próprio admitiu que sustentar que a lei não seria direito seria algo, no mínimo, controverso e que entender dessa forma revelaria um pensamento envolvido num contexto de realismo jurídico.⁵

Um projeto de lei, por exemplo, não seria direito apenas por respeitar o devido processo legislativo. Seria necessário, principalmente, que revelasse um papel reconhecido pela sociedade. Além disso, somente se tornaria direito após o reconhecimento advindo da interpretação dos tribunais. E ele vai ainda mais longe quando propõe que a lei, sem o reconhecimento pelos tribunais, seria apenas “considerada um pedaço de papel com o selo de aprovação do Parlamento, a lei não é direito, mas apenas uma possível fonte de direito”.⁶

4 Ibidem.

5 Op. Cit. pg. 9.

6 Op. Cit., pg. 10. Considered as a piece of paper with the stamp of parliamentary approval, a statute is not law, but only a possible source of law.

O ponto da discussão não é apenas semântico, pois é claro que, no dia a dia da atividade jurídica, a lei constitui direito, ao menos aos olhos de seu destinatário final. A questão está em trabalhar os conceitos e, neste sentido, Waldron reflete sobre qual seria a razão para que, apesar de a legislação estar presente no cotidiano da atividade jurídica em geral, ainda persista, no campo da filosofia do direito na *common law*, um interesse maior e central no direito que é produzido pelos tribunais.⁷

Waldron critica os que ele chama de positivistas, atribuindo-lhes a expectativa de que só estariam satisfeitos com a legislação após o reconhecimento advindo dos tribunais. Segundo sua análise, tais positivistas assim o fariam por estarem ligados à ideia de norma de reconhecimento proposta por Hart.⁸

Além disso, já que Hart foi mencionado, vale aqui o registro de que o que ele denomina de “hábito geral de obediência” se relaciona não apenas com a obediência ao soberano ou com o processo de negociação interna da política (*baked threats*). Nesse sentido, haveria três grandes diferenças entre obedecer pelo hábito propriamente dito e obedecer por ser uma regra social.

A primeira diferença é que, no hábito, basta que haja convergência factual de comportamento. A segunda é que as regras sociais admitem desvios, por boas razões (*good reasons*), em casos particulares. Por fim, a terceira diferença reside no aspecto interno da regra social, que seria o elemento racional que define as atitudes, os movimentos de acordo com as situações concretas.⁹

Nesse sentido, pode-se perceber que, ao considerar a racionalidade de Hart, Waldron opta por caminhar a partir da trilha por ele proposta, que necessariamente perpassa pela assunção dos pressupostos (de Hart) que envolvem a necessidade de uma espécie de aceitação do direito, de aceitação da lei, pela população em geral.

7 Op. Cit., pg. 11.

8 HART, Herbert L.A. *The concept of law*. Clarendon Law Series. Great Britain. 1991, pg. 97-107.

9 Op. Cit., pg. 50-60.

Além de utilizar a proposta de Hart, Waldron também se ancora em Joseph Raz para exemplificar seu ponto. Em sua visão, a proposta de Raz considera que o que faz um sistema legal ser direito não é o arcabouço legislativo, mas o reconhecimento das instituições (tribunais) que reconhecem a lei como direito, utilizando como base os mesmos fundamentos de validade utilizados para o reconhecimento do sistema propriamente dito.¹⁰

Nas palavras propostas pelo próprio Raz, no ponto específico em que conclui sobre a existência de sistemas jurídicos e se dedica em especial ao chamado princípio de eficácia, “[...] uma interpretação possível é que um sistema existe se há certa proporção entre os casos de obediência a suas leis e o número total de oportunidades para obedecê-las.”¹¹

De forma ainda mais enfática, Waldron apresenta a proposta de Raz, que reconhece que, na perspectiva positivista, o “fundamento de validade” poderia indicar automaticamente o processo legislativo. Porém, segundo Raz, não existiriam razões para que os tribunais se orientassem por essa premissa, mas sim de acordo com a herança das primeiras interpretações advindas das instituições aplicadoras da norma.

Waldron apresenta sua perplexidade com a proposta de Raz, em especial por se tratar de uma referência no positivismo. Era de se esperar, propõe Waldron, que um positivista apresentasse a lei como o centro da teoria do direito. O que ocorre, portanto, é a legislação sendo apresentada como uma contingência filosófica periférica para o direito.¹²

Parece que Waldron sucumbira à tentação, recorrente aos críticos do positivismo, de inferir qual seria o discurso mais adequado “na perspectiva positivista”, culminando em incorrer na chamada

10 Op. Cit., pg. 15.

11 RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. de Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Ed. WMF Martins Fontes. São Paulo. 2012. pg. 271-274.

12 Op. Cit., pg. 15-16.

crítica por atribuição, que, em linhas gerais, consiste em dizer que o outro disse algo (ou, no caso, que deveria ter dito) que, em verdade, não falara.

O que Raz, de fato, parece propor é a substituição do entendimento de que "toda lei é uma norma" para a explicação da "normatividade do direito", que admite que nem toda lei seja norma. Essa explicação consiste em que

[...] o fundamento da existência de tais leis está nos requisitos gerais de evitar a repetição e de não se afastar demais do discurso costumeiro sem uma boa razão. Mais ainda, está nos requisitos de simplicidade e de clareza na exposição das ligações importantes entre as várias partes de um sistema jurídico.¹³

Admitindo que a substituição, de fato, ocorra, ou seja, caso o conceito de normatividade prevaleça, admitindo que existem leis que não são normas, então teremos dois resultados, conforme propõe Raz:

(1) A explicação da normatividade do direito, sendo dependente das relações internas entre as leis, passa a ser baseada no conceito de sistema jurídico, e não no conceito de lei.

(2) A análise do conceito de lei passa a depender da análise do conceito de sistema jurídico, pois a compreensão de algumas espécies de lei depende do entendimento de suas relações internas com outras leis. Elas derivam sua aplicabilidade jurídica de suas relações com outras leis. A análise de estrutura do sistema jurídico é, portanto, indispensável para a definição de "lei".¹⁴

13 Op. Cit. pg. 224.

14 Op. Cit., pg. 226.

Apesar de Waldron ter fixado mira em Raz para sua crítica, parece-nos que Dworkin tenha sido ainda mais enfático quanto a essa proposição. A proposta de que o que interessa para saber o que é o direito é "como os tribunais decidem os casos", por si só, resume muito bem o pensamento de Dworkin a respeito do assunto.¹⁵

Há uma certa ironia na presença da teoria do direito de Hart nesta obra específica de Waldron.¹⁶

Como visto há pouco, Waldron atribui aos positivistas a responsabilidade por aguardarem dos tribunais uma espécie de legitimação para que a lei pudesse passar a ser considerada como direito. A toda evidência, trata-se de clara referência à estrutura de regras primárias e secundárias proposta por Hart.¹⁷

Ocorre que Dworkin também atribuiu aos positivistas a crítica por considerarem, em sua visão, que o direito seria um sistema constituído apenas por regras, ignorando, em especial, a existência dos princípios.¹⁸

Logo, tanto Waldron quanto Dworkin atribuem ao positivismo, especificamente na pessoa de Hart, algumas "responsabilidades".

Conforme acima exposto, Dworkin propõe que o direito é a) um sistema de normas composto por regras e princípios e b) aquilo que os tribunais o disserem. Digno de nota que Dworkin jamais se afirmou um positivista e que, ademais, nós não detemos nenhuma pista que sugira que o professor norte-americano o seria.

Waldron, por sua vez, afirma que a) as leis somente seriam legítimas após reconhecidas por uma corte judicial e b) que esta proposição adviria da inteligência positivista.

15 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Ed. Fontana Press. Great Britain. 1986. pg. 1.

16 Op. Cit., pg. 7-35.

17 Op. Cit., pg. 97-107.

18 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press - Cambridge, Massachusetts, 1977. pg. 22. "Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these Standards that are not rules."

Ao que tudo indica, Dworkin e Waldron não convergem quanto à "responsabilidade" dos positivistas, em especial à responsabilidade de Hart nesse sentido.

De toda forma, o que nos interessa para concluir o tópico é a necessidade, indelevelmente impregnada na racionalidade da *common law*, de que as leis só se tornam, de fato, direito após o referendo jurisdicional.

Nesse sentido, Waldron deixa claro que "[...] a teoria do direito permanece no âmbito dos tribunais, da racionalidade dos juízes, e isso é dado como o crescimento orgânico, espontâneo e implícito da *common law*".¹⁹

2.

Waldron propõe, também, que os juristas ficariam mais confortáveis com parlamentos que dissimulassem a sua intenção em editar as leis do que com aqueles colegiados que deliberadamente indicassem a intenção de regular condutas.

Segundo o professor propõe, a questão estaria na dimensão da autoridade, pois, nesse caso, a legitimidade que tivesse de ser reconhecida o seria para um governo regulado pela soberania da legislação e não pela soberania da vontade de seus redatores.

Aqui, novamente, fica evidente a presença do *locus* racional no sistema da *common law*. A lei considerada e reconhecida como a expressão da vontade popular seria diferente daquela criada por legisladores.

A dúvida que se coloca é que, sendo os legisladores representantes legitimamente eleitos, essa questão não estaria dirimida? A questão da legitimidade parece ser o caminho verificado pelos teóricos para identificar, para calibrar o *quantum* de aceitação popular sobre uma norma.

19 Op. Cit., pg. 23.

O risco apontado por Waldron seria de que, a manter esse entendimento, ou seja, a manter o foco na legislação como uma fonte do direito, a consequência seria como datar a sua identificação e vinculá-la a um especial momento do Parlamento, da legislatura.²⁰

Nesse sentido, não há como ignorar – e, por isso, ousamos acrescentar à proposta de Waldron – que não apenas o momento histórico e a formação do colegiado deveriam ser consideradas, mas que, primordialmente, a circunstância política daquele recorte da história deveria ser levada em consideração.

Relacionado ao tema, Waldron acredita que, quando não concordamos com o direito "positivado", num ambiente de *common law*, poderíamos culpar a herança histórica, mas que, quando não concordamos com a legislação, culpamos pessoas em específico.

O motivo da maior legitimidade dos tribunais, portanto, estaria no formalismo do processo de reconhecimento do direito, ou seja, estaria no formalismo, na respeitabilidade, e não exclusivamente num aspecto político.

E já que essa seria, em sua visão, uma solução adequada, o efeito reflexo seria a criação de uma certa resistência quanto à lei criada nos corpos legislativos.

O ponto central do seu raciocínio, portanto, é que Waldron considera essencial que a teoria do direito possa descrever qual a racionalidade jurídica que legitima o processo de criação do direito. Dessa forma, ele parece acreditar que isso seja mais facilmente identificável, mais facilmente compreendido pelos destinatários finais quando o direito é reconhecido pelos tribunais do que quando é proposto pelos colegiados políticos.²¹

Waldron vai ainda mais longe e passa a questionar nossa habilidade em entender qual o processo argumentativo existente no Parlamento. Ele se propõe a demonstrar o seu ponto a partir de um

20 Op. Cit., pg. 24.

21 Op. Cit., pg. 24-25.

caso ocorrido na Inglaterra, em 1992, conhecido como o processo *Pepper vs. Hart*²², que foi o primeiro caso do direito inglês em que a corte recorreu aos debates ocorridos no Parlamento quando do processo político da legislação aplicável ao caso.

A inovação foi marcante, pois, conforme o acordo constitucional de 1689, não haveria possibilidade de que os procedimentos adotados na *House of Commons* pudessem ser desafiados perante uma corte judicial. Essa espécie de privilégio parlamentar surgiu para prevenir perseguições políticas similares à ocorrida com John Pym²³, o que garantiria a independência e a segurança do Parlamento.

A proposta de Waldron, portanto, parece estar baseada no ceticismo quanto à capacidade do Parlamento de produzir direito. Por mais que o livro se dedique a encontrar a dignidade da lei e buscar justificativas teóricas para sua legitimação, fato é que todo o seu texto está impregnado de um desânimo quanto à possibilidade de que isso efetivamente ocorra, ou seja, com a possibilidade de que o Parlamento seja capaz de produzir o direito, ou, ao menos, produzir um direito de mesmo quilate que aquele advindo dos tribunais.

Waldron chega mesmo a considerar que o argumento de privilégio do Parlamento seria lúdico e não acredita que valha a pena verificar os arquivos sobre as discussões havidas durante o processo legislativo, como uma forma de compreender a motivação que conduziram os parlamentares.

Ele não acredita que essa investigação poderia ser algo útil, e nem mesmo algo sensato a ser feito, pois pressupõe que as motivações dos legisladores seriam, sempre, inteiramente políticas e, portanto, por serem políticas, nem sempre seriam reveladas às claras. Daí, portanto, Waldron conclui, e agora mais francamente, que esse seria mais um argumento para demonstrar a inadequação da teoria da legislação.²⁴

22 *Pepper v. Hart* 3 W.L.R. (1992).

23 N.A.: John Pym era um parlamentar inglês, líder do Long Parliament e um crítico dos reis James I e depois Charles I. Ele foi um dos cinco membros do Parlamento cuja tentativa de prisão pelo rei Charles I na House of Commons da Inglaterra em 1642 provocou a Guerra Civil inglesa.

24 *Op. Cit.*, pg. 26.

Admitindo como premissa que essa visão cética seja a adequada, Waldron passa a considerar como razoável a ideia de processo legislativo.

Assim, ele entende que legislar seria um processo intencional e que toda a compreensão do seu conteúdo, do seu sentido, deveria advir do texto no momento de sua promulgação. Buscar a “intenção do legislador” não nos forneceria nenhum elemento hermenêutico que nos habilitasse a encontrar comandos, mandamentos, além do próprio texto.

Em outras palavras, nós não poderíamos fazer como fazemos numa conversa entre duas pessoas. Não dá para perguntar o que a pessoa quis dizer quando não tivermos entendido o que houver sido dito.²⁵

Em linhas gerais, Waldron propõe que essa discussão não faz sentido, na medida em que as leis não são elaboradas por indivíduos, isoladamente, mas sim por centenas de legisladores, com opiniões radicalmente diversas, e mesmo politicamente opostas.

Waldron admite que os legisladores possuem expectativas e esperanças próprias, mas não considera possível que haja uniformidade de compreensão e nem que seja possível indicar quais seriam especificamente as intenções de cada um.

Aqui, nos parece que Waldron talvez tenha tangenciado o ápice de seu ceticismo no âmbito da obra analisada, na medida em que afasta integralmente a possibilidade de que os políticos externem suas verdadeiras intenções.

Parece-nos que a ideia norteadora do pensamento de Waldron, e que está subjacente, implícita, em seu texto, é que todas as leis promulgadas pelo Parlamento seriam, sempre, objeto de intensa deliberação e que o produto final seria o amálgama de centenas de opiniões diversas.

25 Op. Cit., pg. 26-27.

Se estivermos corretos, na inferência advinda da leitura de seu livro, talvez o professor tenha ido um pouco longe demais ao ignorar a possibilidade de que o parlamentar se manifeste de acordo com sua própria consciência e/ou alinhado com sua base eleitoral. Em síntese: talvez, haja certo exagero, ou mesmo alguma ingenuidade na suposição de Waldron, ou, talvez, a ingenuidade esteja em nossa crítica. Apesar de estar convicto de que suas conclusões são adequadas para a terra da Rainha, Waldron aponta que, nos Estados Unidos, outro país de tradição quase majoritariamente de common law, as coisas são um pouco diferentes.

Segundo ele, os advogados americanos investem muito dinheiro e muitas horas de trabalho investigando os registros do Congresso a fim de encontrarem qualquer resto de documento, discurso, memorando contemporâneo às discussões do projeto de lei, que possam dar suporte à tese que pretendem sustentar perante os tribunais.

Waldron considera essa prática americana como controversa, na medida em que acha o equivalente a encontrar uma agulha no palheiro.²⁶

A conclusão a que Waldron pretende chegar é a de que no cenário que ele descreve, ou seja, no cenário em que não seria possível identificar a intenção do legislador, a filosofia do direito não seria capaz de dar respostas para os problemas práticos de interpretação das leis.

Além disso, Waldron novamente sucumbe à tentação que parece ser irresistível para algumas nuances da pesquisa jurídica, ou seja, sucumbe a tentação de atribuir a culpa à teoria positivista do direito. No caso específico, residiria nos positivistas a responsabilidade pelo desinteresse da pesquisa jurídica no assunto.²⁷

26 [...] The quest for legislative intent has been described as something more like searching for a friendly face in a crowd than discovering a canonical basis for interpretation". (Op. Cit., pg. 28)

27 Op. Cit., pg. 28-29.

Novamente, questionamos as conclusões de Waldron, na medida em que nos parece que essas conclusões somente se sustentariam se todas as leis editadas pelo Parlamento sofressem de alguma espécie de déficit de credibilidade, de legitimidade ou de aceitação pela população e pelos aplicadores do direito.

Em nossa percepção, não é isso o que ocorre. Pelo contrário, nos parece que nosso ordenamento jurídico, quando genericamente considerado, encontra apoio popular. Há, inclusive, algumas espécies legislativas - em especial, as que proponham o recrudescimento da legislação penal - que, de fato, são celebradas como o verdadeiro direito sendo positivado.

Com isso, não se pretende prestigiar o referendo popular ou o exemplo que utilizamos. Nosso ponto é deixar claro que, em geral, a legislação é reconhecida como válida e que a sociedade brasileira se submete ao ordenamento jurídico vigente. A maior evidência de que o ordenamento é respeitado, em nosso sentir, é a repercussão que se verifica quando uma lei "não pega". São cotidianos os exemplos do enfoque dado nos noticiários quando parcela da sociedade ignora a existência de determinada disposição legislativa.

3.

Waldron passa, então, a investigar as matrizes filosóficas sobre o tema e mira em Kant, Locke e Aristóteles.

Em Kant, especialmente por sua proposta de autonomia da razão moral em face do direito. Em Locke, como o filósofo do direito natural e este como o limite da lei. Em, Aristóteles (e Rawls) especialmente em sua visão da virtude política.

Como resultado de sua pesquisa, Waldron afirma ter encontrado fundamentos para a necessidade de uma legislação, para identificar o contributo de um parlamento plural e para justificar o procedimento legislativo majoritário.²⁸

28 Op. Cit., pg. 162-163.

De toda forma, Waldron considera que a comparação entre a legislação e os tribunais, bem como o problema do controle de constitucionalidade, não são as únicas razões para buscarmos uma teoria filosófica sobre o processo legislativo, considerado como um meio para a criação do direito.

Para Waldron, a principal razão para buscarmos uma espécie de teoria da legislação estaria na necessidade de desenvolver um adequado conceito sobre a autoridade da lei e sobre a interpretação da lei.

Tais conceitos precisariam ser desenvolvidos a fim de que pudéssemos responder a algumas perguntas, que, em linhas gerais, podem ser sintetizadas da seguinte forma: como consagrar a legislação como uma fonte do direito digna, a despeito do processo legislativo? Como devemos interpretar a lei e recebê-la como direito?

Para responder a tais questionamentos, Waldron considera necessário entender o que ele chama de princípio majoritário, ou seja, o princípio que dá validade e legitimidade às decisões legislativas tomadas de forma não unânime.²⁹

Seja qual for o ângulo, o fato é que o comportamento, a dinâmica do Parlamento e do debate democrático compreende uma miríade de aspectos, argumentos e motivações que fazem com que a decisão final, a lei a ser promulgada, represente um amálgama de interesses e objetivos que não podem ser rotulados ou analisados como se fossem a manifestação de uma única racionalidade.

29 Op. Cit., pg. 129.

CONCLUSÃO

De toda forma, Waldron considera que o respeito à legislação seria, em parte, um reconhecimento pelos avanços da sociedade moderna, especialmente em termos de atuação cooperativa, coordenada, coletiva, etc.

Segundo Waldron, muitas pessoas acreditam que a sociedade, em geral, deva atuar de forma coletiva. De fato, há várias conquistas que podem ser alcançadas coletivamente, como proteger o meio ambiente, gerir um sistema de saúde, garantir a operacionalidade do sistema econômico, etc. Agir em conjunto, entretanto, não é tarefa fácil, especialmente quando as pessoas têm interesses e projetos individuais sobre o mesmo assunto. Quando se realiza, portanto, se transforma em uma grande conquista e, quanto maior for a conquista, maior será o número de pessoas que deverão agir colaborativamente.³⁰

Apesar de todo o ceticismo externado no livro, Waldron afirma que sua estratégia seria utilizar argumentos de teoria política para fortalecer o argumento de que a legislação advinda de uma assembleia eleita poderia ser fonte de direito.³¹

Nesse ponto, ele se utiliza de Hobbes e Locke para sustentar sua posição, pois ambos defendem o princípio da decisão-majoritária (*majority-decision*) para as escolhas legislativas. Em Hobbes, por defender o princípio para a escolha do soberano.³² Em Locke, por defender o princípio para calibrar a legislação e para a definição do processo legislativo, fazendo com que a forma de governo seja uma perfeita democracia.³³

30 Op. Cit., pg. 156-157.

31 Op. Cit., pg. 162.

32 HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, pg. 188-189. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

33 Op. Cit., pg. 163-164.

O que Waldron pretende dizer, em síntese, é que Hobbes e Locke não tratam sobre a legislação propriamente dita, mas sim sobre a necessidade de que o processo legislativo reflita a própria noção de sociedade política.

Waldron não ignora a ponderação de que Locke deve ser analisado dentro do contexto contemporâneo à Inglaterra do século XVII. Nesse sentido, era óbvio que Locke defendesse a participação popular irrestrita, diante da situação social e da estrutura política daquele tempo. A proposição de Locke sobre a maioria na escola política era um recorte em seu conceito sobre legitimidade política. Não seria, portanto, uma proposta sobre uma adequada forma de organização social.³⁴

Waldron emenda com ironia ao dizer: "Se pensamos, então, que o processo legislativo majoritário é uma coisa boa, isso não terá ocorrido devido à proposta do grande John Locke".³⁵

Sua conclusão, portanto, é a de que

Estas não são profecias, nem propostas políticas, nem emendas constitucionais; são argumentos embutidos na rica tapeçaria de nossa tradição de teorizar sobre política, instâncias passadas da própria atividade em que nos envolvemos quando especulamos em nossa próprias vozes sobre se os tribunais são melhores do que as legislaturas para lidar com questões de princípio controversas. Essas questões não surgiram ontem, e vale lembrar - particularmente na teoria do direito - que argumentos foram feitos e respondidos nessas áreas na teoria política por centenas, até milhares de anos.³⁶

34 Op. Cit., pg. 164.

35 So if we think that majority legislation is a good thing, we are not entitled to think this because the great John Locke proposed it.

36 "These are neither prophecies, nor policy proposals, nor constitutional amendments; they are arguments embedded in the rich tapestry of our tradition of theorizing about politics, past instances of the very activity in which we engage when we speculate in our own voices about whether courts are better than legislatures at dealing with disputed matters of principle. These issues did not arise yesterday, and it is worth reminding ourselves - particularly in jurisprudence - that arguments have been made and answered in these areas in political theory for hundreds, indeed thousands of years." Op. Cit., pg. 165.

O objetivo da presente pesquisa foi especialmente trazer luz para um debate que tem o potencial de suplantar as fronteiras da investigação puramente jurídica. A conclusão de Waldron, enfim, é a de que o livro se trata de uma tentativa de “fertilização cruzada”. Seu valor é trazer a teoria do direito um pouco mais próxima do que usualmente ocorre, da variedade de teorias políticas existentes, porque a legislação deve ser encarada como um ramo da política, independentemente da opinião dos teóricos do direito.

Da mesma forma, Waldron tem a expectativa de que o livro também ajude os teóricos políticos a perceber que a filosofia jurídica não está além de seu domínio, mas sim que ambos os estudos são bem familiares.³⁷

Legitimidade e fundamento de validade do direito são temas que, desde sempre, nortearam e foram objeto de investigação para os teóricos do direito, para os filósofos do direito e também para sociólogos, antropólogos, cientistas políticos, etc.

A conclusão natural que se extrai, portanto, é que a investigação, se se pretender ser, de fato, exauriente, deverá necessariamente desbordar da segurança autopoietica do campo do direito e mergulhar fundo no sistema político.

Povo, legitimidade, validade, legislação e direito, como elementos para se compreender o fenômeno da aceitação social da legislação, não são temas cuja definição possa ser apontada considerando apenas a racionalidade jurídica.

37 Op. Cit., pg. 166.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Reino Unido: Ed. Fontana Press, 1986.

HART, Herbert L.A. **The concept of law**. Reino Unido, Clarendon law series 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Trad. Maria Cecilia Almeida. Rev. de Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Nova York: Ed. Cambridge University Press, 1999.



HENRIQUE SMIDT SIMON

É Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Foi Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF). Atualmente, é Advogado e Professor do Mestrado em Ciência Política e da Graduação em Direito do Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (EUROAM). Além disso, é Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

CRISTIANE DAMASCENO LEITE

É Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), onde atua como Professora. Além disso, é Advogada, Vice-Presidente da seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/DF) e Professora do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

HENRIQUE SIMON E
CRISTIANE LEITE

DE TRIBUNAL DE CONSTITUCIONALIDADE A TRIBUNAL DE MORALIDADE: ALGUNS EFEITOS DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

RESUMO

As democracias liberais dependem de equilíbrio de poderes institucionais delicados. Violado o equilíbrio, a proteção de direitos fundamentais, de minorias, da participação popular na política está em risco. Além disso, a governabilidade fica mais complicada. Numa democracia de consenso, os acordos políticos são naturais e a estabilidade do sistema depende deles. Como essas condições são conteúdo constitucional, o melhor meio de protegê-las é a jurisdição constitucional. No caso do Brasil, que é uma democracia de consenso organizada em República Federativa, o sistema de governo desenvolveu-se em presidencialismo de coalizão. Isso significa que a governabilidade depende de acordos políticos que devem ser feitos dentro dos limites constitucionais e legais, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a fiscalização do modelo democrático. Em razão de desvios cometidos nessa lógica de negociação de interesses, o tribunal tem tentado corrigir a política nacional, moralizando-a e modificando-a (conforme suas percepções). Esse comportamento tem levado a corte a extrapolar seus limites de atuação e a gerar reações dos demais

poderes, tornando-se mais um fator de instabilidade política. Essas consequências podem ser vistas em algumas decisões relevantes. Para sustentar tais percepções, este estudo caracteriza: os conceitos de democracia liberal e de consenso; a forma como a presidencialismo de coalizão é a resposta brasileira para realizar democracia; a função política da jurisdição constitucional. Por fim, levanta algumas decisões relevantes para, em caráter exploratório, indicar que o STF tem gerado instabilidade na democracia brasileira.

Palavras-chave: democracia liberal; presidencialismo de coalizão; jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

A subida de Donald Trump ao poder e o *Brexit* deixaram observadores políticos e juristas em alerta sobre as capacidades dos sistemas constitucionais de manterem os regimes democráticos. Isso porque Estados Unidos e Inglaterra são dois exemplos de democracias liberais longevas e estáveis que se viram no centro da ascensão dos discursos populistas, caracterizados, entre outros elementos, pelo recurso ao protecionismo e por apelos de caráter nacionalista, além do conservadorismo moral que tende a vir com eles.

Esses dois exemplos são importantes não apenas porque vêm de países sem precedentes ditatoriais, mas porque mostram que a desestabilização das estruturas constitucionais democráticas não é um fenômeno de Estados periféricos, estando de volta ao centro do chamado Ocidente Cultural. Torna-se essencial olhar para as estruturas institucionais das constituições dos países democráticos e pensar se a crise que se tem anunciado envolve as próprias condições do modelo construído após a 2ª Guerra Mundial, podendo não ser algo superficial e passageiro.

Como as estruturas constitucionais são a forma jurídica interna de cada Estado, os sinais comuns compartilhados de possíveis crises devem servir de alerta para observação e críticas das condições particulares de cada democracia. Assim, as ideias gerais de tipos de democracia e os sistemas institucionais do constitucionalismo moderno,

bem como suas crises e fracassos, devem servir de guia para que os observadores de Estados democráticos possam discutir e avaliar a robustez de suas instituições e os riscos que correm.

Nessa linha, é importante considerar que os sistemas constitucionais tendem a criar condições específicas e ajustadas à sua história e sociedade de realização de modelos gerais de equilíbrio político que permitem a efetivação da democracia. No caso específico do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em reação à ditadura militar vivida no país entre 1964 e 1985, buscou moldar uma forma de Estado Democrático de Direito com amplo rol de direitos fundamentais, forte pluralismo político e social e delicado equilíbrio institucional na distribuição das funções dos três poderes clássicos.

Essa relação institucional delicada, voltada para a realização de direitos fundamentais de todas as espécies, é fundamental para a manutenção da democracia brasileira. Esse regime democrático se assenta sobre um presidente forte (com várias funções e competências, além de ampla representatividade populacional); Legislativo bicameral amplo, formado por eleições proporcionais (Câmara dos Deputados) e majoritárias (Senado Federal) e com muitas funções específicas; Judiciário com poderes de controle de constitucionalidade que culmina num tribunal constitucional de competências amplas; e um sistema processual e recursal que permite grandiosa quantidade de demandas. Além disso, o pluralismo social se reflete no pluralismo político, cuja prática e cujo sistema eleitoral levaram à pulverização de representações partidárias. Tudo isso leva a um sistema de governo do tipo presidencialismo de coalizão com contornos próprios, mas não necessariamente inusitado ou disfuncional.

É necessário reconhecer, contudo, que, quando as instituições políticas escapam (e não são trazidas de volta a tempo) dos seus papéis de freios e contrapesos, a ordem democrática corre perigo, com tendências a soluções imediatistas e voluntaristas. Muito se tem falado, no Brasil, sobre os problemas e limites do nosso presidencialismo de coalizão com foco nos comportamentos dos poderes Executivo e Legislativo. Porém, pouca atenção tem sido dada ao papel do Supremo Tribunal Federal para o funcionamento do equilíbrio político institucional e como certas decisões suas demonstram alinhamento político que não lhe cabe e efeitos deletérios para a democracia bra-

sileira, causando ou instigando o desgaste do modelo estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Em muitos casos, isso acontece quando a corte constitucional pretende corrigir os poderes políticos com base em argumentos ou posicionamentos baseados em moralidade, esquecendo-se de que, também, ela é órgão político.

Tal posicionamento da Suprema Corte brasileira torna-a mais um fator de desequilíbrio político na frágil relação entre Executivo e Legislativo. Além do desgastado sistema de negociação política típico do nosso presidencialismo de coalizão e de suas tensões inerentes, o Supremo Tribunal Federal, ao pretender corrigir decisões políticas com base em moralidade (ou moralismos), vira agente relevante no alinhamento e nas negociações para a decisão política, o que não lhe cabe.

O mencionado desequilíbrio pode ser visto nos efeitos das decisões, nas crises conjunturais que as seguem, nas reações do Poder Legislativo (principalmente naquelas que levam a mudanças casuísticas na Constituição, simplesmente para superar decisões mal refletidas do STF) e no enfraquecimento e imobilização do Poder Executivo (que, muitas vezes, após árdua negociação com o Legislativo, vê suas propostas impedidas pelo Poder Judiciário a partir de uma leitura moral, e não política, do direito constitucional). Essa postura do tribunal constitucional brasileiro ainda pode gerar outro desvio, também de extremo perigo: a busca de alinhamento direto entre Executivo e Supremo Tribunal Federal para que a governabilidade possa escapar do controle democrático exercido pelo Poder Legislativo.

É preciso afastar o senso comum de que o presidencialismo de coalizão é sistema de governo de troca de favores e de que isso é algo típico brasileiro. Também é preciso restringir o discurso moralista de que o direito constitucional é fator de correção de desvios da nossa imoralidade política e de que a leitura correta da Constituição (de alguma forma vista como monopólio do STF) pode corrigir mazelas institucionais do país. A restrição das intervenções “moralizantes” da corte constitucional e a retomada de seu papel político de manutenção do equilíbrio institucional brasileiro são fundamentais para a qualidade da democracia no Brasil.

A proposta desse artigo é dar início à análise acima indicada, por meio de seleção inicial de alguns casos e circunstâncias que permitem reforçar a hipótese de que julgamentos baseados em mo-

ralidade estão entre as causas da disfuncionalidade do nosso presidencialismo de coalizão. Para tanto, busca-se indicar as principais características da democracia liberal, bem como as condições e indicadores da qualidade de seu funcionamento. A seguir, retoma-se a discussão sobre o papel político de equilíbrio institucional a ser exercido pela jurisdição constitucional, frisando que o controle de constitucionalidade é recurso fundamental para a qualidade da democracia, não para a moralidade política ou social. Por fim, são levantados casos no Supremo Tribunal Federal que podem servir como indicadores de que a visão moral do tribunal é um dos fatores que têm tornado disfuncional a nossa democracia, não de melhora ou correção. Além disso, indica-se como, a partir da pretensão de corrigir a política nacional, o STF transformou-se em mais um elemento participante da coalizão de governo, algo perigoso para a democracia do país.

1. DEMOCRACIA LIBERAL E EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL: DEMOCRACIA DE CONSENSO

A filosofia e o constitucionalismo modernos conjugaram e transformaram em truísmos duas coisas que nem sempre são compatíveis: a soberania da vontade do povo (ROUSSEAU, 2012) e a possibilidade da razão moral abstrata e a *priori* (KANT, 2005). Ocorre que ambos estavam conscientes das limitações políticas de seus pressupostos universais: Rousseau sabia que o povo podia errar (ninguém pode impedi-lo de causar mal a si mesmo) e precisava de um princípio de correção, a chamada vontade geral, que é sempre reta¹. Já Kant era ciente de que a razão abstrata universal poderia regular condutas individuais, mas não poderia coagir a escolha correta ou seus efeitos externos, faltando um princípio político de decisão, a ser tomada apenas por homens livres e racionais por meio de leis gerais e abstratas².

Fato é que os dois princípios liberavam a sociedade moderna das amarras do Antigo Regime: a soberania do povo o libertava da opressão dos governantes e a razão moral libertava o indivíduo da opressão dos costumes irracionais e dos preconceitos e da opressão ética imposta pela Igreja Católica e pelo já estabelecido protestantis-

1 Ver Rousseau (2012).

2 Ver Kant (2005). Uma apresentação do problema político em Kant pode ser vista em Bobbio (1997).

mo (ambos ainda determinavam a visão de mundo dos governantes europeus). O princípio da liberdade política coletiva para a participação nos processos de decisão e da liberdade individual de escolha dos próprios valores³ formaram as bases do que pode ser chamado de filosofia do constitucionalismo moderno.

Esses dois princípios (soberania coletiva e racionalidade individual), contudo, poderiam entrar em choque, pois a racionalidade individual traz o risco de querer corrigir as ações coletivas e estas podem suprimir a individualidade. A saída da modernidade foram os direitos naturais (a presunção de que a vontade do povo era realizar direitos individuais) e a separação de funções de governo, para que ninguém ficasse acima da ordem institucional, de modo que o governo seria exercido institucionalmente, não com base na subjetividade de quem governa. Assim, ao constitucionalismo moderno baseado na razão abstrata de Kant e na soberania popular de Rousseau, deve-se acrescentar os elementos do liberalismo político clássico: direitos naturais individuais e equilíbrio de funções de governo, previstos tanto em Locke como em Montesquieu⁴. Essas características foram institucionalizadas em documentos históricos do constitucionalismo, tais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França⁵.

As características elencadas do constitucionalismo são as mesmas que permitiram o desenvolvimento da democracia moderna, hoje vista como melhor modelo de equilíbrio político e social. Também chamado de democracia liberal, esse regime político é o único (até o presente momento histórico) a permitir controle de abusos de poder (por meio da separação dos poderes e submissão à ordem jurídica - o conceito geral de *rule of law*⁶); representação de vontades e visões de mundo plurais (por meio do sistema partidário e representativo de governo); participação direta da população e controle social (com o sufrágio universal; mecanismos como iniciativa de lei popular, referendo e plebiscito e exigência de prestação de contas e transparência por parte dos poderes públicos); qualidade de vida ou

3 Com a crença de que a razão sempre permite que cada um encontre o "correto universal".

4 Ver Locke (2003) e Montesquieu (1995).

5 Para uma narrativa das características do constitucionalismo moderno, veja-se Horst Dippel (2007).

6 Para a construção histórico-teórica da ideia de *rule of law*, entendido como submissão ao direito positivo em sentido amplo e a sua especificidade na relação entre direito e Estado nas tradições do constitucionalismo anglo-americano, francês e alemão, veja-se Michel Rosenfeld (2001).

condições mínimas de sobrevivência (direitos sociais); preservação da liberdade e autonomia individuais, proteção de minorias e compensação de desigualdades para grupos em situação de vulnerabilidade (direitos individuais, culturais e igualdade material).⁷

Obviamente, um Estado possuir engenharia constitucional democrática não garante, por si só, que as características acima elencadas estarão todas presentes. A qualidade da democracia depende de estruturas constitucionais adequadas às suas características sociais e história política, bem como às condições fáticas de exercício do poder. Não há um modelo certo, cada Estado deve montar, dentre os modelos gerais e as experiências institucionais disponíveis, suas instituições políticas conforme suas características e necessidades⁸. Assim, para a análise do bom funcionamento do sistema político, é possível enumerar um conjunto de indicadores de verificação da qualidade da democracia: *rule of law*; prestação de contas (*accountability*); participação política dos cidadãos dentro e fora das instituições; concorrência entre as partes e entre grupos de interesse; respeito pelos direitos que preservam as liberdades; expansão da igualdade política, social e econômica; capacidade das instituições de fornecer respostas que atendam satisfatoriamente aos cidadãos e à sociedade civil⁹. Quanto maior a efetivação desses índices, mais se pode dizer que o poder está controlado e que a vida social está ordenada em benefício de todos, com a manutenção das singularidades de cada um.

Há, basicamente, duas formas em que as democracias se organizam para atingirem seus objetivos: a majoritária e a de consenso. Suas características podem ser separadas em dois eixos que identificam o funcionamento dos poderes institucionais¹⁰. O primeiro deles relaciona o Poder Executivo com os partidos e a formação do Legislativo, cujas características dos modelos majoritário e consensual podem ser expostas pelos seguintes pares dicotômicos: a) Poder Executivo concentrado em gabinete monopartidário (garantido pela maioria formada) versus distribuição do Poder Executivo em coalizão

7 Robert Dahl (2001) ainda acrescenta a essas características dos regimes democráticos o fato de que eles têm menos propensão à guerra e têm resultados econômicos mais prósperos.

8 Sobre os modelos políticos das democracias e suas limitações, veja-se Giovanni Sartori (1996).

9 Esses indicadores foram retirados de Leonardo Morlino (2016).

10 A divisão das democracias nos modelos mencionados, a identificação dos eixos de funcionamento e as referidas características enumeradas em pares dicotômicos são feitas por Arend Lijphart (2019).

multipartidária; b) Executivo dominante na relação com o Legislativo *versus* equilíbrio entre os dois poderes; c) bipartidarismo *versus* multipartidarismo; d) eleições majoritárias sem preocupação de representação proporcional *versus* eleições proporcionais; e) livre competição de grupos de interesses pluralistas *versus* grupos de interesse coordenados que defendem seus grupos constituintes (“corporativistas”) e que buscam acordos. O segundo eixo estabelece a relação de poder distribuído territorialmente, ou seja, estados federais ou unitários, com as seguintes características para os modelos majoritário e consensual: a) governo centralizado *versus* descentralizado; b) Poder Legislativo unicameral *versus* bicameralismo, com duas casas fortes, mas constituídas de forma distinta; c) constituições flexíveis *versus* constituições rígidas; d) palavra final sobre o conteúdo da constituição pertencente ao legislativo *versus* sistema de revisão constitucional por tribunais; e) bancos centrais dependentes do executivo *versus* bancos centrais independentes ¹¹.

Dadas as características da democracia liberal, seus indicadores de qualidade e a divisão em dois tipos principais, é possível caracterizar e analisar o modelo de organização constitucional da democracia brasileira, o que permite identificar algumas de suas peculiaridades. O Brasil é uma república federal presidencialista, com chefe de governo e Estado forte, dotado de muitos poderes e competências constitucionais, ainda que controlado pelo Legislativo. Além disso, sua forte representatividade nacional (eleição por meio da maioria absoluta dos votos válidos dos eleitores – quase 150 milhões –, com sufrágio universal) e o costume político centralizador do país dão a expectativa de decisão política com capacidade de imposição de sua linha de governo, não sendo incomum a visão comezinha de que é o Congresso Nacional o responsável por fracassos do governo¹².

11 Comentando as condições políticas e sociais que permitiram o surgimento do totalitarismo, Hannah Arendt (1989) considera que os países bipartidários teriam condições menos favoráveis ao fenômeno porque os partidos tendem a representar melhor os interesses das massas com formações de expectativas das maiorias e maior capacidade de identificação com as demandas dos eleitores, sem a dispersão e exclusão de grupos não representados por um multipartidarismo que representa apenas interesses parciais. Contudo, Lijphart (2019), ao comparar o desempenho político de 36 democracias, chega à conclusão de que as democracias de consenso apresentam melhor desempenho médio.

12 Aliás, a representatividade nacional do chefe de Estado em oposição à representatividade fracionada dos integrantes do poder legislativo, de modo a gerar a expectativa no primeiro – e na população – de que ele é o verdadeiro representante da nação, já tinha sido objeto de nota por parte de Marx (1997) na sua análise da instabilidade política francesa que levou ao golpe de Luís Napoleão na França em 1851. O caso americano é interessante, porque a eleição presidencial por delegados foi proposta como fórmula contramajoritária e, inicialmente, os candidatos à presidência sequer discursavam diretamente ao povo. Com o início dos movimentos de democracia de

Ademais, o sistema é pluripartidário, com partidos de fraca disciplina¹³ e baixa clareza de linhas ideológicas, além de serem muitas vezes dominados por grupos ou famílias locais¹⁴. Essa característica é um dos elementos que levam à pulverização partidária no Congresso Nacional, cuja casa de representantes do povo é eleita em sistema proporcional e a federal em sistema majoritário simples. Além disso, os grupos de interesse que influenciam as tomadas de decisão política são dos dois tipos: os que concorrem livremente para fazerem prevalecer seus interesses e os que buscam acordos no interesse dos seus representados. Evidentemente, é sempre difícil para os presidentes formarem maiorias claras e estáveis para governarem.

Acrescenta-se que o federalismo brasileiro reconhece o papel dos estados e municípios, mas concentra muitas competências e capacidades de coordenação na União. Essa delicada estrutura é modelada por uma Constituição rígida, que protege o sistema, mas, pela quantidade de matérias que regula, exige do governo a formação de supermaiorias para várias questões de interesse político conjuntural, o que torna ainda mais árida a sua relação com o Congresso. E, para concluir¹⁵, a definição sobre a constitucionalidade das decisões pertence a um sistema de *judicial review* cujos ápice e papel protagonista estão no Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o regime político brasileiro é o da democracia de consenso, ainda que a força do Poder Executivo da União possa levar os desastros à expectativa de um modelo majoritário. A forma de buscar e organizar o consenso é o presidencialismo de coalizão. O presidente é chefe de governo estável¹⁶, não governa sem maioria no Legislativo e tem vários grupos com quem deve negociar para dar a linha de governo.

massa, os candidatos passaram a procurar diretamente os eleitores e a reivindicar a legitimidade de verdadeiros representantes da nação. Essa é a descrição de Dahl (2003) sobre a Constituição americana.

13 O que não quer dizer que, em momentos importantes, seus filiados não sigam as orientações de bancada, como frisam Fernando Limongi e Argelina Figueiredo (1998).

14 Abranches (2018) leva esse fator em consideração ao analisar o presidencialismo de coalizão.

15 No que interessa a este artigo, a questão de o Banco Central ser vinculado ao Executivo, mas ter autonomia funcional, é de menor importância.

16 Ainda que essa noção de estabilidade e irresponsabilidade política diante do Congresso e o próprio funcionamento do presidencialismo no Brasil merecer discussão mais cuidadosa à vista dos impeachments ocorridos depois da Constituição de 1988 (Fernando Collor e Dilma Rousseff).

2. O PAPEL POLÍTICO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FUNÇÃO DE MANUTENÇÃO DA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL QUE PROTEGE A DEMOCRACIA

O cenário acima traçado mostra que a governabilidade no Brasil é questão delicada. O presidente não tem maioria clara (muitas vezes, seu partido sequer possui a maior bancada), precisando negociar com vários partidos, que podem ter caráter ideológico e ser meros representantes de grupos de interesses. Além disso, precisa formar ministério que contemple a sua coalizão e aliados políticos que reflitam outras forças de apoio distribuídas localmente, em razão do sistema federativo¹⁷. Há, ainda, a necessidade de supermaiorias para mudanças políticas importantes na linha de governo, pois a Constituição disciplina muitas matérias que, para serem alteradas, demandam o apoio de três quintos do Congresso. E, não bastasse isso, a história institucional brasileira mostra a presença constante das Forças Armadas nos bastidores, agindo como poder de veto informal a tendências políticas que entendam levar ao risco de instabilidade ou violação dos interesses nacionais¹⁸.

Esse delicado jogo de forças leva o presidente a buscar as maiorias possíveis. Às vezes sólidas, com algum alinhamento ideológico. Outras de compromisso, em que cede aos grupos partidários de representação de interesses, mas de posicionamentos moderados, porque preocupados com as trocas políticas que decorrem da proximidade com o núcleo do Executivo (esse, o jogo do denominado “Centrão”). E, em muitas situações, o presidente se vê dependente de negociações caso a caso, em que cada proposta, cada projeto legislativo depende de negociações específicas.

Há três outros fatores agravantes que devem ser considerados: o presidente tem a pretensão e a expectativa de fazer valer seu pleno de governo e sua visão política¹⁹; o forte controle orçamentário

17 Essa percepção do papel da política local na formação da coalizão do governo federal, de forma que haja comunicação entre União e apoio político para as políticas de interesse estadual já estava presente na primeira análise do presidencialismo de coalizão brasileiro, feita por Sérgio Abranches (1988).

18 Veja-se Abranches (2018). Deve-se considerar a tendência de caráter conservador na visão política das Forças Armadas brasileiras.

19 É bastante sintomática e ilustrativa a fala do atual presidente em que, se vendo desafiado

do Executivo amplifica seu poder de barganha, pois troca apoio por liberação de verba em emendas parlamentares²⁰; a grande quantidade de matérias cuja iniciativa legislativa é exclusiva. A legitimidade, o controle do orçamento e a exclusividade na iniciativa de projetos de leis em matérias estratégicas permitem ao presidente forçar o alinhamento do Congresso a tentar controlar a agenda política do país.

Outra questão é que o sistema presidencialista dá (ou deveria dar) estabilidade política ao chefe de governo. Assim, caso não tenha maioria (absoluta ou por coalizão), acaba por seguir a pauta do Legislativo, o que gera conflito e desgaste²¹, porque não pode realizar a agenda de governo para a qual foi eleito e que tem o apoio (ao menos nominal) da maioria do eleitorado. Por outro lado, o Congresso não pode simplesmente afastá-lo para garantir a governabilidade. Assim, a alternativa à ausência de maioria absoluta é a busca da coalizão a qualquer custo.

Por mais que a busca de coalizão seja normal em qualquer governo minoritário (e a maioria dos sistemas multipartidários apresentam essa característica), ela sempre gera desgaste e o risco de os acordos não serem realizados. Como a maioria das situações de coalizão ocorre em sistemas parlamentaristas, a formação do governo definitivo só acontece após a coalizão formada, com plano de governo definido e alinhado. Não ocorrendo acordo, o governo se desfaz e são convocadas novas eleições. Já no presidencialismo,

pelo Congresso Nacional (que propôs projeto de lei para que as indicações dos diretores das agências reguladoras fossem feitas pelo Legislativo), disse: "Pô, querem me deixar como a Rainha da Inglaterra?". Na fala, o Presidente reclama que foi eleito para cumprir as promessas de campanha, reivindicando sua legitimidade popular para definir a política nacional (G1, 2019).

20 O controle do orçamento é devidamente considerado na análise de Abranches (2018). Esse domínio do orçamento, contudo, tem gerado reação do Congresso, que diminuiu a liberdade do presidente (muito em razão do descumprimento dos acordos - por meio de contenção de repasses - por presidentes anteriores). Em 2015 o Congresso aprovou a Emenda Constitucional n. 86, tornando obrigatória a execução das emendas individuais em até 1,2% da receita corrente líquida prevista no projeto de lei de orçamento (sendo que 50% deve ser aplicado na área de saúde). Em 2019, aprovou a Emenda Constitucional n. 100, agora tornando obrigatória a execução, no montante de até 1% da receita corrente líquida do ano anterior, das emendas de bancadas estaduais ou distritais. No dia 11/02/2020, foi anunciado acordo entre Congresso e Governo para a derrubada de veto a trecho do projeto de lei de diretrizes orçamentárias que permitia aos legisladores determinar a prioridade no pagamento das emendas (GARCIA; MAZUI, 2020). Vê-se, claramente, o movimento do Legislativo no sentido de diminuir o poder de barganha e de agendamento do Presidente, aumentando o protagonismo dos congressistas. Tem-se, inclusive, falado em "parlamentarismo branco", como os próprios legisladores têm se referido ao protagonismo do Congresso (BRANT; CARVALHO; BOLDRINI, 2019).

21 Nos Estados Unidos, em que a política é bipartidária, fala-se em "governo dividido".

a situação é mais complexa, porque eleger-se o chefe de governo com um plano, que pode ser absolutamente frustrado pela formação do Congresso. E, uma vez eleitos presidente e legislativo, as negociações devem ocorrer ao longo e no dia a dia de todo o mandato, porque não é possível simplesmente desfazer o governo e convocar novas eleições²².

Apesar de todas essas dificuldades, o presidencialismo de coalizão brasileiro não é necessariamente disfuncional, nem leva a crises constantes ou propicia, em si mesmo, a corrupção. A troca de interesses é absolutamente normal nas coalizões, isso não quer dizer conchavo ou “toma-lá-dá-cá” necessariamente. O cumprimento dos acordos garante o funcionamento normal do governo e a estabilidade das votações no Poder Legislativo²³. E, para os conflitos entre os poderes, há o papel do Supremo Tribunal Federal, para garantir a estabilidade do sistema político de equilíbrio desenhado na Constituição Federal.

É da condição das repúblicas democráticas dar às cortes de maior hierarquia a função de manter a ordem constitucional para que o poder não seja usurpado por algum dos ramos de representação política. Essa é a essência da separação dos poderes, que atribui às três funções do governo meios de freios e contrapesos. No caso do início do constitucionalismo moderno escrito, a Constituição dos Estados Unidos deu à Suprema Corte o papel de decidir por último a aplicação do direito federal e manter o equilíbrio federativo²⁴.

Mas a função do Judiciário não seria só aplicar a lei federal e garantir o equilíbrio federativo²⁵. O terceiro ramo do governo deveria ser o garante da Constituição, porque, nas repúblicas, há a tendência de usurpação pelo Poder Legislativo, seja pela quantidade de compe-

22 Esse é um ponto, porém, que não é considerado por Abranches (2018) ou Limongi e Figueiredo (1998) quando entendem que o presidencialismo de coalizão brasileiro tem suas especificidades, mas não possui qualquer caráter anormal. Abranches (2018), contudo, considera que a falta de acordo, os desgastes no relacionamento e o impasse no conflito entre Executivo e o Legislativo são fatores que levam ao impeachment como forma última, ainda que traumática, de recuperar a estabilidade política do país (ele analisa os impeachments de Fernando Collor e Dilma Rousseff).

23 Essa é a análise que fazem tanto Abranches (2018) quanto Limongi e Figueiredo (1998).

24 Veja-se o Artigo III, principalmente a Seção III da Constituição americana.

25 E dos conflitos entre cidadãos e estados e os relativos a representações internacionais e soberanias.

tências, seja pela dificuldade de estabelecimento de limites precisos²⁶. Além disso, o Legislativo, como autoridade inferior e representante de parcialidade passageira do povo, está abaixo do próprio povo, cuja vontade foi manifesta na Constituição. Assim, cabe ao ramo judiciário garantir a preservação da Constituição, não porque seja superior ao Legislativo, mas porque a razão jurídica determina que a norma derivada de autoridade superior prevalece sobre aquela vinda de autoridade inferior. O Judiciário seria instituição intermediária entre povo e legislatura, mantendo esta nos limites pré-estabelecidos por aquele²⁷. Essa mesma lógica se aplicaria ao Executivo, quando agisse fora das suas atribuições constitucionais²⁸.

Nos Estados Unidos, a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade se institucionalizou em 1803 com o caso *Marbury versus Madison*, mas a ideia não se espalhou como óbvia para os demais sistemas constitucionais. A concepção de Poder Legislativo como expressão da vontade do povo e de lei como sua manifestação, somada à visão rígida de separação dos poderes e de Constituição como organização do Estado e direcionadora das escolhas dos legisladores fizeram com que os europeus vissem o controle judicial de constitucionalidade como usurpação da representatividade e legitimidade do Poder Legislativo.

Todavia, é na Europa que se iniciam os movimentos de massa, a democracia plural, o multipartidarismo e o parlamentarismo, além do imperialismo e uma série de governos autoritários ou ditatoriais. O cenário era de forte instabilidade política, golpes de Estado e constituições que funcionavam mais como leis de organização do estado do que limitadoras de poderes ou garantidoras de direitos fundamentais. O auge dessa situação foi a 1ª Guerra Mundial, que acabou com os impérios e levou à reestruturação das ordens políticas europeias em governos que organizavam nações em territórios de fronteiras bem delimitadas. Era o fim dos grandes impérios.

26 Este argumento é de Madison (2011) no *Federalista* n. 48.

27 Confira-se a discussão de Hamilton (2011) no *Federalista* n. 78.

28 Os federalistas parecem ter dado menos atenção ao controle dos atos inconstitucionais do executivo em virtude do entendimento de que suas competências seriam claramente estabelecidas e limitadas na Constituição dos Estados Unidos, mas consideraram a possibilidade de violação desses limites.

Com a reestruturação política veio a inevitável reformulação constitucional, em que os novos desenhos institucionais buscavam lidar com o reequilíbrio de poder, a soberania popular, a representatividade de divergências e a proteção de nações minoritárias sem estado, no interior de outras nações com estados ²⁹. Os novos sistemas políticos precisavam lidar com o antigo problema do equilíbrio de poder (que havia falhado) e com a nova questão do pluralismo político e social. Se, por um lado, surgem os institutos e as instituições que são as raízes da democracia consensual (eleições proporcionais; multipartidarismo; difusão do parlamentarismo; federalismo para alguns países), por outro, é preciso garantir a estabilidade do sistema constitucional, com possibilidade de solução e mediação dos conflitos entre Executivo e Legislativo, preservação da Constituição como norma superior às demais leis e poder de veto contra decisões que violavam perspectivas ou participação de minorias, seja por apelos populistas do executivo, seja por alinhamentos majoritários do legislativo. A Constituição passa a ter função contramajoritária.

A solução foi a racionalização do controle de constitucionalidade numa corte específica, com o monopólio da proteção da Constituição e sem interferir nas demais questões jurídicas. A corte constitucional deveria julgar as questões de Estado, decidir sobre os impasses entre Executivo e Legislativo quando em conflito em razão do exercício de suas competências, garantir a manutenção do desenho político institucional (de caráter democrático) e proteger indivíduos e minorias (políticas, religiosas ou étnicas) contra a violação de seus direitos fundamentais. A primeira Constituição a adotar esse sistema de controle de constitucionalidade foi a da Áustria, em 1920, cujo principal responsável foi Hans Kelsen ³⁰. Entretanto, diante das ditaduras e dos nacionalismos do período entre guerras, apenas após a 2ª Guerra Mundial é que o modelo de difundiu. Diante das atrocidades então vividas pela Europa, os modelos de democracia e

29 Sobre o problema político na Europa de preservação de minorias em estados nacionais, vale a pena a discussão realizada por Hannah Arendt (1989).

30 Kelsen (2003) entendia que a mera maioria poderia ser autoritária, com tendência a excluir e eliminar grupos indesejados ou concorrentes. Para ele, um regime só poderia ser democrático se o sistema político protegesse e permitisse a participação efetiva de minorias e tal só seria possível com uma jurisdição propriamente constitucional que, diante de uma Constituição de caráter democrático nesses termos, impedisse arroubos violadores da ordem política estabelecida.

de jurisdição constitucional propostos por Kelsen se firmaram como o melhor remédio contra incursões autoritárias.

É importante considerar que a difusão da ideia de jurisdição constitucional se relaciona com o monopólio da leitura moral da Constituição para afirmação de valores universais positivados nas novas constituições. Sua função é política, no sentido de ser garante da estabilidade institucional no modelo democrático estabelecido constitucionalmente. Valores e direitos fundamentais aparecem como limites materiais para decisões que envolvam riscos para indivíduos, minorias ou grupos vulneráveis.

No caso do Brasil, o sistema americano de controle de constitucionalidade foi estabelecido desde a República, com alguns aportes do modelo Europeu a partir da década de 1930. Contudo, o sistema de controle ganhou robustez com a Constituição de 1988, em que, apesar da manutenção do modelo difuso, o Supremo Tribunal Federal ganhou competências de controle concentrado, que passou a ser o principal meio de garantir e estabilizar a aplicação do direito constitucional brasileiro³¹. Não à toa a reviravolta no sistema de controle de constitucionalidade veio na Constituição que restabeleceu a democracia do país após longo período de ditadura militar, como forma de proteção contra arroubos autoritários. Na engenharia constitucional brasileira, o STF é desenhado exatamente para exercer a proteção do equilíbrio democrático, com atuação contramajoritária e servindo de “amortecimento” nos conflitos entre o Executivo e o Legislativo³²: função clara de manutenção da ordem democrática e do equilíbrio institucional tal como planejado na Constituição.

31 Gilmar Mendes (2004) faz a discussão sobre a preponderância do controle concentrado no desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira a partir da Constituição de 1988.

32 Essa função de “amortecimento” é considerada por Sérgio Abranches (2018), mas ele não analisa o comportamento do STF nas suas decisões mais relevantes, nem o conteúdo dos julgados.

3. A NEGAÇÃO DA POLÍTICA E A BUSCA DA MORALIDADE: ALGUNS EFEITOS DE DECISÕES DO STF NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO BRASILEIRO

A Constituição de 1988, portanto, dotou o Supremo Tribunal Federal dos instrumentos para que cumpra, com toda amplitude e liberdade necessárias, sua função de garante do sistema democrático do país. Mas é importante ressaltar que a concepção de democracia utilizada pela Carta Política é aquela de democracia liberal, com instituições dotadas de limites de competências com boa especificação³³, proteção de minorias, reconhecimento de grupos vulneráveis, liberdade e equilíbrio político-partidário, equilíbrio federativo e proteção de direitos fundamentais.

Todavia, o tribunal tem tido postura que extrapola – e, muitas vezes, contraria – seus limites de competência. Recorre, muitas vezes, ao senso comum compartilhado no imaginário popular de que o presidencialismo de coalizão é uma deturpação brasileira da política e de que esse modelo está embasado na política da troca de favores particulares e do conchavo. E, se justificando nas evidentes práticas deletérias da política brasileira, procura superar os limites constitucionais para corrigir (no seu entender) o sistema político ou mesmo moralizá-lo. Em outros momentos, contudo, recusa-se a abordar questões eminentemente constitucionais, que preservam o modelo institucional, alegando que certas matérias são puramente políticas, não cabendo à corte analisá-las.

Tal postura errática e abusiva tem causado desequilíbrio no sistema democrático brasileiro e é um dos fatores de crises institucionais que o país tem vivido. Isso pode ser visto com a atividade do Min. Dias Toffoli na condição de Presidente do STF, que passou a negociar agendas e posicionamentos com os outros dois poderes, além de se postar como mediador singular entre eles³⁴. Tal atividade pode comprometer a independência do Supremo, além de gerar a expectativa

33 De modo que não há hierarquia ou prevalência entre os poderes, mas espaços pré-determinados de atuação institucional, respeitando a ideia de freios e contrapesos.

34 Veja-se a narrativa de Thaís Oyama (2020), afirmando, inclusive, que o ministro teria a convicção de que salvou a República, quando participou dos diálogos que ajustaram as relações entre os poderes, impedindo movimento de *impeachment* contra Bolsonaro, além de ter participado de negociações a respeito da agenda política do país.

política de que a corte, como colegiado, sustentará tais acordos políticos. O ministro, assim, independentemente das boas intenções, faz com que o tribunal constitucional saia da posição de amortecimento institucional entre os poderes e colocá-lo como mais um condicionante da formação de coalizões no presidencialismo nacional.

Outro exemplo de extrapolação da função do Supremo Tribunal Federal da sua função de manutenção do traçado constitucional da democracia brasileira e de amortecimento (sempre institucional, nunca como negociador ou mediador) é a postura que tem apresentado o Ministro Luís Roberto Barroso sobre pensar e fazer atuar a corte constitucional com função “iluminista civilizadora”³⁵. Acaba que o tribunal, aceita a ideia, ganha a prerrogativa de corrigir e moralizar a atividade política e mesmo afastar ditames constitucionais positivos em nome de uma perspectiva particular de correção. O resultado é que o tribunal passa a interferir no equilíbrio político formado e gerar incertezas sobre os acordos de coalizão feitos entre o Executivo e o Legislativo, típicos das democracias consensuais.

Não apenas as visões e atividades individuais dos ministros têm colocado a corte numa atividade de correção moral e desequilíbrio político institucional. É possível ver como as decisões tomadas pelo STF têm demonstrado essa espécie de desvio de função do tribunal. Pode-se sustentar essa afirmação com alguns casos que se tornaram simbólicos e causaram impacto na opinião pública.

Um dos primeiros e mais importantes casos dentre aqueles em que o Supremo Tribunal Federal causou desequilíbrio e inequidades políticas é derivado do conjunto julgados relativos à aplicação da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), que ampliou as hipóteses de inelegibilidade³⁶. Derivada de movimentos políticos e

35 Barroso (2017) dá, inclusive, caráter acadêmico à sua proposta, sustentando-a como visão de teoria geral para o papel das cortes constitucionais. A proposta é muito significativa para a discussão aqui apresentada, porque a crença na função iluminista civilizadora da política era típica do despotismo esclarecido e o último a tentar exercê-la foi o imperador Francisco José I da Áustria, inclusive assumindo a proteção das nações minoritárias do antigo Império Austro-Húngaro. Além do caráter nitidamente antidemocrático, essa jamais seria uma função política a ser exercida por qualquer órgão do Poder Judiciário.

36 O desenvolvimento da discussão sobre os precedentes a respeito da Lei da Ficha Limpa, bem como um primeiro ensaio sobre o argumento aqui apresentado podem ser vistos em VILANOVA; SIMON, 2019.

sociais de combate à corrupção, chegou ao Congresso como projeto de lei popular e tal fato deu grande apelo retórico ao seu conteúdo.

O primeiro julgado problemático para o tribunal foi o Recurso Extraordinário (RE) 630.147/DF, proposto pelo então Senador Joaquim Domingos Roriz. Depois de sofrer representação contra si ante a Mesa do Senado, com a acusação de desvio de dinheiro público enquanto Governador do Distrito Federal, Roriz renunciou ao mandato em 2007. Nas eleições seguintes, candidatou-se novamente, mas teve seu registro contestado com base na Lei da Ficha Limpa, aprovada três anos após a sua denúncia e que impedia candidaturas por oito anos de representantes que renunciassem em razão de denúncia contra si oferecida. Tanto o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE/DF) quanto o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiram pela impossibilidade da candidatura, e o caso foi levado ao STF.

Estava em questão se, para proteger valores republicanos previstos na Constituição, a lei teria aplicação imediata, abarcando, inclusive, fatos anteriores à sua vigência, o que lhe daria caráter retroativo. Como o STF, à época, estava com apenas 10 ministros³⁷, o resultado ficou 5 a 5 e o julgamento foi suspenso. Com o impasse, Roriz acabou por desistir da candidatura e ficou a lacuna sobre a questão.

O entendimento só foi firmado em 2012, com o julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) ns. 29/DF e 30/DF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.578/DF. Por 7 votos a 4, o Supremo considerou a lei constitucional e decidiu sua aplicação para situações anteriores à sua vigência³⁸. Mais importantes do que o resultado alcançado são algumas manifestações bastante simbólicas de ministros da corte, apelando a sentimentos morais e à superficialidade do entendimento de senso comum sobre a moral política. O Ministro Ayres Britto, por exemplo, queixou-se da tradição política nacional (como imoral) e fez apelo à origem da palavra "candidato", que seria proveniente de cândido, cujo conteúdo semântico seria referente à pureza. E a Ministra Rosa

37 O Ministro Eros Grau havia se aposentado e a vaga ainda não fora preenchida.

38 Ainda que se possa discutir se houve ou não violação objetiva da irretroatividade da lei, não há dúvida de que de o STF desconsiderou o princípio hermenêutico de que, na interpretação de garantias fundamentais, deve prevalecer a interpretação mais benéfica à proteção do seu conteúdo.

Weber sustentou que as exigências morais sobre o homem público devem ser maiores do que aquelas sobre o homem comum. É claro, no julgamento, o intuito do tribunal de “purificar” e corrigir a política nacional, inclusive com apelos ao sentimento popular.

Esse intuito de corrigir a moralidade da política do país se manteve no RE 929.670/DF, em que o Vereador Dilermando Ferreira Soares teve sua inelegibilidade aumentada para 8 anos, quando havia sido condenado, antes da Lei da Ficha Limpa, à inelegibilidade por 3 anos por crime de abuso de poder econômico. O interessante é que, quando a sua candidatura fora impugnada, o interessado já havia cumprido a pena de 3 anos que lhe fora imposta. Nada obstante, o STF superou a questão do trânsito em julgado e, por 6 votos a 5, manteve a inelegibilidade. Assim, o caso do alcance temporal da Lei da Ficha Limpa mostra tanto a interferência do STF no equilíbrio político-eleitoral quanto o seu intuito de caráter moralizante, ainda que, para isso, adote postura interpretativa menos favorável a direitos e garantias fundamentais.

Outro caso que merece destaque como exemplo de recurso ao sentimento e à opinião públicas pelo Supremo Tribunal Federal para corrigir moralmente a política nacional (sempre segundo a percepção dos integrantes que compõem a corte no momento em que são realizados os julgamentos) é aquele referente ao entendimento volúvel a respeito do início da execução da pena criminal: se apenas após o trânsito em julgado ou se após a decisão de 2º grau de jurisdição. Nos julgados referentes à matéria, o Supremo demonstrou que a concepção de Constituição depende dos posicionamentos particulares de seus integrantes, além de demonstrar vontade de agrandar à opinião da mídia, os apelos populares (nem sempre da população) e, mais uma vez, dar seu entendimento sobre a moralidade política.

O problema surgiu da redação original (de 1941) do Código de Processo Penal (CPP), cujo artigo 283 dizia que a prisão poderia ser realizada a qualquer dia e hora, desde que respeitadas as garantias à inviolabilidade do domicílio. Além disso, o artigo 637 dizia que o recurso extraordinário não teria efeito suspensivo. Dessa forma, entendia-se que, esgotada a jurisdição ordinária, era possível a

execução da pena de prisão. Todavia, a Lei de Execução Penal (LEP), de 1984, foi expressa ao condicionar a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da decisão. Não bastasse isso, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (não apenas norma superior, mas posterior às outras duas leis) também condicionou a execução do processo penal ao trânsito em julgado³⁹.

Desconsiderando o texto constitucional e mesmo as exigências da LEP, o STF, no *Habeas Corpus* (HC) n. 68.726/DF (julgado em 28/06/1991), manteve entendimento de antes da Constituição e permitiu a execução da pena a partir da decisão de tribunal de 2º grau. O argumento foi exatamente o da falta de efeito suspensivo do recurso extraordinário⁴⁰. Mas o posicionamento foi revisado em 05/02/2009, quando a corte (em nova composição) julgou o HC n. 84.078/MG, invocando a literalidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Mas a mudança não veio apenas do tribunal. Para ajustar o CPP ao novo entendimento, o Legislativo ajustou a redação do art. 283, especificando a necessidade de trânsito em julgado para a execução da pena.

Todavia, novas circunstâncias políticas⁴¹ com nova formação do plenário levaram o Supremo ao retorno do seu entendimento de 1991, o que ocorreu no HC n. 126.292/SP por 7 votos a 4, julgado em 17/02/2016. Nesse julgado, o Ministro Teori Zavascki (relator) voltou na tese de que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo. Para além da mudança de entendimento, chama atenção a fundamentação do relator, que invoca precedentes que haviam sido superados; razões utilitárias (a margem de revisão das decisões em REs era baixa); comparação com outras ordens constitucionais, que não têm as mesmas características, histórico ou dispositivos com redações equivalentes; apelo à capacidade de imposição da punição, em de-

39 O texto do dispositivo constitucional é claro e singelo, sem deixar qualquer margem de dúvida sobre seu conteúdo semântico: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

40 Há, também, no voto do Ministro relator, Néri da Silveira, a diferenciação entre coisa julgada (que aconteceria com o fim das possibilidades recursais) e sentença transitada em julgado (que ocorreria com a decisão de 2º grau).

41 Apesar de o caso concreto se referir a paciente condenado por roubo, o momento era de início das condenações dos envolvidos na Operação Lava-Jato.

trimento da ampliação do direito fundamental⁴²; apelo genérico ao princípio da proporcionalidade⁴³. A tônica dos votos favoráveis ao retorno do entendimento foi focada na capacidade punitiva do Estado.

Como o novo entendimento desconsiderou a aplicação do artigo 283 do CPP com o objetivo de permitir a aceleração do cumprimento de penas⁴⁴, foram interpostas duas ADCs (43/DF e 44/DF) para que o STF declarasse se o dispositivo legal continuava compatível com a Constituição. Em caráter cautelar (ou seja, sem que se possa dizer que seria o entendimento definitivo do tribunal a constranger o plenário a mantê-lo), foi mantida a possibilidade de execução da pena com decisão definitiva proferida em 2º grau de jurisdição (julgamento em 05/10/2016). Apesar da manutenção, em caráter provisório, do entendimento, o placar favorável à “execução provisória” da pena passou para 6 votos contra 5.

Antes do julgamento das ADCs, contudo, surge fator jurídico novo, de grande impacto para a política nacional. O ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, condenado em 24 de janeiro de 2018, ingressou com o HC n. 152.752/PR no dia 02/02/2018 para impedir que a execução de sua pena tivesse início. Como presidente do STF, o Ministro Dias Toffoli evitou colocar as ações de controle concentrado em pauta para julgamento definitivo, marcando o habeas corpus de Lula para o dia 23/03/2018. A sessão de julgamento foi suspensa e retomada em 04/04/2018. O resultado final foi pelo indeferimento do pedido, por 6 a 5, sendo possível o início do cumprimento da pena pelo ex-presidente.

Alguns fatores são relevantes para a análise aqui feita. Primeiramente, o resultado poderia ter alterado o entendimento em disputa com a mudança de posição do Ministro Gilmar Mendes, que passou a ser contra a possibilidade de execução da pena apenas com a decisão de 2º grau. Contudo, a Ministra Rosa Weber, alegando enten-

42 Essa foi outra vez que o STF deixou de aplicar a regra da interpretação mais benéfica à proteção de direito fundamental.

43 Curioso identificar que tem sido corrente o entendimento de que o inciso LVII contém norma principiológica, a permitir o julgamento “sem apego à literalidade”, como o fez o Min. Luiz Edson Fachin em seu voto, quando sua estrutura é claramente de regra, o que demanda outro tipo de tratamento na sua aplicação.

44 Vale lembrar: era o momento das condenações da Operação Lava-Jato.

dimento colegiado inexistente⁴⁵, votou pelo indeferimento, apesar de ser contra a possibilidade de execução provisória da pena. Em segundo lugar, a mudança de posicionamento da ministra ocorreu após manifestação do Comandante do Exército em rede social, na véspera do julgamento, afirmando que a força terrestre estava preparada para, junto com os “cidadãos de bem”, repudiar a impunidade e permanecia atenta à sua “missão institucional”. O general ainda questiona quem é que realmente estaria pensando no bem do país e não em interesses pessoais⁴⁶. Enfim, a Ministra Rosa Weber manteve uma pessoa presa mesmo sendo contra a tese que o permitia.

A questão foi finalizada no julgamento conjunto das ADCs ns. 43 e 44, em que o STF declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP e, por 6 votos a 5, retornou ao entendimento de impossibilidade de início da execução da pena sem o trânsito em julgado. Mas a discussão ainda não está finalizada, porque, diante dos conteúdos proferidos pelos votos, há margem de entendimento sobre a possibilidade de que o Congresso, por lei ordinária ou por emenda à Constituição, altere a obrigatoriedade do trânsito em julgado.

O ex-presidente ainda protagonizou outro processo cujo desfecho pode ser considerado inusitado. Tendo decisão de medida provisória (de caráter cautelar) a si concedida pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que considerou haver fortes indícios de que seus direitos humanos de caráter político estariam na iminência de serem violados e determinou que o Brasil usasse os meios adequados para viabilizar sua candidatura à presidência. No entanto, sob o entendimento de que o país não é obrigado a seguir recomendações de comitês, o Ministro Luís Roberto Barroso votou, na condição de membro do TSE, pela manutenção do impedimento da candidatura, alegando a origem popular da lei e o apelo pela ética e probidade na política, vez que Lula fora conde-

45 Não havia entendimento colegiado formado porque as únicas ações que poderiam decidir a questão com efeito vinculante foram julgadas apenas cautelarmente, sem definição do mérito da questão.

46 A manifestação do General Villas Bôas ocorreu às 20h39 do dia 03/04/2018. Sobre o episódio e entendendo que o general visava manter sua capacidade de comando do Exército, que estaria inquieto com a possibilidade de soltura de Lula, veja-se o livro de Oyama (2020). Vê-se, de todo modo, o Exército exercitando seu veto informal às posições políticas que podem contrariar suas expectativas e entendimentos, como identificado por Abranches (2018).

nado em situação de normalidade institucional⁴⁷. O resultado final foi de 6 votos a 1 na linha do voto do relator. Essa referência é importante para o estudo por dois motivos, apesar de não se tratar de decisão do STF. Primeiro, o tribunal eleitoral é composto por 3 ministros do STF. Em segundo lugar, Lula era o preferido nas pesquisas eleitorais e sua retirada da corrida pela Presidência alterou completamente as relações de forças políticas e as preferências do eleitorado.

Os três casos acima não pretendem esgotar a análise, mas podem ser usados como exemplos e indicadores de que o Supremo Tribunal Federal tem sua compreensão de Constituição dependente da soma da subjetividade de seus integrantes, sem uma posição institucional clara de suas concepções. Além disso, essa instabilidade afeta o equilíbrio político-institucional, e às vezes eleitoral, da democracia brasileira, quando a matéria é propícia a tal resultado. Por fim, a situação se mostra ainda mais perigosa quando se constata a facilidade com que o tribunal apela à - e é atingido pela - opinião pública, preocupado com discursos moralizantes de feição popular com o intuito de corrigir a política nacional, ainda que, para isso, limite ou mesmo afaste a proteção a direitos fundamentais.

Por outro lado, há situações-limite para a manutenção da ordem institucional relacionadas à própria definição do espaço de atuação dos poderes em que a corte constitucional, sob o argumento de que se tratam de questões cuja decisão é meramente política, se abstém de analisar matéria que lhe é posta. Com fins ilustrativos e para fins exploratórios, cabe citar dois casos muito simbólicos.

O primeiro caso que merece menção é o impeachment da então Presidente Dilma Rousseff. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378, o STF define e ajusta a compreensão estabelecida no caso Collor (Mandados de Segurança - MSs - 21.564, 21.623 e 21.689), mantendo o entendimento de que é competente para o controle do devido processo legal. No entanto, mantém a compreensão de que não lhe cabe qualquer exame de mérito, porque o julgamento é meramente político, cabendo apenas

⁴⁷ Mais uma vez, percebe-se o apelo a questões morais para a restrição de direitos fundamentais, novamente violando-se o princípio da interpretação mais favorável e, no caso, o da maior eficácia na proteção de direitos humanos.

ao Senado a definição sobre se houve ou não violação do tipo jurídico estabelecido como crime de responsabilidade. A questão é complexa porque, em se tratando de julgamento dependente de maioria (ainda que de dois terços), não há impedimento para que a decisão de condenação, afastamento e inabilitação seja tomada independentemente da prática de qualquer ato tipificado, dependendo não da materialidade da conduta, mas da perda de confiança da maioria de dois terços de cada uma das casas (Câmara dos Deputados para autorizar o procedimento e Senado para processar e "julgar"). Não por outro motivo, o próprio relator da ADPF 378, Ministro Luís Roberto Barroso, acabou por admitir que fora usado instrumento parlamentarista para a deposição de uma presidente⁴⁸. Assim, sob o argumento de não intervir em decisões políticas⁴⁹, o STF abre mão de manter a própria estrutura constitucional-democrática, que tem como um de seus pilares o sistema presidencialista de governo.

O segundo caso que merece menção é o da impugnação ao decreto do Presidente Michel Temer (que assumiu o cargo após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff) de intervenção federal no Rio de Janeiro. Em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello no MS 35.537, o ministro sequer conheceu da ação, também ao argumento de que o decreto interventivo seria prerrogativa do Presidente da República, a ser controlado apenas pela maioria do Legislativo, ainda que seja mecanismo de interferência no equilíbrio federativo.

Portanto, enquanto nos casos de controle moral, o STF interfere em questões políticas e acaba por influenciar o equilíbrio democrático tal como desenhado constitucionalmente, em casos que tratam exatamente dos limites de competências dos poderes para que não extrapolem ou modifiquem o modelo de democracia definido pela Constituição, a corte constitucional tende a não apreciar, considerando como questão política e não propriamente constitucional.

48 Veja-se a reportagem de Fábio Grellet (2017).

49 O que, como indicado, o Supremo o faz para controle de moralidade.

CONCLUSÃO

O regime político denominado de democracia liberal é o que (até o momento) conseguiu realizar melhor as aspirações de qualidade de vida, liberdade, proteção de minorias e vulneráveis e integração dos grupos e membros da sociedade. Se democracia é a organização política em que todos devem ter a possibilidade de participar, ela só pode ser realizada quando não há exclusões sociais, políticas ou individuais injustificadas. Para isso, necessita de engenharia constitucional que permita equilíbrio de poder duradouro, sem a qual logo grupos minoritários de todos os tipos se veem alijados (de fato ou de direito) da possibilidade de participarem da formação da vontade comum.

Portanto, quanto mais plural e heterogênea a vida social, mais o sistema político de ser capaz de organizar consensos. A decisão política, então, deve ser tomada com a participação e consideração de grupos diversos, porque maiorias fixas e bem estabelecidas tendem a ignorar as demandas e necessidades das minorias. No processo político-institucional, os governos devem formar coalizões para atingirem maiorias negociadas que ampliam a participação de diversos representantes sociais. Em que pese tal necessidade ser mais característica dos sistemas parlamentaristas, ela estará presente em qualquer formação política plural.

No caso do Brasil, a maneira que o eleitorado e as instituições responderam ao traçado democrático estabelecido pela Constituição de 1988 levou ao presidencialismo de coalizão, em que o governo é forçado a negociar para tomar decisões e tentar realizar o programa de governo para o qual foi eleito, nada de muito distinto do que acontece na grande maioria das demais democracias. Contudo, impasses entre Legislativo e Executivo, num regime em que não se pode trocar de governo sem motivos juridicamente pré-determinados (crimes de responsabilidade), podem gerar crises políticas sérias que impedem a normalidade institucional do país. Riscos de entrave institucional e instabilidade política, contudo, existem para todos os sistemas de governo democráticos conhecidos.

Um dos mecanismos para desequilíbrios na relação entre os poderes é a jurisdição constitucional. Quando o sistema político é definido por texto formal com força normativa, o tribunal competente para aplicar a Constituição pode servir de instituição de amortecimento entre os poderes políticos, vetando abusos de decisão normativa do Legislativo e do Executivo; impedindo que maiorias circunstanciais atropелеm minorias; definindo o equilíbrio político determinado pela constituição para que eventuais acordos de coalizão não desvirtuem o equilíbrio de forças que permitem a continuidade do sistema democrático.

Essa é função essencialmente política, de moderação institucional ou “amortecimento”. Não pode ser vista como oportunidade de correção moral ou melhoria do sistema por uma racionalidade mais adequada e superior, ou mais correta e justa. As cortes constitucionais nem têm maior capacidade de compreensão da democracia, nem são moralmente superiores aos demais poderes, nem mesmo carregam a legitimidade necessária (com as formas de responsabilização social e política) que os outros dois poderes representativos possuem. Quando uma corte constitucional se desvia da sua função institucional para se tornar espécie de censora da política, não só não consegue atingir esse objetivo, como desestrutura o sistema político, seja porque os outros dois poderes reagem, seja porque passa a ser mais um dos polos no jogo de negociação para a governabilidade, ao qual deveria estar imune.

Essas consequências têm surgido na atividade institucional brasileira, como pode ser observado em certas posturas e falas de ministros do Supremo Tribunal Federal e mesmo em decisões formais, em que a corte escapa aos limites constitucionais que lhe foram impostos, seja para tentar moralizar a atividade política brasileira, seja fazendo o contrário, deixando de manter os instrumentos do modelo político sob o argumento de não poder interferir em “decisões puramente políticas”. O tribunal deixa de ser corte de controle de constitucionalidade para tornar-se corte de moralidade. Além de não ser essa sua função, tem o STF sido uma das causas da instabilidade política e constitucional do país ao invés de salvaguardar a democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

_____. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia da Letras, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait, 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRANT, Danielle; CARVALHO, Daniel; BOLDRINI, Angela. Em ano sob forte tensão, Congresso atua como um parlamentarismo branco. **Folha de São Paulo**, 30/12/2019 às 2h00, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/12/em-ano-sob-forte-tensao-congresso-atua-como-um-parlamentarismo-branco.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2020.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **How Democratic is the American Constitution?**. New Haven & London: Yale University Press, 2003.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

G1. Bolsonaro critica projeto aprovado pelo Congresso: 'Querem me deixar como rainha da Inglaterra?'. **Portal G1**, 22/06/2019 às 12h18, disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noti->

cia/2019/06/22/bolsonaro-critica-projeto-aprovado-pelo-congresso-querem-me-deixar-como-rainha-da-inglaterra.shtml Acesso em: 12 fev. 2020.

GARCIA, Gustavo; MAZUI, Guilherme. Emendas parlamentares: governo e Congresso fazem acordo para derrubada de veto de Bolsonaro. **Portal G1**, 11/02/2020 às 19h46, disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/11/governo-e-congresso-chegam-a-acordo-sobre-derrubada-de-veto-de-bolsonaro-a-trecho-da-ldo-entenda.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2020.

GRELLET, Fábio. Em entrevista, ministro afirma que promessa de reformas não foi cumprida e que 'abalo institucional' persiste. **Estado de São Paulo**, 28/06/2017 às 23h35, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-diz-que-impeachment-deixou-sequelas,70001869860>. Acesso em: 17 fev. 2020

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os Federalistas**. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Vera Caputo. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, n. 44, 1998, pp. 81-106. DOI: 10.1590/S0102-64451998000200005.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**. Edited by Ian Shapiro, New Haven & London: Yale University Press, 2003.

MARX, Karl. **O 18 Brumário e Cartas a Krugelmann**. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149-168.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard (electronic edition), 1995.

MORLINO, Leonardo. ¿Cómo analizar las calidades democráticas? In: XAVIER, Lúcia de Oliveira; AVILA, Carlos F. Domínguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil**: questões teóricas e metodológicas da pesquisa. Curitiba: CRV, 2016.

OYAMA, Thaís. **Tormenta**: o governo Bolsonaro: crises, intrigas, segredos. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, vol. 74, p. 1307- 1351, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Paris: Garnier Flammarion edition, 2012.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

VILA-NOVA, Daniel Augusto; SIMON, Henrique Smidt. Intervenções do tribunal constitucional brasileiro e seus efeitos para o equilíbrio político: incertezas na aplicação da Lei da Ficha Limpa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (coords.). **XXI Congresso Internacional de Direito Constitucional**: 30 anos de Constituição: um balanço (anais 2018). Brasília: IDP, 2019 (e-book).



IANI PANAIT

É Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Foi Colaborador Externo do Laboratório de Inovação, Pesquisa e Observação de Direito, Democracia e Representações da América Latina e Eixo Sul (INPODDERALES) da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Investigador no Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Universidade de Lisboa (NELB). Atualmente, é Pesquisador-Visitante no Grupo de Estudos e Pesquisa de História e Pensamento Político Fluminense do Museu do Ingá.

IANI PANAIT

A HARMONIA DOS PODERES ENTRE A INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL: NOTAS A PARTIR DO ESTUDO DA “JURISPRUDÊNCIA DOS PRECATÓRIOS”¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo suscitar uma discussão a respeito da importância do diálogo institucional entre os poderes constituídos no Brasil. Centra-se, metodologicamente, na análise jurídica do “caso dos precatórios”, observando as dificuldades enfrentadas pela atividade legislativa e pela jurisdição constitucional em virtude da ausência de concertação político-jurídica na condução da vida pública e o seu impacto nas agendas dos poderes constituídos. O artigo tem como cerne, sobretudo, a declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 62 pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425. Incidentalmente, ao longo da investigação, debater-se-á a viabilidade de adoção de um modelo de interpretação autêntica da Constituição no direito brasileiro e os seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Poder Constituinte Originário; Poder Constituinte Derivado; Interpretação Autêntica; Diálogo Institucional; Precatórios.

¹ Registro o agradecimento ao Prof. Dr. Paulo Mendes pelas pertinentes críticas e comentários ao artigo no VIII Fórum Jurídico de Lisboa.

INTRODUÇÃO

O “caso dos precatórios” assume os contornos de uma verdadeira encruzilhada jurídica e institucional no Brasil. Trata-se de uma questão colocada a nível constitucional pelo poder constituinte originário e que gerou tensões ao longo das décadas de vigência da Constituição de 1988. O regime jurídico dos precatórios tem sido objeto de interpretações divergentes do Poder Legislativo (este investido de Poder Constituinte Derivado) e da Suprema Corte (esta incumbida de salvaguardar a constitucionalidade). Com o intuito de compreender melhor essa divergência, o trabalho pautar-se-á na seguinte indagação: quais as raízes das desavenças entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário na questão dos precatórios?

Em um primeiro momento, far-se-á uma contextualização da questão dos precatórios por meio da realização de uma radiografia da evolução constitucional e jurisprudencial do tema, em busca por expor os debates desde a redação original do art.100 da Constituição Federal até as mais recentes discussões e a sua materialização pelas Emendas Constitucionais nº 94 e 99. O foco da exposição, entretanto, dar-se-á pela análise da EC nº 62/09 e pelo julgamento das ADIns nº 4.357 e 4.425, momento no qual o embate entre os posicionamentos do STF e do Congresso Nacional se tornou mais profícuo.

Após a exposição das desavenças entre as posições judiciais e legislativas, debater-se-á a possibilidade de uma institucionalização de uma “interpretação autêntica” no Direito Brasileiro. Como marcos teóricos para esta discussão, o paper utiliza as contribuições do jurista austríaco Hans Kelsen e do jurista português Paulo Otero.

Finalmente, como proposição, defender-se-á um enforcement do diálogo institucional entre os poderes, de modo a evitar a (re) introdução de teorias que defendem a sobreposição de um poder em relação aos demais poderes no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se a proposição de uma alternativa para o alcance de um equilíbrio institucional necessário para a construção da segurança jurídica e para uma delimitação mais adequada da separação de poderes.

1. UMA BREVE DISCUSSÃO SOBRE AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EC N° 62/09

A questão dos precatórios é, certamente, um problema de magnitude constitucional e que, não raro, compromete o bom funcionamento institucional do Brasil². O poder constituinte originário de 1988 positivou no art. 100 da Carta Magna um modelo jurídico que se mostrou insuficiente para regular a complexidade do regime de pagamento dos precatórios. A Constituição de 1988, antevendo a densidade do tema, optou por proteger no plano constitucional a regulação dos entes federados na condição de devedores. Contudo, esse regime de execução vem sendo objeto de controvérsia, causando, em determinados momentos, uma tensão institucional entre os poderes Judiciário e Executivo.

A redação original da Carta Magna limitava-se a enunciar que o pagamento dos precatórios devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, decorrente de uma sentença judicial transitada em julgado, deveria ser feito exclusivamente em ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Vedou, ainda, a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim, excetuando-se desse rol os créditos de natureza alimentícia.

O regime estabelecido pelo constituinte originário demonstrou-se vago e insuficiente, ensejando uma discussão legislativa que culminou na edição da Emenda Constitucional n° 30. Nessa ocasião, o poder constituinte reformador incluiu algumas modificações que tornaram o regime jurídico mais claro e célere. Sem prejuízo em não expor todas as alterações constitucionais produzidas pela referida Emenda, é mister destacar os avanços que a EC 30/00 se propôs a oferecer, *exempli gratia*, uma melhor definição do termo "débitos de natureza alimentícia"³; a instituição de um regime de responsabiliza-

2 BUGARIN, Maurício; MENEGUIN, Fernando. A Emenda Constitucional dos precatórios: histórico, incentivos e leilões de deságio. *Estud. Econ.*, São Paulo, v. 42, n. 4, p. 671-699, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612012000400002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12. Fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-41612012000400002>. p. 671.

3 "§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado."

ção do Presidente do Tribunal⁴; e a elaboração do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que criou um regime específico para os precatórios pendentes na data da promulgação da Emenda e os que decorrem das ações ajuizadas até o último dia do ano legislativo anterior, estabelecendo um prazo máximo de dez anos para a sua liquidação.

Em que pese a atuação legislativa ativa em relação ao 'problema dos precatórios', a EC/30 de 2000 não restou suficiente para a resolução dos problemas de inadimplência, permanecendo um enorme volume de precatórios não pagos por parte dos Estados e Municípios⁵. O ano de 2004 fora especialmente delicado para a saúde financeira dos entes federativos, notadamente os Estados, tendo em vista que o total pendente de pagamento a preços de junho de 2004 rondava na casa de 61 bilhões, dos quais 73% se referiam a débitos estaduais⁶.

À época, os Estados apresentavam uma média de comprometimento da receita corrente líquida de 85%, o que se traduzia no fato de que, do total de recursos dos Estados, restavam apenas 15% para outros gastos e investimentos⁷. Com o agravamento da inadimplência, o senador Renan Calheiros protocolou a PEC 12/2006, na tentativa de reorganizar o regime especial de pagamento de precatórios pelos entes federativos.

Por esse motivo, em 2009, o Congresso Nacional incluiu em sua agenda decisória, dando contornos de fundamentalidade, uma discussão para a criação de uma Emenda Constitucional que lapidasse um regime jurídico específico para o pagamento dos precatórios por parte das entidades federativas. No dia 14 de abril de 2009, novamente, o senador Renan Calheiros apresentou uma Proposta de Emenda Constitucional, a PEC 351/2009, ao Senado Federal, esta oriunda das discussões da PEC 12/2006, com o intuito de reformar o art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil e adicionar o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), criando um regime especial de pagamento de precatórios para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

4 § 5º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

5 BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. Diário do Senado Federal - 8/3/2006, p. 7055.

6 loc. cit, p. 7055.

7 loc. cit, p. 7055.

A discussão arrastou-se por alguns meses no Congresso Nacional, até que no dia 09 de dezembro de 2009 as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 62. Tal PEC, articulada pelo senador Renan Calheiros desde 2006, apresentava-se como uma solução retirada da concertação política. Afinal, é mister recordar que a política econômica recorre às formas específicas de concertação como um modo de procurar consensos para sua definição e aplicação⁸. A exposição de motivos da EC 62/09 demonstrava um caminho para o alcance da consensualidade e da minimização dos conflitos por meio da busca de uma solução comum que envolvesse todos os segmentos envolvidos e que garantisse o pagamento dos novos precatórios⁹.

Em breve síntese, esse foi o contexto precedente à Emenda Constitucional nº 62, um caminho longo e que tem início na proteção do pagamento dos precatórios desde a redação originária da Constituição de 1988. Em uma breve radiografia da EC 62, tendo como foco as inovações trazidas pelo poder constituinte reformador de 2009, que foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, observar-se-ão as alterações constantes dos §§ 2º, 9º, 10º, 12 do Art. 100, sem a intenção de esgotar as alterações trazidas pela EC/62.

A EC/62 entrou em vigor com o intuito de alterar o art. 100 da Constituição Federal, acrescentando, assim, o art. 97 do ADCT, criando um regime especial de pagamento dos precatórios em mora direcionado aos Estados, Distrito Federal e Municípios, enquanto não se adotava a Lei Complementar para regulamentar a matéria. Uma primeira alteração trazida à baila pela EC/62 foi em relação ao pagamento preferencial de débitos alimentícios, discussão oriunda da EC/30/00. A EC/62 alterou o art. 100, §2º¹⁰ da CRFB quanto à titularidade dos débitos alimentares, pois, além dos portadores de doença graves - já presentes na redação originária -, a nova disposição trazida

8 MARQUES, Maria Manuel Leitão; FERREIRA, António Casimiro. A concertação econômica e social: a construção do Diálogo Social em Portugal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, nº 31, p. 11-41, 1991. p. 11.

9 loc. cit., p. 7055.

10 Art. 100, §2º, CRFB com a redação dada pela EC 62: "Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório".

pela referida emenda agraciou os sexagenários e os que possuíam idade superior, para, em se tratando de crédito alimentar, reservá-los, com preferência absoluta, o triplo do valor referente aos requisitórios de pequeno valor¹¹.

O parágrafo também inovou ao determinar que o valor deve ser pago a esses beneficiados no equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no §3º¹² do art. 100, que diz respeito aos valores de definidos em lei como de pequeno valor e devidos pelas Fazendas Públicas em virtude de sentença judicial transitada em julgado, sendo o resto pago em razão da ordem cronológica da apresentação do precatório.

Outras alterações controversas são as introduzidas pelos §§ 9º e 10º da EC 62/09 ao art. 100 da Carta Magna. A redação do §9º dada pela referida emenda passou a tornar obrigatória e imediata a compensação do “valor correspondente aos débitos líquidos e certos”, estejam inscritos ou não em dívida ativa ou constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, inclusive as parcelas vincendas constantes de parcelamentos, ressalvando as execuções que constam como suspensas em virtude de contestação administrativa ou judicial. Por sua vez, o §10º determinou que, antes da expedição dos precatórios, o Tribunal competente deveria solicitar à Fazenda Pública devedora informações sobre os débitos que preencheriam as condições estabelecidas no §9º para, assim, prosseguir aos fins previstos, em um prazo de até 30 dias e sob pena da perda do direito de abatimento.

Em relação ao §12º, a emenda em debate definia que a atualização dos valores dos requisitórios independentemente de sua natureza seria feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, isso no interregno de tempo posterior à sua expedição até o seu efetivo pagamento. Já para os fins de compensação da mora, incidiriam os juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, excluindo-se a incidência de juros compensatórios.

11 SARTORI, Ivan Ricardo Garísio. Emenda Constitucional 62/09. Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia, Porto Velho, nº 21, 2010. p. 211.

12 §3º: O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

A EC/62, quando da instituição do art. 97 do ADCT, incluiu no inciso II do §1º do referido artigo que Estados, o Distrito Federal e os Municípios que estivessem sujeitos ao regime especial criado pelo artigo optariam, por meio de ato do Poder Executivo, pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

Também incluiu o § 16, definindo que, a partir da promulgação da referida Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, seria feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidir-se-iam os juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

2.O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DAS ADINS 4.357 E 4.425

2.1. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Após a elaboração da Emenda Constitucional nº 62, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para oferecer limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador, por meio da ADI 4.357, julgada em conjunto com a ADI 4.425. Tratou-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), pela Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário (ANSJ), Confederação Nacional dos Servidores Públicos (CNSP) e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT)¹³.

13 STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 4.357 e 4.425. Relator: Ministro Ayres Britto. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em 12/02/2020. p. 2.

As referidas ADIs centravam-se em duas teses: a primeira alegava uma inconstitucionalidade formal da EC/62, tendo em vista uma suposta inobservância dos dois turnos de votação por parte do Congresso, com esta sendo votada e aprovada na mesma noite. A outra tese era pautada em uma alegação de inconstitucionalidade dos §§ 2º, 9º, 10º e 12, 15, todos do artigo 100 da CRFB e do art. 97 do ADCT.

Em relação à primeira alegação, a Suprema Corte brasileira rejeitou o pedido de inconstitucionalidade formal, vencidos os ministros Ayres Britto (Min. Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Min. Presidente). Nesse sentido, destaca-se o voto-divergência do Ministro Relator, em sua interpretação do art. 60, §2º, parte final, da Carta da República, afirmando que os votos dos parlamentares foram efetuados na mesma noite e em um espaço de uma hora e, portanto, em analogia com os turnos de trabalho laboral (quais sejam, matutino, vespertino e noturno), configurar-se-ia uma votação em apenas um turno: o noturno.

Em relação às alegações de inconstitucionalidade material, o Tribunal Constitucional julgou a ação procedente no que toca a declaração de inconstitucionalidade da expressão "*na data do precatório*", constante do §2º do artigo 100 da Lei Fundamental Brasileira. O regime em si oportunizava aos idosos e portadores de necessidades especiais um pagamento prioritário dos precatórios, o que, em um primeiro golpe de vista, promoveriam a dignidade da pessoa humana, um princípio fundamental da República (art. 1º, III). Contudo, no entendimento colegiado da Suprema Corte, decidiu-se que tal expressão, "enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia"¹⁴, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade¹⁵, sobretudo no que tange à relação entre os cidadãos que são credores da Fazenda Pública, discriminando infundadamente aqueles que alcancem a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório¹⁶.

Em relação aos §§9º e 10º do mesmo dispositivo, o Pretório Excelso considerou as menções à expressão "índice oficial de remuneração da caderneta básica de poupança" como à margem da cons-

14 *Ibidem*, p. 4.

15 *Ibidem*, p. 12.

16 *loc. cit.*, p. 4.

titucionalidade. Em seu voto, o Ministro Relator Ayres Britto afirmou que a opção pela taxa da caderneta de poupança é uma forma de artificializar a atualização monetária, recordando que, nos quinze anos anteriores (1996 a 2010), enquanto a TR (taxa de remuneração da poupança) foi de 55,77%, a inflação foi de 97,85%, de acordo com o IPCA¹⁷. O mesmo foi aplicado à expressão “independente de sua natureza”, presente no § 12º, todos do art. 100 da Carta Magna na redação dada pela Emenda 62. Desse modo, foram vencidos os ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli.

Para a Corte Constitucional, o regime de compensação de crédito a ser inscrito em precatório com “débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora”, regidos pelos §§ 9º e 10º da CRFB, incluído pela EC 62/09, contrariava a efetividade da jurisdição, atentando, assim, contra a coisa julgada e vulnerando o princípio da separação de poderes. Afetaria, também, a isonomia entre o Poder Público e o particular e, por consequência, a própria noção de Estado Democrático de Direito.

Destacou, também, o Supremo que o próprio direito à propriedade restaria violado “nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança¹⁸”, tendo em vista a incapacidade que o padrão da caderneta de poupança possui de preservar o valor real do crédito e a sua desvinculação para com o fenômeno inflacionário, ofendendo, na visão da maioria da Suprema Corte, o princípio da isonomia.

A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN)¹⁹.

17 *ibidem*, p. 45.

18 *loc. cit.*, p. 4

19 *loc. cit.*, p. 5

Em um sentido contrário, destaca-se o posicionamento do ministro Luiz Fux em seu voto-vista, o qual argumentou quem no campo do direito privadom “o instituto jurídico da compensação é modo de extinção das obrigações que tem lugar quando duas pessoas são, simultaneamente, credora e devedora uma da outra”²⁰, encontrando a questão amparo no art. 386 do Código Civil. Para o ministro, exigir a anuência do credor privado para que ocorra a compensação, incorreria em um tratamento mais restritivo para a Fazenda. Aduziu que o mecanismo de compensação garante a preservação da boa-fé entre credor público e privado na vertente *tu quoque* e destacou a importância deste instituto ganhar sede constitucional.

O §12 do art. 100 da CF, lido em comunhão com o inciso II do §1º e 16 do art. 97 do ADCT, na visão da Suprema Corte, “também padecia do vício de inconstitucionalidade, por estabelecer o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança para a atualização dos valores dos requisitórios”²¹ entre a data da expedição e a pagamento de fato. Por sua vez, na visão do STF, o art. 97 do ADCT seria inconstitucional em sua totalidade, por instituir, entre outras inovações, “o leilão para o pagamento de dívidas, regime diferenciado e mais dilatado para o pagamento dos precatórios”²² já vencidos quando da entrada em vigor da EC 62.

2.2. A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Quando da modulação de efeitos desta decisão, o Supremo - que já havia julgado parcialmente constitucional a EC nº 62/09 pelas Ações Diretas 4.357 e 4.425, o que implicaria a extinção *ex tunc*²³ - decidiu restaurar o modelo anterior. Todavia, por meio de decisão monocrática, o ministro Luiz Fux modulou os efeitos da decisão, garantindo a manutenção do regime proveniente da emenda após a declaração de inconstitucionalidade.

20 *Ibidem*, p. 84

21 MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O Ativismo Judicial na Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão Declaratória de Inconstitucionalidade. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 01, p. 9-20, jan./mar. 2016. p. 14.

22 *Ibidem*, p. 14.

23 GUSMÃO, Sílvia Porto Buarque. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista jurídica da Faculdade UNA de Contagem, Contagem, v. 2, n. 1, p. 124-141, 2015. Disponível em: <<<http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/23/31>>>. Acesso em 10. Fev. 2020. p. 136.

Em 25 de março de 2015, em relação aos efeitos para o futuro da modulação, a Corte decidiu “manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016”²⁴, em que pese o alerta do ministro Gilmar Mendes, informando sobre os estudos de José Roberto Afonso e Gabriel Leal de Barros, que apontavam que apenas 62% dos Estados teriam condições de quitar seus débitos em 15 anos e que o prazo de 5 anos na modulação de efeitos não seria o suficiente. Na modulação, entre as definições garantidas no acórdão, o STF manteve a aplicação do índice de remuneração da caderneta de poupança até 25.03.2015; considerou válidas as compensações, os leilões e pagamentos à vista por ordem crescente de crédito, como previsto na EC 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015²⁵; atribuiu a competência ao CNJ para monitorar e supervisionar o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão; delegou a competência ao Conselho Nacional de Justiça para apresentar proposta normativa que disciplinasse a utilização compulsória de 50% dos recursos das contas de depósitos judiciais tributários destinados ao pagamento dos precatórios e a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015²⁶.

Em seu voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou uma interessante proposta, na esteira do entendimento do ministro relator Luiz Fux, a qual continha quatro medidas de transição para viabilizar o pagamento dos precatórios nesse intervalo de cinco anos²⁷.

24 STF. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 4357 QO / DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9057687>>>. Acesso em 16/02/2020. p. 3

25 *Ibidem*, p. 3.

26 *Ibidem*, p. 4

27 *loc. cit.*, p. 136.

3. O IMPACTO NOS ENTES FEDERATIVOS E A REAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Após a edição da Emenda Constitucional nº 62/09, o julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425 e a conseguinte modulação de efeitos por parte do Supremo Tribunal continuaram as tensões relativas ao regime de precatórios. De certa forma, a edição de sucessivas emendas constitucionais que tentaram regulamentar um regime especial de pagamento dos precatórios a serem feitos pelos entes federativos e as posteriores decisões em sede de controle concentrado declaradoras da inconstitucionalidade do poder legislativo reformador refletem as dificuldades que os poderes constituídos enfrentam na busca por um diálogo entre as instituições e os poderes.

De modo a assentar a modulação de efeitos proposta pelo STF quando do julgamento das referidas ADI's, o Congresso editou a EC nº 94/2016. Tal norma se prestou a tratar de temas como consolidar a prioridade de pagamento para os maiores de 60 anos (originários ou por sucessão hereditária) e dos débitos de natureza alimentícia. Também determinou que os entes federados direcionariam um percentual de sua receita corrente líquida para honrar com o pagamento de precatórios e obrigações de pequeno valor.

É mister ressaltar que a EC nº 94/2016 fora contestada por meio da ADI 5.679, proposta pelo então procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, ocasião na qual pediu a suspensão da solução trazida pelo poder constituinte derivado. Já em 2017, o Congresso promulgou a Emenda Constitucional nº 99, que aumentou para 2024 o prazo para Estados, Municípios e o Distrito Federal quitarem seus precatórios em um regime especial, seguindo a decisão do Supremo, atualizando os valores devidos de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)²⁸.

É certa a visão "externa"²⁹ do ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista na modulação de efeitos, que afirmou que o sistema de precatórios foi concebido para ser um mecanismo de moralização

28 BRASIL. Agência do Senado. Disponível em: <<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/14/promulgada-a-emenda-que-estende-ate-2024-o-prazo-de-pagamento-de-precatorios>>>. Acesso em 15/02/2020.

29 O Ministro Luís Roberto Barroso ainda não havia ingressado na Suprema Corte no julgamento das ADIs 4357 e 4425.

por meio da garantia do pagamento das condenações judiciais das Fazendas Públicas, tendo, no entanto, se tornado um instrumento de desvalorização do Poder Judiciário, dado o reiterado descumprimento das decisões judiciais.

4. CAMINHOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA DA CONSTITUIÇÃO?

Hans Kelsen, no último capítulo de sua “Teoria Pura do Direito” (1999), levanta uma clássica distinção entre a interpretação autêntica e a interpretação não-autêntica. Nessa esteira, reitera que os órgãos de aplicação normativa realizam a interpretação designada por “autêntica”, ao passo que os particulares realizam a interpretação definida como “não-autêntica”³⁰.

Por órgãos de aplicação, são entendidos “os ‘órgãos’ encarregados ‘burocraticamente’ da tarefa de ‘aplicar’ o direito”³¹, ou seja, o jurista reconhece como intérpretes autênticos o órgão legislativo, o órgão judicial, em especial a alta cúpula do Poder Judiciário, além das instâncias administrativas. Nesse sentido, o jurista austríaco faz uma diferenciação de cunho quantitativo, afirmando que “a vinculação do legislador é mais reduzida que a do juiz, pois aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este”³². A liberdade do juiz para a criação do Direito, na visão de Kelsen, vincula a decisão do magistrado à moldura da lei.

No contexto brasileiro, a doutrina aponta que “cabe aos três poderes interpretar a constituição. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do judiciário”³³. Também os incisos do art. 60, §4º da Lei Fundamental brasileira indicam a impossibilidade da discussão de uma emenda à Constituição tendente a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos

30 SGARBI, Adrian. Hans Kelsen: (uma introdução teórica). Mimeo. Parte de livro inédito. Cap. 4: Kelsen e a interpretação jurídica. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/9401794/Hans_Kelsen_e_a_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_Jur%C3%ADdica>. Último acesso em 16/02/2020. p. 3

31 *Ibidem*, p. 4

32 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 3a tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249

33 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional : Os conceitos fundamentais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 450

poderes e os direitos e garantias individuais. Ainda que pensando no contexto português, é interessante o raciocínio do jurista Paulo Otero (2001) ao sintetizar que o “legislador de revisão constitucional encontra-se impedido de abolir ou eliminar a identidade da constituição”³⁴.

Não é nova no direito brasileiro a discussão que evidencia a existência de uma dificuldade no diálogo entre os poderes constituídos. O assunto deve ser tratado com extrema cautela para que um tema de relevância política não seja manipulado por governos de cunho autoritário, como ocorreu em alguns episódios da história constitucional brasileira.

A Carta de 1937 é um exemplo de uma experimentação constitucional de uma teoria autoritária do Estado, que teve como expoente as ideias de Francisco Campos. O intelectual mineiro, ao diagnosticar um “momento de transição”³⁵ entendeu que a melhor solução para as desavenças entre o Direito e a Política era a supremacia do Poder Executivo em detrimento dos demais poderes. Desse modo, o teórico, com o intuito de dar “o poder supremo ao presidente da República”³⁶, aproximando-o do povo e garantindo seu poder de decisão em uma clara influência de Carl Schmitt³⁷, acabou por redigir uma Constituição outorgada pautada na “limitação do poder dos juízes de declarar a inconstitucionalidade das leis”³⁸.

Nesse sentido, faz-se necessário regressar a um debate sobre as disputas que tangenciam as “interpretações autênticas” do texto constitucional, usando como prisma de análise o caso julgado pelo STF das ADIns nº 4.357 e 4.425. No contexto de uma Constituição com natureza compromissória, como é o caso da CF/88, a forma de se pugnar pela longevidade de seu texto, ainda mais considerando a volatilidade das relações sociais no século XXI, é a adoção de conceitos indeterminados e de cláusula aberta³⁹.

34 OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à sociedade totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Editora Principia, 2001. p. 237

35 Cf: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 7 e ss.

36 CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 60

37 cf: SANTOS, Rogério Dutra dos. *Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil*. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200003&lng=en&nr m=iso>. Acesso em: 17. Fev. 2020.

38 op. cit., p. 60

39 OTERO, Paulo, *Da interpretação autêntica da constituição*. In: *Revista Direito & política*. Loures, nº 5, p. 68-77, 2014. p. 69.

Em eventuais divergências sobre a redação do texto constitucional, é o Supremo Tribunal o órgão incubido de fixar o sentido da interpretação. Voltado à realidade constitucional portuguesa, Paulo Otero identifica que há, em sede constitucional, uma delegação ao Poder Judiciário para fixar a definição última do sentido do texto constitucional. Em razão disso, questiona se o órgão delegante, no caso português, a Assembleia da República, no exercício do poder constituinte derivado, poderá avocar para si o exercício da competência interpretativa da Constituição, respondendo afirmativamente à questão.

Para o jurista português, essa atuação do órgão legislativo é uma manifestação da interpretação autêntica da Constituição. Nesse sentido, por meio de uma lei de revisão constitucional interpretativa, o poder constituinte reformador tem o condão de esclarecer o sentido a atribuir ao caso analisado. Paulo Otero vai além e, inclusive, sustenta que a interpretação autêntica pode definir um preceito, uma expressão e até um vocábulo integrante do texto constitucional.

Esse mecanismo legislativo teria, segundo o jurista, o condão de determinar a caducidade dos acórdãos do Tribunal Constitucional⁴⁰, transformando-se em um verdadeiro mecanismo de governabilidade, exposto como uma “válvula de escape de um Estado de Direito alicerçado na força decisória do Tribunal Constitucional”⁴¹. Reitera, por fim, que tal lei de revisão fruto da interpretação autêntica pode ser objeto de uma intervenção judicial por parte da Suprema Corte e assim sucessivamente. A institucionalização da interpretação autêntica como uma reação às decisões da Suprema Corte pode, portanto, causar um efeito “tsunami”, travando as pautas nacionais e direcionando as atenções para as tensões entre os poderes constituídos.

Tentar transportar essa análise da interpretação autêntica à realidade constitucional brasileira é uma interessante ferramenta para se pensar a relação conturbada entre os poderes Judiciário e Legislativo sob o pálio da Carta de 1988. Certamente, algumas cautelas devem ser levantadas para se evitar uma comparação precipitada ou incoerente.

Em uma breve explanação, observa-se que a interpretação autêntica ainda não tem um regime institucionalizado no Brasil, diferentemente da realidade portuguesa, como expõe Paulo Otero em seus

40 *Idem*, 2014, p. 71.

41 *Idem*, 2014, p. 72.

estudos. Contudo, é possível identificar um movimento por parte do Congresso Nacional em reagir às decisões do STF que interferem no consenso político.

Um exemplo certo é o caso das vaquejadas. Em apertada síntese, o Estado do Ceará criou a Lei nº 15.299/2013, que regulamentou a prática da vaquejada como prática desportiva e cultural local. A Suprema Corte brasileira, em sede da ADI 4983, declarou a inconstitucionalidade da lei cearense, entendendo que a prática traduzia-se em um tratamento cruel para com os animais. Em reação e na esteira do supracitado parlamento subnacional, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 13.873/2019, reconhecendo a vaquejada, o rodeio e o laço como manifestações da cultura nacional⁴².

O “caso das vaquejadas” enquadra-se mais adequadamente na visão kelseniana de interpretação autêntica se comparada com a visão de Paulo Otero. No entanto, há um franco diálogo, tendo em vista se tratar de uma lei ordinária que estremeceu a força de uma decisão da Corte Constitucional Brasileira.

O “caso dos precatórios”, analisado ao longo do artigo também não pode ser visto sob a ótica da interpretação autêntica da Constituição nos moldes descritos por Paulo Otero, aproximando-se de uma versão aproximada da versão kelseniana. Entrementes, em que pese o não enquadramento na moldura da teoria do jurista português, é certo que a questão foi engolida pelo efeito “tsunami”, ou seja, deslocou-se o centro do debate para a resolução dos problemas dos precatórios, que se arrasta desde 1988, e a solução não adequada do Poder Constituinte originário por meio do art. 100 para um embate entre posicionamentos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

42 À guisa de curiosidade, a questão da vaquejada sempre recebeu um tratamento de bastante destaque na sociologia jurídica brasileira. Oliveira Viana, um dos mais relevantes teóricos do pensamento autoritário e eugenista do Brasil, descreveu em sua obra “Populações Meridionais do Brasil” (1919) um Brasil marcado pela simplificação da sociedade. O país, na visão do jurista, dividia-se em duas classes: o “patriciado rural”, ou seja, os senhores de terra que eram economicamente autossuficientes, e a “plebe rural”, uma massa de trabalhadores livres que orbitavam os senhores de terra. Na visão do autor, a solução para acabar com esse país “simplificado”, era a criação de um Estado autoritário, que desenvolvesse a indústria e o comércio, ideias estas parcialmente adotadas pelo Estado Novo. Para Viana, uma das únicas atividades de “solidariedade social” dentro dessa sociedade fracionada em apenas duas classes, era justamente a da vaquejada: “Só nas regiões dos campos, onde domina o pastoreio - nos pampas do sul e nas caatingas do norte - assinalam-se alguns rudimentos de solidariedade e cooperação. No sul, os trabalhos dos “rodeios” e, no norte, as “vaquejadas” estrepitosas nos dão exemplos de solidariedade vicinal organizada: umas e outras ampliam efetivamente o campo da solidariedade social para um pouco além do núcleo familiar. Há ali uma verdadeira cooperação de vizinhos, com um caráter tradicional, que denuncia um costume”. VIANA, Oliveira. Populações Meridionais do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 232

CONCLUSÃO

A primeira consideração final a ser realizada aqui é um alerta dos riscos de uma eventual consolidação da interpretação autêntica da Constituição no direito brasileiro. Apesar de não ser uma situação abertamente utilizada no Brasil, diferentemente do caso português, essa atividade já encontra suas bases teóricas na atuação do Congresso Nacional. Se consolidada, tal prática interpretativa pode aprofundar uma crise institucional que contraponha os poderes constituídos, causando uma situação de letargia política de difícil resolução.

Na questão dos precatórios, sobretudo quando da elaboração da EC nº 62/09, que se traduz em uma discussão sustentada em três anos de discussões parlamentares, toda a sensação de insegurança jurídica poderia ter sido evitada por meio da realização de um diálogo entre os poderes. Nas discussões que culminaram na edição da referida emenda, consta que o ministro Gilmar Mendes, por requerimento do Senador César Borgesm esteve presente em uma audiência pública na condição de membro da Suprema Corte, contando com a presença de representantes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Magistrados Brasileiros, da União Nacional de Credores e do Conselho Nacional de Política Fazendária.

Urge a necessidade da valorização de espaços de diálogo institucional, como é o caso das audiências públicas. Nesse caso, em um mesmo espaço estiveram presentes representantes da OAB, do STF e do Congresso, o que poderia ter evitado uma longa discussão que paralisou o regime de pagamento dos precatórios.

Desse modo, é urgente a abertura do sistema jurídico brasileiro para um modelo de diálogo e de deliberação, tendo em vista que é essa dimensão deliberativa que aponta para um adensamento da legitimidade no contexto institucional⁴³. Nesse contexto, deve-se também entender que cada um dos poderes deve contribuir com a sua específica capacidade institucional⁴⁴ e, nessa estrutura dialógica, a participação da sociedade deve ser um requisito de validade.

43 MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008. p. 214

44 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012. p. 287

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional : Os conceitos fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais - a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

BUGARIN, Maurício; MENEGUIN, Fernando. A Emenda Constitucional dos precatórios: histórico, incentivos e leilões de deságio. **Estud. Econ.**, São Paulo, v. 42, n. 4, p. 671-699, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612012000400002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12. Fev. 2020.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001.

GUSMÃO, Silvia Porto Buarque. A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista jurídica da Faculdade UNA de Contagem, Contagem**, v. 2, n. 1, p. 124-141, 2015. Disponível em: <<<http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/23/31>>>. Acesso em 10. Fev. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 3a tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FERREIRA, António Casimiro. A concertação económica e social: a construção do Diálogo Social em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. nº 31. Coimbra. Março de 1991.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O Ativismo Judicial na Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão Declaratória de Inconstitucionalidade. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 01, p. 9-20, jan./mar. 2016.

OTERO, Paulo. **A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à sociedade totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI**. Cascais: Editora Principia, 2001.

_____, Da interpretação autêntica da constituição. In: **Revista Direito & Política**. Loures, nº 5, p. 68-77, 2014.

SARTORI, Ivan Ricardo Garísio. Emenda Constitucional 62/09. **Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia**, Porto Velho, nº 21, 2010.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen: (uma introdução teórica)**. Mimeo. Parte de livro inédito. Cap. 4: Kelsen e a interpretação jurídica. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/9401794/Hans_Kelsen_e_a_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_Jur%C3%ADdica>. Último acesso em 16/02/2020

VIANA, Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 2005



LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO

É Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Granada. Foi Delegado da Polícia Federal do Brasil e Consultor Jurídico substituto no Ministério das Cidades. Atualmente, é Professor de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e Advogado da Advocacia-Geral da União. Além disso, também é Membro do Núcleo de Comparações Jurídicas Brasil-Europa e do Conselho Editorial da Revista "Debates em Direito Público".

**LUCIANO MEDEIROS
DE ANDRADE**

EM BUSCA DE UM CONCEITO DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

RESUMO

O princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais sob os quais se assenta o Estado Democrático de Direito. Na esfera administrativa, o princípio consubstancia-se, em linhas gerais, na submissão dos atos da Administração Pública às leis ditadas pelo Parlamento. A natureza e os limites dessa submissão, todavia, não estão corretamente fixados, uma vez que se insiste em fazer uma leitura do princípio nos termos expressos no artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Essa concepção é anacrônica, pois reflete uma visão de Estado muito delimitada e específica e que, em verdade, sequer chegou a ser completamente implementada.

Palavras-chave: Princípio da legalidade; Conceito; A lei na Revolução Francesa; A lei no Estado contemporâneo.

INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso II, da Constituição brasileira garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com fundamento nesse dispositivo, a doutrina¹ e a jurisprudência² brasileiras somente admitem a intervenção da Administração Pública na esfera jurídica dos particulares quando haja expressa previsão em lei.

Sendo a lei considerada a única fonte da qual derivam obrigações juridicamente válidas para os particulares, a Administração Pública somente está legitimada a agir quando autorizada por uma lei, ato normativo editado pelo Parlamento. Mais que uma fonte superior (princípio da supremacia da lei), a lei é a única fonte legitimada para intervir na liberdade privada (reserva de lei). Em suma, os atos da Administração estão vinculados positivamente à lei (*positive bindung*), conforme nomenclatura cunhada pelo austríaco Günther Winkler³.

Essa visão, contudo, não corresponde à realidade do sistema jurídico brasileiro, na qual a Administração Pública atua diariamente criando, alterando ou extinguindo relações jurídicas em situações não previstas em lei.

Diante da perplexidade que causa ao olhar atento sobre a realidade, em que pululam exemplos de atos administrativos que não encontram fundamento direto em alguma disposição legal específica, tem-se, nas últimas décadas, buscado refúgio no conceito de “princípio de juridicidade” da Administração⁴, desenvolvido por Merkl (2004, p. 205 e ss.), segundo o qual a ação administrativa está condicionada pela existência não obrigatoriamente de uma lei, mas de um preceito jurídico de qualquer natureza que a autorize. Nas palavras de Caetano (2001, p. 30): “A legalidade é assim constituída pelo con-

1 Neste sentido, cfr.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65.

2 Cfr. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 195.225/DF.

3 Cfr. FALCÓN, M^o José. et al. *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA, 2018, p. 336.

4 Cfr.: NETO, Eurico Bitencourt. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2008, p. 127; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 180 e ss.

junto das normas formuladas genericamente em termos que sejam obrigatórias para os cidadãos, sejam leis, decretos ou regulamentos, e que estejam em vigor em dado momento no País."

Algumas Constituições atualmente vigentes contêm regulamentações deste gênero. Assim, a Constituição espanhola (art. 103, item 1) e a Constituição alemã (art. 20, item 3) determinam que a Administração Pública atua com submissão plena à lei e ao Direito.

Proclamar a submissão da Administração à ordem jurídica (direito), contudo, não equivale a dizer que a Administração somente pode agir quando haja uma lei autorizativa. A submissão ao direito é o regramento (jurídico) de um poder de fato (político). Corresponde a submeter o exercício de qualquer poder político a regras. Essas regras, todavia, podem ser de diversas naturezas. Como bem destaca De Otto (1987, p. 159), dizer que a Administração somente pode atuar se há uma norma que lhe atribua esse poder não diz nada sobre a natureza e grau da norma, que é justamente o que estabelece o princípio de legalidade, que esta norma há de ser uma lei ditada pelo Parlamento.

A ausência de uma elaboração precisa do princípio tem severas consequências na dogmática do Direito Público brasileiro. Sendo um dos dogmas fundamentais do Estado Democrático de Direito, o esvaziamento do princípio desestrutura a dogmática que lhe é subjacente, pois, conforme lição de Viehweg (1997, p. 17), "una dogmática, cualquiera que sea su estructura, surge y desaparece con sus enunciados esenciales. Cuando éstos dejan de ser sostenidos o, por alguna razón, se vuelven confusos e inseguros, la dogmática se disuelve".

1. UM CONCEITO QUE SE MANTEVE (QUASE) INCÓLUME POR DOIS SÉCULOS

É célebre a frase de Seabra Fagundes (1979, p. 4) de que administrar é "*aplicar a lei de ofício*". Esta expressão, amplamente aceita no Direito brasileiro, reflete a concepção de liberdade e separação de poderes defendida pelos revolucionários franceses do século XVIII, expressa no artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*La loi n'a le droit de défendre que les ac-*

*tions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*⁵.

Os atos praticados pelos demais poderes e órgãos do Estado seriam secundários, executores da lei, mera atividade silogística de subsunção da norma geral ao fato concreto, conforme inicialmente proposto por Beccaria para as normas penais⁶ e, mais tarde, desenvolvido em Kant para todo o direito (2003, p. 155-156):

“Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida geral consiste de três pessoas: o poder soberano na pessoa do legislador; o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz. Estes são como as três proposições num silogismo prático: a premissa maior, que contém a lei daquela vontade; a premissa menor, que contém o comando para se conduzir de acordo com a lei, ou seja, o princípio de subordinação à lei, e a conclusão, que contém o veredito (sentença), o que é formulado como direito no caso em pauta.”

Assim, a existência de prévia regulamentação legal seria condição de validade dos atos dos demais poderes do Estado, incluídos os atos normativos do Poder Executivo (GUASTINI, 2010, p. 91).

Essa concepção de legalidade difundiu-se amplamente entre os sistemas jurídicos da tradição do *civil law* e, ainda hoje, continua presente na legislação de vários países. Além da Constituição francesa de 1958, que proclama solenemente a adesão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789”), o preceito é invocado no art. 23 da Constituição italiana

5 “A lei só tem o direito de proibir as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.

6 “In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.” (BECCARIA, 2009, p. 54)

("Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge"), no art. 19 da Constituição argentina ("Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"), no art. 24 da Constituição peruana ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"), no art. 18 da Constituição austríaca ("Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden"), além do art. 5º da Constituição brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei").

2. DO QUE TRATA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Direito é um produto cultural⁷ e, por isso, como qualquer objeto do espírito humano, alude a uma realidade complexa, multidimensional, que, no caso do Direito, inclui não apenas as normas de conduta propriamente ditas – o objeto do direito por antonomásia –, mas também as instituições sociais de criação e aplicação do direito, os usos e costumes sociais, as concepções metafísicas e valores que condicionam, justificam e dão sentido à ação humana⁸.

O Direito, todavia, é, antes de tudo, um certo modo de organizar a ação dos indivíduos de uma sociedade. A ação humana não está, como a ação animal, apenas condicionada aos instintos. Os humanos possuem uma personalidade que lhes permite construir um sentido próprio à suas existências, por meio da autodeterminação na busca dos fins a serem atingidos e meios a serem utilizados.

Dada a intrínseca finitude do espaço e do tempo em que se dá a ação humana, é inevitável que a conduta de um afete de forma relevante a esfera de ação dos demais. Quando dois ou mais indivíduos agem de forma contraditória sobre um mesmo objeto surge um litígio. Diante da impossibilidade ontológica de existência de ações contraditórias sobre um mesmo objeto ao mesmo tempo, ao menos uma das intenções será frustrada. Assim, uma vez que a liberdade natural de cada um de definir os fins e meios de suas ações encontra

7 Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México D.F: Porrúa, 1997, p. 25 e ss.

8 Cfr. ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2009, p. 48 e ss.

limite e resistência na igual liberdade dos demais, a vida em sociedade exige seja estabelecido um elemento cultural (não natural) de limitação heterônoma da liberdade de cada um.

Nas sociedades mais complexas, a convivência entre os indivíduos é ordenada fundamentalmente⁹ por meio do Direito, assim considerados os sistemas coercitivos, permanentes, institucionalizados e socialmente reconhecidos (legitimidade) de normatização social, cuja estrutura, por infindáveis que sejam as variações possíveis, caracteriza-se sempre pela imposição externa de limites à ação humana (heteronormatividade); a adjudicação a uma pessoa, grupo ou instituição do poder para determinar esses limites; e pelo estabelecimento de mecanismos de garantia do cumprimento dos limites impostos (coação institucionalizada)¹⁰.

O princípio da legalidade é a específica resposta que o Estado de Direito deu ao problema da legitimidade e forma de definição das normas válidas. A legitimidade para definir os limites da ação humana cabe ao Parlamento, e a forma é mediante a edição de leis, normas gerais e abstratas, aprovadas pela maioria dos parlamentares por meio de prévio processo de proposição e discussão pública.

3. PERCURSO HISTÓRICO: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE LEGALIDADE

O princípio de legalidade não se afirmou por mero acidente histórico. Morales (1980, p. 74 e ss.) destaca a luta secular que se travou na baixa Idade Média para que a privação da liberdade e da propriedade pelo rei fosse submetida a um processo dotado de garantias e que se impusesse apenas naquelas hipóteses previstas em normas previamente estabelecidas com o consentimento dos estamentos sociais. A construção do que se entende, hoje, por legalidade encontra suas raízes neste período, que se caracterizou, essencialmente, pela

9 Evidentemente que a conduta humana não é regida apenas pelo Direito, mas por diversos outros sistemas normativos, a exemplo da moral, da religião, das regras de etiqueta, dos códigos de ética profissionais, entre outros sistemas. Contudo, nas sociedades contemporâneas, o Direito assume um papel predominante, regulando cada vez mais aspectos da vida humana. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005, p. 13 e ss.

10 Bem destaca Tamayo y Salmorán (1986, p. 27) que “la presencia del derecho indica la existencia de instituciones sociales de cierto tipo: una que declara o establece qué conductas no son optativas y otra que aplica o ejecuta las sanciones.”

fragmentação do poder político. Os reis não eram soberanos, mas senhores maiores na cadeia de vassalagem (*primus inter pares*), que mantinham vínculos de proteção e apoio mútuo (*auxilium et consilium*) com os demais senhores feudais do reino. Por isso, as decisões fundamentais do reino eram adotadas em acordo com os principais representantes dos demais estamentos, por meio de assembleias medievais, que, apesar de serem órgãos meramente consultivos do rei, detinham enorme poder nas decisões do monarca, pois, em geral, o rei, para governar, dependia dos recursos, principalmente econômicos e militares, dos demais estamentos.

O período que se estende da queda do Império Romano do Ocidente até os séculos XI e XII, período conhecido como Alta Idade Média, foi caracterizado pela relativa autonomia do direito perante o poder político, o que possibilitou o desenvolvimento de diversos centros de poder paralelos ao poder do rei, cada qual com seu respectivo ordenamento jurídico (GROSSI, 2014, p. 48). À medida que os monarcas concentram o poder político em seu território, todos esses ordenamentos jurídicos são submetidos a um único ordenamento controlado pelo soberano político (*rex facit legem*)¹¹. A consolidação do poder real exigia a eliminação dos poderes intermediários ou periféricos que atuavam como centros autônomos de produção do direito (DE CABO MARTÍN, 2000, p. 16).

Havia, também, a necessidade de diminuir o arbítrio e insegurança jurídica provocados pela profusão de ordenamentos jurídicos que caracterizavam o Direito Medieval¹². Além do direito local, coexistiam direitos de classes, normas feudais, o direito canônico, o direito comercial, o direito marítimo, além do direito romano, chamado de direito comum¹³, cada um proveniente de fontes as mais diversas.

11 Assim o conselho dado ao rei Felipe IV de Espanha, cujo reinado se estendeu de 1621 a 1640, no documento intitulado "Gran Memorial", cuja autoria é atribuída ao conde-duque de Olivares: "Tenga V. Majd. por el negocio más importante de su Monarquía el hacerse rey de España; quiero decir, señor, que no se contente V. Majd. con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense con consejo maduro y secreto por reducir estos reinos de que se compone España al estilo y leyes de Castilla, sin ninguna diferencia en todo aquello que mira a dividir límites (...) Que si V. Majd. lo alcanza será el príncipe más poderoso del mundo."

12 O rei Manuel I de Portugal justifica a elaboração das Ordenações Manuelinas, de 1521, com a necessidade de sanar as dúvidas quanto ao direito vigente: "vendo nós, como nas Ordenações pelos reis nossos antecessores, e por nós agora feitas, a muitos casos não era provido, e em alguns havia diversos entendimentos; e assim por andarem espalhadas, donde aos julgadores cresciam muitas dúvidas e às partes grande perda; e querendo nisso prover, determinamos com os do nosso Conselho e letrados, reformar estas Ordenações, e fazer nova Compilação, de maneira que assim dos letrados como dos outros se possam bem entender."

13 Cfr. SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do direito na Europa: da idade média à idade contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 254 e ss.

As transformações pelas quais passou Europa a partir da baixa Idade Média explicam, outrossim, o declínio do direito consuetudinário e a ascensão da lei como fonte primeira de regulação social.

A partir do século XII, a organização socioeconômica da Europa se altera profundamente com o ressurgimento do comércio e das cidades (burgos), cujo dinamismo que lhes é peculiar não se coadunava com as primitivas regras consuetudinárias medievais. Como bem ressalta Guastini (2010, p. 73), as normas consuetudinárias se formam lenta e gradualmente e, portanto, são normas que carecem de capacidade de adaptação a mudanças. Assim, à medida que a estática sociedade agrícola dos feudos vai se convertendo na dinâmica sociedade comercial dos burgos¹⁴, requer-se a regulação das relações sociais por meio de normas mais dinâmicas, com maior capacidade de adaptação as mudanças.

As normas consuetudinárias, além do mais, não são facilmente cognoscíveis, uma vez que não são normas escritas e, por isso, não eram capazes de garantir a segurança jurídica que as transações do comércio em expansão exigiam.

Porém, é no século XV que o costume será definitivamente substituído pela lei. Nesse período, espalha-se pela Europa o que se convencionou chamar de Renascimento, movimento cultural que rompe definitivamente com a concepção medieval de natureza teleológica da "sociedade como ordem natural presidida por Deus, fundada na fixidez e no imobilismo estamental de status e papéis [...] e substituiu-a por uma concepção [...] voluntarista da sociedade como construção histórico-social, cultural e artificial do homem." (TAVARES, 1973, p. 206, *apud* WOLKER, 2005, p. 17).

O racionalismo que marcou o *Renascimento* condenava o (por ele considerado) irracionalismo na criação das normas consuetudinárias, criadas pela mera repetição e aceitação, de forma anônima e

14 Paolo Grossi (2014, p. 187-188) nos dá uma imagem bastante precisa das transformações da época: "A estrutura simples da velha sociedade protomedieval se torna complexa: ao movimento imóvel dos campos uniu-se o movimento agitado, cada vez mais agitado, das cidades e transações comerciais entre cidades; à estática das relações agrárias une-se a dinâmica dos comércios; surgem novos profissionais, enquanto a praxis mercantil e a marítima cunham instrumentos econômicos novos. Em suma, é uma civilização que considera inadequadas as primitivas regras consuetudinárias, respeitadas e eficientes no passado, ou que, ao menos, requer novas regras que se coloquem lado a lado com as antigas. São muitos os vazios a preencher, os casos não previstos que aguardam qualificações jurídicas apropriadas. É uma sociedade que vive e que age ativamente entre os séculos XI e XII à espera de ser juridicamente organizada."

involuntária. A lei, produto da razão consciente, é considerada, por isso, a fonte mais adequada de expressão da vontade consciente do homem.

Essas ideias atravessam os séculos e, durante o Iluminismo, encontram o espírito de época de que necessitavam para se tornarem universais.

A consolidação da lei como fonte primeira dos ordenamentos jurídicos estatais se deve, ademais, ao embate que se travou entre o rei e demais nobres do reino. À medida que os monarcas adquirem força e consolidam o seu poder, os estamentos feudais (nobreza, burguesia e clero), em resposta, exigem a participação nos assuntos que afetem a comunidade política do reino. Como fundamento jurídico, apoiam-se no brocardo "*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*" (o que concerne a todos deve ser por todos aprovado), extraído do *Corpus iuris civilis*, de Justiniano¹⁵. Especialmente entre os séculos XII e XIV, por toda a Europa, as assembleias medievais deixam de ser meros conselhos consultivos do rei (*Magnum Consilium*) e se tornam cada vez mais órgãos de controle e freio do poder real (*Parlamentum*)¹⁶.

15 Deve-se ressaltar que o sentido que se lhes dá aos textos do Direito romano utilizados ao longo da Idade Média é bastante diverso daquele que possuíam originalmente. Como destaca Grossi (2014, p. 12), a utilização do "texto romano é quase sempre apenas a cobertura de autoridade de uma construção jurídica que se desenvolve de maneira autônoma".

16 Há enormes diferenças entre as assembleias medievais e os parlamentos contemporâneos, de forma que é impreciso dizer que estes são meras evoluções históricas daquelas. Há, contudo, inúmeros pontos de convergência entre as duas instituições políticas, que recomendam buscar na evolução das assembleias medievais algumas chaves para a compreensão dos parlamentos. Sobre essa evolução, vale transcrever a observação de Bobbio (2015, p. 1.123): "La descentralización de la autoridad, que es básica en la organización feudal, suscita la exigencia de la acción balanceadora de algún elemento unificador. Inicialmente esta función la desempeñaba el mismo entourage del soberano, es decir ese grupo bastante reducido de grandes feudatarios laicos y eclesiásticos que toma el nombre de curia o de consilium regis. Probablemente es de este núcleo de donde han nacido, por ampliación progresiva, los p. medievales. Una etapa fundamental de este proceso está señalada por la intervención – intermitente y con peso incierto primero, luego cada vez de frecuencia más regular y de eficacia mayor, en las reuniones de estos organismos – de los delegados de los centros ciudadanos que van adquiriendo una creciente importancia económica y social. Esta institución ampliada pierde el carácter de órgano estrechamente vinculado al soberano con funciones de consejo y de asistencia; en estas tareas cede poco a poco su puesto a los organismos con carácter profesional (es decir formados por clérigos) y más especializados que van naciendo. El Magnum Consilium se transforma en Parlamentum y de esta transformación sale con una posición de mayor autonomía respecto del poder regio. En relación con esta nueva posición se desarrollan los poderes de control y de freno. Un proceso genético de este tipo se verifica más o menos en todos los países europeos entre el siglo XIII y el XIV; las vicisitudes posteriores de los p. serán del más variado tipo. En la base de estos desarrollos históricos hay una doble exigencia. De una parte actúa la necesidad del poder central regio de coagular el consenso del país asociando (y por lo tanto comprometiendo) en las decisiones políticas a los poderes periféricos (tanto feudales como ciudadanos), sin la colaboración de los cuales la ejecución de cualquier programa político se convierte en casi imposible. Por lo tanto, paradójicamente, es el poder real el que, por lo menos en los comienzos, mientras no dispone de sus propios instrumentos administrativos eficaces, solicita una cierta participación de los componentes políticamente relevantes del país. De la parte opuesta entra en juego la exigencia que los poderes periféricos sienten de garantizar los propios privilegios y de ejercer un control verdadero sobre el empleo que el poder regio hace de sus contribuciones personales y financieras (recuérdese el aforismo inglés; "no taxation without representation")."

Essa pugna entre o monarca e as assembleias medievais resulta na celebração de diversos pactos de outorgas de direitos que carregarão a semente dos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Em 1215, é celebrada a famosa *Magna Charta Libertatum*, pacto entre o rei João “sem terra” e os nobres ingleses, em que o rei reconhecia aos nobres a garantia de que: “Nenhum homem livre poderá ser detido ou preso ou privado de seus direitos ou bens, nem colocado fora da lei ou banido ou de outra forma privado de sua posição, nem usaremos a força contra ele ou enviaremos outros a fazê-lo, exceto em virtude do julgamento de seus pares e segundo as leis do reino.” Diversos outros pactos de garantias foram estabelecidos entre rei e nobreza a partir da baixa Idade Média, podendo-se destacar os *Fueros* em Espanha, especialmente os *Fueros de Aragón*, aprovados pelas Cortes de Huesca de 1247; as Declarações das Cortes de León de 1188; a Bula de Ouro sancionada pelo Rei André II da Hungria em 1222; e as diversas declarações de direito inglesas, entre as mais importantes, a *Petition of Right*, redigida pelo Parlamento inglês em 1628; e a *Bill of Rights*, redigida em 1689¹⁷.

Essas declarações de direitos não têm aspirações à universalidade¹⁸, apenas reivindicam o respeito a algumas liberdades específicas em favor da burguesia, do clero e da nobreza. Reivindicam-se, neste momento, especialmente, a proteção contra prisões e detenções arbitrárias (*nulla poena sine lege*) e o confisco de bens (*nullum vectigal sine lege*). Porém, a imposição desses princípios específicos abre o caminho para um princípio geral de legalidade sobre as medidas executivas do Estado (JESCH, 1978, p. 136), pois já traz subjacente alguns preceitos que se tornarão a própria ideia de legalidade.

Antes de tudo, a ideia fundamental presente nessas declarações é a luta contra o arbítrio, contra a ação sub-reptícia, sorrateira, inesperada¹⁹. A ação do Estado deve ser previsível, por isso, deve se subme-

17 A Bill of Rights de 1689 já contém expressamente o princípio de legalidade tributária: “That levying money for or to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal;”

18 Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57 e ss.

19 Cfr. MOLES CAUBET, Antonio. Implicaciones del Principio de Legalidad. Instituto de Dere, 1971, p. 139: “También en el principio de legalidad subyace desde luego una vieja idea política –la de impedir cualquier actuación arbitraria del Poder Público– convertida, al hacerse históricamente realizable, en una norma más o menos explicitada del Ordenamiento Jurídico.”

ter a procedimentos previamente fixados. É a ideia da anterioridade legal, que recebeu maior destaque justamente em matéria penal (prisões e detenções) e tributária (confisco de bens).

Por outro lado, é a luta pela submissão do poder político ao Direito. A luta contra a imunidade do poder, contra os “redutos isentos e não fiscalizáveis” do Poder Executivo do Estado (ENTERRÍA, 1962, p. 166). É, por consequência, também a luta pelo fim do poder real de “subtrair quem ele quiser ao cumprimento da lei, concedendo direitos especiais (privilégios) ou isentando de deveres gerais (dispensas), quando não se subtrai ele próprio às regras gerais, mandando prender ou matar por motivos políticos os que lhe desobedecem ou os que ameaçam o seu poder” (AMARAL, 2006, p. 61).

4. A REVOLUÇÃO FRANCESA: O APOGEU DA LEI E DO PARLAMENTO

A partir de fins do século XV, com a formação dos Estados nacionais modernos, a lei adquire papel primordial na teoria política, pois é identificada como expressão mesma da soberania do príncipe (“*Princeps legibus solutus est*”²⁰). Soberano é aquele que tem o poder de ditar leis que vinculam a todos, independentemente de qualquer consentimento, segundo a clássica lição de Bodin (1997, p. 71). Sendo a vontade do soberano absoluta, a lei se torna, em consequência, a fonte suprema de criação do direito, não limitada ou subordinada por nenhuma outra fonte.

É, contudo, no pensamento iluminista que a lei atinge o seu apogeu. Malgrado a diferença entre as teorias sobre a liberdade civil que se desenvolveram à época, pode-se dizer, em resumo, que se consolidou a consciência de que é por meio da lei civil que os indivíduos asseguram a liberdade em sociedade, pois garante-se, a cada um, a liberdade de não estar subordinado a nenhum capricho ou vontade

20 “*Princeps legibus solutus est; Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*” (Digesto, 1, 3, 31). À falta de um fundamento legal para as pretensões políticas dos monarcas modernos, as teorias que embasavam o poder real se utilizaram em larga medida de trechos e conceitos do direito comum (Direito Romano), especialmente do Corpus Iuris Civilis, de Justiniano. Estas teorias, contudo, realizaram “uma leitura desenfreadamente criativa (em uma espécie de desconstrução avant lettre) do texto romano”, atribuindo-lhe significado bastante diverso do significado original do texto como denuncia Pietro Costa (2010, p. 98).

peçoal, mas somente às leis que todos os indivíduos, coletivamente, deram a si próprios. A liberdade, em suma, é “o direito de não se submeter senão às leis”, conforme expressou o filósofo francês Benjamin Constant (1985, p. 10), no célebre discurso proferido no Ateneu Real de Paris, em 1819.

Baseados nesta visão sobre a liberdade, em 1789, os revolucionários franceses instituíram um modelo radical de soberania, de titularidade do povo e exercida por representação pelo Parlamento, por meio da lei, expressão da vontade geral da nação, e, por isso, única fonte jurídica legítima para criar direitos e impor obrigações. Essa reserva geral de lei foi expressamente consagrada no art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que expressa, ao mesmo tempo, um conceito de liberdade e de organização do Estado. O poder de determinar as normas sociais vigentes é de titularidade da própria sociedade (soberania popular), que o exerce, porém, indiretamente, por meio de um corpo de representantes eleitos pelo voto dos membros da comunidade, o Parlamento. Por isso, as normas emanadas do corpo de representantes da sociedade (as leis) são dotadas de uma especial força, que lhes garante a supremacia perante os atos jurídicos praticados pelos demais poderes constituídos, em especial, perante os atos administrativos do Poder Executivo²¹.

Em consequência, os demais poderes do Estado se transformam em meros agentes executivos do único poder representativo da soberania, o Parlamento. O princípio da separação dos poderes, portanto, mais do que garantir a autonomia entre os poderes, foi pensado para garantir a supremacia do Poder Legislativo (HOMEM, 2001, p. 189). A separação entre os poderes é absoluta. Ao poder executivo é vedado ditar qualquer lei, mesmo provisória. Pode apenas expedir “proclamations” para execução das leis, conforme previsto no art. 6, capítulo IV, do Título III, da Constituição de 1791²².

Como assinala Moncada (2002, p. 71), a supremacia política do parlamento determina a supremacia jurídica da fonte da qual emanam suas decisões. Por isso, a lei parlamentar, enquanto expressão da vanta-

21 O Poder Executivo do Estado é aquele que dispõe diretamente de meios de coerção para constringer fisicamente os indivíduos ao cumprimento das normas jurídicas, razão pela qual, como bem observa Guastini (2010, p. 97): “tradizionalmente, il principio di legalità è riferito non ai pubblici poteri in genere, ma specificamente al potere esecutivo”.

22 “Article 6 - Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution.”

de soberana do povo, é juridicamente incondicionada em seu conteúdo, o que acarreta importantíssimas consequências. A primeira delas, a natureza meramente formal do conceito de lei, pois que, em podendo dispor em qualquer sentido sobre qualquer matéria, a lei define-se não pelo seu conteúdo, mas apenas pela fonte da qual emana.

A segunda consequência é a suprema posição da lei na hierarquia normativa. A lei é a única e primária fonte de produção do Direito. As demais fontes normativas são meramente subsidiárias, subsistem apenas “en los espacios que la ley les asigna y tienen relevancia jurídica sólo cuando la ley delega en ellas la regulación de determinadas materias.” (LUÑO, 2011, p. 76).

Por fim, e como consequência mais radical, as leis estavam imunes a qualquer forma de controle, sendo vedado ao Poder Judiciário impedir ou suspender a execução da lei, conforme proibição imposta pelo art. 10, do Título II, da Lei de 16-24 de agosto de 1790²³, que tratava da organização judiciária, e, posteriormente, incluída no art. 3º, do capítulo V, do Título III da Constituição francesa de 1791²⁴.

A execução da lei tinha que se dar de forma direta e automática, tendo sido vedada sequer a mera interpretação da lei por outro poder além do Poder Legislativo, assim que qualquer dúvida sobre o sentido de uma lei deveria ser encaminhada para a solução do Parlamento (sistema *del référé législatif*)²⁵. Até mesmo a atividade judicial se converte em mera execução da lei.

23 “Article 10. Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.”

24 “Article 3. - Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.”

25 Segundo o art. 12 da Lei nº 16-24, de Agosto de 1790, os Tribunais “ne pourront point faire des règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois que'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.” (p. 70)

5. REORIENTANDO O CONCEITO DE SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO À LEI PARLAMENTO

A Revolução Francesa apresenta elementos tão peculiares e que ecoaram tão profundamente no pensamento da civilização que é considerada por muitos historiadores como o marco que dá início a uma nova era histórica, a Idade Contemporânea.

No âmbito do Direito, a influência não foi menos importante. Basta dizer que a atual disciplina do Direito Administrativo deita as suas raízes na revolução. Segundo Zanobini (1958, p. 41), a Lei de 28 pluviôse do ano VIII (1800) pode ser considerada a certidão de nascimento do Direito Administrativo, quando, pela primeira vez, a Administração Pública recebeu “un’organizzazione giuridicamente garantita ed esteriormente obbligatoria.”

Muitos dos institutos e teorias do Direito Administrativo se originam dessa época, entre eles, o princípio de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de uma lei. Contudo, essa concepção de vinculação da Administração Pública à lei reflete uma visão de Estado muito delimitada e específica esboçada pelos revolucionários franceses e que, em verdade, sequer chegou a ser implementada, como denunciado por Duguit (1893, p. 99 e ss.).

Por isso, a ideia de uma cláusula geral de vinculação positiva da Administração à lei sofre severas críticas, especialmente na doutrina espanhola. Pastor (2018, p. 50) denuncia que, apesar de a doutrina majoritária se pronunciar a favor do princípio de vinculação positiva, “la práctica acredita todo lo contrario.” Nieto (1986, p. 246) é ainda mais contundente e considera a vinculação positiva à lei uma “magnificación fetichista de la ley”.

Callejón (2017, p. 196-199), referindo-se aos atos normativos da Administração, é categórico em afirmar que “No es posible defender en España la idea de una vinculación positiva a la ley que exija siempre y en todo caso una ley previa para que el reglamento intervenga,” concluído que a concepção puramente mecanicista dos regulamentos administrativos, como mera execução da lei, nunca correspondeu à realidade.

A ideia de uma vinculação positiva da Administração à lei é, outrossim, autocontraditória. A Administração Pública não é mera executora de decisões pré-estabelecida, senão que é ela própria um importante e necessário centro decisório. Seja porque o administrador público possui conhecimentos técnicos especializados, seja porque está mais próximo ao objeto de regulação, o legislador, em regra, elabora regulações não exaurientes, que deixam à avaliação da Administração diversos aspectos do ato a ser praticado. É o próprio conceito de discricionariedade administrativa.

Além do mais, pela sua própria estrutura, geral e abstrata, a lei não é capaz de definir uma solução para todas as vicissitudes do caso concreto²⁶. Por isso, as medidas e ações administrativas necessárias à satisfação do interesse concreto da coletividade escapam inexoravelmente à regulamentação exauriente do legislador.

Abandonando-se o conceito de legalidade como vinculação positiva à lei, pode-se, todavia, cair na tentação da solução fácil de considerar que a Administração, portanto, está negativamente vinculada à lei, isto é, pode fazer tudo aquilo que não esteja expressamente proibido por uma norma de hierarquia legal.

Esse conceito de vinculação negativa à lei também não corresponde à realidade atual, e, da mesma forma que a ideia de uma estrita vinculação positiva, tem a sua existência bem delimitada no tempo. Pode-se dizer que corresponde essencialmente às monarquias doutrinárias do século XIX, surgidas com o movimento de restauração que se deu após a derrota de Napoleão em 1815.

Devido ao enorme poder adquirido pela burguesia, a restauração da monarquia na Europa teve de se dar mediante o compromisso de respeito a alguns direitos e garantias adquiridos ao longo do período revolucionário. Assim, a partir da Constituição francesa de 1814²⁷, instaura-se o princípio monárquico, que reconhecia o poder

26 Nas palavras de Neto (2006, p. 560) "O Estado deve agir legitimamente, em sua atuação administrativa, conformando-a, por certo, às necessidades e condições conjunturais. Ora, como muito complexa é muito mutável a conjuntura política, econômica e social que a Administração Pública deve considerar em sua atuação, não existe possibilidade de prever-se, na norma legal, por definição geral e abstrata, de um modo permanente e integral, em que condições o interesse público deverá ser atendido, em cada caso concreto."

27 Diz o preâmbulo da Constituição de 1814: "Nous avons considéré, que, bien que l'autorité toute entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence des temps."

originário do monarca, no entanto, com o compromisso de que a intervenção na liberdade e propriedade dos indivíduos só seria admitida por meio de lei ditada pelo Parlamento²⁸.

Após o final da Guerra da Sexta Coalização (1812-1814), esse arranjo entre monarca e Parlamento foi estendido a todos os países da coalizão vencedora, composta por Áustria, Reino Unido, Espanha, Portugal, Rússia, Prússia, Suécia e alguns Estados alemães. O princípio monárquico teve particular ascendência nos Estados alemães integrantes da Confederação Alemã. De acordo com a regra estabelecida na Ata Final do Congresso de Viena²⁹, de 15 de maio de 1820, que criou a Confederação Alemã, o poder estatal nos Estados da confederação permaneceria nas mãos dos príncipes soberanos, mas "vinculado à participação dos estamentos no exercício de determinados direitos em virtude de uma Constituição estatal" (art. 57).

Uma vez que o monarca detinha o poder político originário, restavam-lhe não apenas os poderes enumerados, mas todo poder que não lhe havia sido limitado pelo Parlamento por meio de uma lei. Assim, os atos da Administração estariam vinculados apenas negativamente à lei.

Essa organização do Poder Executivo do Estado, contudo, não encontra mais guarida nos Estados contemporâneos, pois fundamenta-se na ideia de que o poder repousa no chefe de Estado, porém, juridicamente limitado pela representação popular nos assuntos que afetam diretamente à liberdade e à propriedade dos cidadãos. Para além dessa limitação, o Poder Executivo monárquico seria juridicamente ilimitado. Em consequência, relações compreendidas dentro do âmbito interno do Estado, a exemplo das relações de sujeição especial (servidores públicos, usuários de serviços públicos, etc) e das normas de organização administrativa, quedariam fora de qualquer controle jurídico. (JESCH, 1978, p. 21-22)

Nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, especialmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, elaborou-se um modelo de organização administrativa bastante forte para atuar,

28 Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer, et al. *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 190 e ss.

29 Após o fim da guerra contra Napoleão, as nações vencedoras realizaram vários encontros diplomáticos, chamados de "Congresso de Viena", com o intuito de reorganizar as fronteiras entre os países e restabelecer o poder monárquico na Europa.

porém bastante controlado em sua atuação. Em troca das prerrogativas e privilégios que são concedidos à Administração Pública, especialmente o poder de interferir unilateralmente na esfera jurídica dos indivíduos, submete-se a ação da Administração a exigências de validade e mecanismos de controle mais rígidos do que aqueles aos quais os indivíduos estão sujeitos.

Assim, a relação da Administração Pública com a lei não pode ser enquadrada em nenhum esquema abstrato, apriorístico, seja de vinculação positiva, seja negativa. A simples observação dos sistemas constitucionais nacionais é capaz de revelar que cada modelo é composto de diversos e complexos instrumentos de controle da ação administrativa. A complexidade da estrutura organizativa dos Estados contemporâneos impede que se estabeleça um modelo *standard*, capaz de reunir em si os traços fundamentais de todos os ordenamentos jurídicos. Como bem destaca Callejón (2014, p. 15), “cada ordenamiento jurídico sigue sus propios criterios para determinar sus fuentes del Derecho, sin que se pueda establecer reglas universales.”

6. ENCAIXANDO AS PEÇAS: APONTAMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Descartada a ideia de que a vinculação da Administração à lei se dá de forma homogênea, mediante a opção entre dois modelos possíveis (vinculação positiva ou vinculação negativa), é necessário apontar alguns elementos que caracterizam a legalidade administrativa nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Tratando-se de uma investigação geral, não identificada com nenhum ordenamento jurídico em particular, não é possível fazer uma definição mais aprofundada, pois, conforme dito anteriormente, o encaixe entre as diversas peças do modelo é específico de cada Estado nacional. Como ressalta Morales (1980, p. 19), a lei é “una pieza tan estratégicamente situada en la intersección del Legislativo con el Ejecutivo que cada inflexión producida en el modo de concebir las estructuras constitucionales – y, en concreto, la relación en que respectivamente se sitúan los dos citados poderes – ha repercutido lógicamente en una simétrica y distinta valoración de la ley. Ello per-

mite entender que no pueda apelarse a una concepción unívoca de la misma dentro del constitucionalismo occidental o, dicho en otras palabras, que no exista una tradición, sino tradiciones muy vinculadas a paralelos modelos o tendencias estructurales en torno al sentido y alcance de esta figura.”

Sem embargo, alguns apontamentos gerais podem indicar alguns dos lugares onde se pode encontrar elementos para a construção de um conceito de legalidade administrativa.

A primeira observação que se deve fazer é quanto à posição da lei no sistema de fontes. Quando se fala em princípio da legalidade na tradição liberal do século XIX, afirma-se a posição de supremacia da lei no sistema de fontes, posição essa garantida independentemente do conteúdo da lei ou da relação jurídica que esta regula.

Uma vez que as Constituições liberais promulgadas ou outorgadas no século XIX não possuíam força normativa, ou seja, não regulavam diretamente relações jurídicas, as normas de conduta estabelecidas em lei ocupavam inexoravelmente a cúspide do sistema jurídico, não se conformando ou se submetendo a nenhuma outra norma. Eram as leis que ditavam a força e os efeitos das demais regras do ordenamento.

Às Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, contudo, é reconhecida força normativa direta, isto é, capacidade de regular diretamente relações jurídicas, o que fez com que as demais regras jurídicas do sistema passassem a ter a força e os efeitos que as regras da Constituição lhe conferissem, o que afetou diretamente a posição da lei no sistema de fontes, transferida para um plano hierarquicamente secundário e limitado materialmente “a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución” (DE CABO MARTÍN, 2000, p. 80).

A partir do momento em que a Constituição se torna a fonte suprema da ordem jurídica, a força normativa da lei já não é mais pré-determinada pela sua natureza, mas decorre de sua relação com o emaranhado de normas que compõem o ordenamento jurídico, conforme os critérios estabelecidos pela Constituição³⁰. Assim, a re-

30 Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 2015, p. 54 e ss.

partição do poder legislativo não se estabelece mais como consequência direta soberania popular, senão que depende da específica forma como é dividido o poder político em cada ordenamento.

A Constituição francesa de 1958, por exemplo, adotou um modelo de divisão de competências legislativas entre o Parlamento e o governo. As matérias reservadas à lei são elencadas no art. 34 da Constituição, restando ao regulamento, por força do art. 37, a regulamentação das demais matérias.

Algumas Constituições, por sua vez, recusam qualquer competência legislativa ao governo. A Constituição dos Estados Unidos declara, em seu artigo primeiro, que "All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives."

Há Constituições que permitem a delegação de poder legislativo ao Poder Executivo. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola de 1978 (art.82). Ou, ao contrário, pode ser expressamente vedada a delegação legislativa, como ocorreu na Constituição francesa de 1946. Ou, ainda, *tertius genus*, a Constituição de Portugal de 1976 tem competências legislativas de reserva absoluta da Assembleia da República (art. 164) e matérias que podem ser delegadas ao governo (art. 165).

Da mesma forma, diversa é a abertura de cada sistema ao que Merkl (2004, p. 214) chama de "direito de necessidade do Estado", que autoriza ao Poder Executivo adotar medidas legislativas em caso de urgência. São, por exemplo, os "prowedimenti provvisori con forza di legge", previstos na Constituição italiana de 1948. No Brasil, essa abertura é bastante ampla, mesmo após a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que restringiu o poder do Presidente da República de editar Medidas Provisórias (art. 62).

A Constituição alemã de 1949 e a Constituição francesa de 1958, contudo, não contemplam a figura dos decretos de urgência. Na Alemanha, em especial, a capacidade normativa regulamentar do Poder Executivo é bastante regrada, pois, à exceção da regulamentação dos aspectos organizativos internos, exige-se autorização em lei, que determine o conteúdo, o objeto e o alcance da autorização outorgada (art. 80, 1).

Outra característica importante das democracias contemporâneas é que elas possuem ordenamentos jurídicos complexos, devido à existência de diversos critérios de estruturação do próprio sistema (CALLEJÓN, 2017, p. 94). Por essa razão, "el principio de legalidad no puede quedar plenamente expresado en una única norma constitucional, por cuanto domina todo el Ordenamiento Jurídico de cuya coherencia interna es factor decisivo" (CAUBET, 1971, p. 137).

Assim, o enunciado do art. 5º, II da Constituição brasileira, isoladamente considerado, não é capaz de expressar a posição e a força da lei no sistema de fontes. Há que se buscar, no ordenamento jurídico, as normas que regulam o processo de produção de normas, chamadas pela doutrina italiana de normas sobre a produção jurídica³¹ ("*norme sulla produzione giuridica*").

As potencialidades de cada norma não são mais uma característica própria de cada espécie, mas aquelas que lhe são dadas pelas normas que regulam a produção jurídica, que definem, entre outras questões, a competência normativa dos diversos órgãos, os procedimentos de produção de normas, além da força normativa de cada uma delas (CALLEJÓN, 2017, p. 77).

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos não se estruturam apenas sobre o princípio de hierarquia, como os ordenamentos liberais do século XIX, mas, dentro de um mesmo plano hierárquico, coexistem diversas normas de origem distintas. Essas normas, dada a ausência de hierarquia entre elas, regem-se pelo princípio de competência, que atribui marcos territoriais, pessoais, temporais, de validade, entre outros, a cada uma dessas distintas fontes, garantindo, assim, um critério de unidade dentro da pluralidade de fontes do ordenamento.

A atribuição desses critérios é feita não apenas pelas normas constitucionais, mas, também, pelo que a doutrina italiana denominou de "*norme interposte*", que são normas infraconstitucionais que possuem a virtualidade de condicionar a criação de outras normas de mesma hierarquia. São as normas que formam o chamado "bloco de constitucionalidade".

31 Cfr. GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 307.

O regramento dos direitos e garantias fundamentais também é uma das balizas determinantes para a definição do conteúdo do princípio de legalidade. Em geral, o princípio da reserva legal é estabelecido como garantia dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente, dos direitos de liberdade (liberdade de locomoção, de pensamento, de reunião, de culto, inviolabilidade da intimidade e da honra, etc).

A Constituição alemã, por exemplo, quando autoriza a restrição de um direito fundamental, exige que a restrição deva ser feita por uma lei geral e não limitada a um caso individual (art. 19.2).

A Constituição portuguesa também exige uma lei e, ademais, define as hipóteses para a restrição de um direito fundamental (art. 18, 2).

Na Espanha, a regulamentação de qualquer direito fundamental somente pode ser feita por uma lei de quórum qualificado (ley orgánica), que, ademais, deve respeitar o conteúdo essencial do direito (art. 53, 1 c/c art. 81.1).

Importante, também, se ter em mira que, diante do controle de constitucionalidade das leis, as decisões dos tribunais constitucionais se tornaram uma das peças que compõem o próprio sistema de fontes, para não dizer que se tornaram propriamente fonte do direito. Por isso, o entendimento do princípio de legalidade em cada ordenamento jurídico somente se dá de forma correta se integrado à jurisprudência constitucional³².

Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol permite que o regulamento trate de matéria sujeita à reserva de lei, desde que haja previsão legal e o regulamento não faça uma regulação independente e não claramente subordinada à lei (STC 225/1993, FJ 6).

O Tribunal Constitucional italiano, por seu turno, considera que algumas normas constitucionais, os princípios constitucionais "supremos", são hierarquicamente superiores às demais normas constitucionais (Corte cost. 175/1971). Ou, ainda, a decisão do Tribunal Constitucional italiano que considerou que as normas que integram

32 Conforme Callejón (2014, p. 101): "cada vez que los tribunales constitucionales deciden respecto de la validez de las normas están afectando directamente al ordenamiento jurídico. Así pues, en la medida en que la jurisdicción constitucional tiene como núcleo esencial de su función el control de normas, puede afirmarse que uno de sus rasgos estructurales consiste en la capacidad de innovación en el ordenamiento jurídico."

o chamado bloco de constitucionalidade, as “normas interpostas”³³ (“norme interposte”), segundo a doutrina italiana, possuem hierarquia subconstitucional, ou seja, superior às demais normas infraconstitucionais (Corte cost. 348/2007).

CONCLUSÃO

Simeoli (2016, p. 174) chama a atenção para o importante fato de que, ao longo de sua história, o princípio de legalidade administrativa foi interpretado de diferentes formas, o que impede qualquer tentativa de definição unitária. Isso se deve ao fato de que a legalidade administrativa é construída a partir de uma certa noção de liberdade individual. O conceito de liberdade, entretanto, nasce da potencialidade que o indivíduo concebe à sua capacidade de agir e dos afetos que lhe movem, por isso, é um conceito plurissignificativo. Como disse Barata (2007, p. 9): “Falar de liberdade não é falar de uma ideia só, mas de múltiplas ideias que não são, com toda a certeza, ideias do mesmo”.

A liberdade que estava na ordem do dia dos principais teóricos políticos, assim como dos diversos pactos de outorgas ou declarações de direitos que surgiram a partir da baixa Idade Média não corresponde *in totum* ao conceito de liberdade contido nas atuais Constituições. Sendo o princípio da separação de poderes a forma como se deu a divisão das estruturas do Estado para se garantir a proteção da esfera da liberdade individual, assim como o princípio de legalidade a forma como se dividiu o poder de dizer o direito, a cada conceito de liberdade que se desenvolve corresponde uma distinta solução para os problemas da divisão de funções do Estado e da forma como é exercido o poder de regular a conduta individual.

A natureza e a extensão da submissão da Administração Pública à lei dependem, portanto, da específica conformação que se dá aos conceitos de liberdade individual, separação de poderes e legalidade em cada ordenamento. Assim, o Estado pode adotar uma determinada conformação que reconheça a lei como fonte suprema e primária do ordenamento jurídico, não subordinada materialmente

33 Normas interpostas são as “normas a las que la Constitución atribuye la virtualidad de condicionar la creación de otras que, sin embargo, son de su mismo rango.” (DE OTTO, 1987, p. 94).

a nenhuma outra fonte, como no Estado liberal de Direito do século XIX; ou pode adotar o modelo do Estado Constitucional de Direito, reconhecendo especial força normativa à Constituição e limitando, material e formalmente, a força da lei no sistema de fontes jurídicas. Ou, sob um outro aspecto, a separação de poderes³⁴ pode adotar um modelo radical de separação total, assim como na Constituição francesa de 1791, ou uma separação parcial, mitigada por um sistema de controles (*checks and balances*) recíprocos, como idealizado pela Constituição americana de 1787³⁵.

Essas observações são especialmente importantes para o Direito brasileiro, no qual se insiste em utilizar artificialmente os modelos e construções teóricas realizados pelos liberais franceses do século XVIII, que nunca corresponderam à realidade do sistema constitucional brasileiro. Urge que a doutrina e a jurisprudência brasileiras encontrem o seu caminho, distinguindo os traços característicos do sistema constitucional nacional, e abandonem definitivamente o errôneo "transplante" ou "empréstimo"³⁶ de conceitos que foram desenvolvidos em outros contextos político-jurídicos.

34 Cfr. SOLÓZABAL, Juan José. Sobre el principio de la separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, 1981, no 24.

35 Nas palavras de Thomas Jefferson (1801, p. 174): "An elective despotism was not the government we fought for; but one which should not only be founded on free principles, but in which the powers of government should be so divided and balanced among several bodies of magistracy, as that no one could transcend their legal limits, without being effectually checked and restrained by the others."

36 Sobre o conceito de transplante ou empréstimo constitucional, vide PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*. Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2006.

ARANDA, José Tudela. **Calidad y renovación del concepto de Ley**. Revista de las Cortes Generales, 2001, p. 141-192.

BARATA, André. **Sentidos da Liberdade**. Covilhã: UBI, Ta Pragmata, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. ENS Editions, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. Siglo XXI, 2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico**. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2014.

_____, et al. **Manual de derecho constitucional**. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2017.

CAUBET, Antonio Moles. **Implicaciones del principio de legalidad**. In: BREWER-CARIAS, Allan Randolph; CORTIÑAS-PELAEZ, Leon. Archivo de derecho público y ciencias de la administración. Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1971.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Revista Filosofia Política. Porto Alegre: L&PM, 1985.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

DE CABO MARTÍN, Carlos. **Sobre el concepto de ley**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

DE ENTERRÍA, Eduardo García. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Revista de administración pública, 1962, no 38, p. 159-208.

DE OTTO, Ignacio. **Derecho constitucional: sistema de fuentes**. Grupo Planeta (GBS), 1987.

DUGUIT, Léon. **La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789**. Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, L. Larose, éditeur, 1893.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judi-ciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**. Giuffrè Editore, 2010.

HOMEM, António Pedro Barbas. **A Lei da Liberdade: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico, Épocas Medieval e Moderna**. Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

JEFFERSON, Thomas. **Notes on the state of Virginia**. Pennington & Gould, 1801.

JESCH, Dietrich. **Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad**. Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **El desbordamiento de las fuentes del Derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Colmares S.L., 2004.

MONCADA, Luís Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORALES, Ángel Garrorena. **El lugar de la ley en la Constitución española**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NIETO, Alejandro. **Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - Artegraff, 1986.

PERJU, Vlad. **Constitutional transplants, borrowing, and migrations**. In Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo General I**, Madrid: Iustel. 2018.

SIMEOLI, Dario. **Appunti sul principio di legalità amministrativa**. Rivista Questione Giustizia, n. 4, 2016, p. 174-189.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho**. México D.F.: UNAM, 1986.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. V. I. Milano: Giuffrè, 1958.



LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO

É Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa e em Ciências Jurídico-Históricas pela Universidade de Coimbra. É Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OABRJ) e Assistente no Instituto Benjamin Constant.

**LUIS FERNANDO
ROMÃO**

OBSERVAÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS SOBRE OS SISTEMAS DE GOVERNO LUSO-BRASILEIRO NO MARCO DOS 200 ANOS DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL EM PORTUGAL

RESUMO

No contexto das comemorações, em Portugal, dos 200 anos da Revolução Liberal de 1820, marco do constitucionalismo português, o artigo especialmente desenvolvido para o VIII Fórum Jurídico de Lisboa tece observações jurídico-políticas sobre os atuais sistemas de governo português (semipresidencialismo) e brasileiro (presidencialismo), declinando pontos de entorses e de tensões institucionais identificados pela doutrina e que ensejam debates e propostas de reformas. Utiliza-se abordagem metodológica qualitativa, analítica, documental e dogmática, a partir de autores luso-brasileiros de referência das ciências jurídico-sociais. Compreende-se que o debate na realidade do Brasil, notadamente quanto à subsistência ou não do presidencialismo de coalizão, envolve a questão da governabilidade, mas prescinde antes de reforma do sistema partidário com reflexo na própria ideia de democracia representativa.

Palavras-chave: Revolução constitucional 1820; semipresidencialismo; presidencialismo de coalizão; governabilidade; reforma partidária.

INTRODUÇÃO

No ano em que Portugal comemora os 200 anos da Revolução Liberal de 1820, marco do seu constitucionalismo, que, por conseguinte, repercutiu também no Brasil com o sistema de monarquia constitucional envolvendo, à época, as duas nações, realiza-se o VIII Fórum Jurídico de Lisboa, sob o tema “Democracia, sistemas de governo e governabilidade”. É, pois, nesse contexto, que o presente artigo é especialmente desenvolvido, com o objetivo de, despretensiosamente, apresentar algumas observações jurídico-políticas sobre o tema de aderência à edição do já tradicional evento jurídico luso-brasileiro.

A questão sobre os modelos de sistemas de governo vigente nos dois países e, de igual modo, eventuais reformas enseja um debate que envolve crise(s), representatividade democrática e governabilidade. Crise(s), porque as diversas formas de democracias e suas instituições estão em constante estado de crise desde a Revolução Francesa, e essas crises geralmente se projetam em razão das intermediações da representação política.

Considerando, pois, que a democracia representativa exige intermediários – os representantes do povo –, a crise é originada no sistema partidário e se alastra para a má governabilidade, isto é, a desestruturação do sistema de partidos políticos (estes indispensáveis à democracia representativa) gera efeitos na governabilidade. E sempre que o nível de tensão institucional se eleva na democracia representativa, gerando crises de governabilidade, surgem propostas de reforma do sistema de governo.

Notadamente, no Brasil, propõe-se, há tempos, a reforma do presidencialismo para o parlamentarismo: a questão perpassou os debates na Assembleia Constituinte 1987-1988 e o plebiscito constitucional de 1993, além de várias propostas de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional¹.

1 Em tramitação na Câmara dos Deputados: PEC 178/2019, PEC 245/2016, PEC 240/2016, PEC 95/2003 e PEC 20/1995. No Senado Federal: PEC 217/2019 e PEC 32/2015.

Além do debate quanto à fuga do presidencialismo de coalizão para modelos ou práticas alternativas, tais como democracia iliberal, *online*, de audiências, ou antissistema, entre outras denominações e nomenclaturas que, por vezes, se aproximam de um regime democrático semidireto e não representativo, sobressai a questão se o semipresidencialismo é o sistema de governo caracterizado como o mais racional e estabilizador para fins de governabilidade e, se devido a isso, deveria sê-lo testado no Brasil.

Com efeito, a fim de responder ou lançar notas sobre a questão acima proposta, o presente texto é iniciado com item sobre a Revolução constitucional liberal portuguesa de 1820, cujo marco comemorativo do bicentenário é celebrado no ano de 2020 e traz importantes elementos jurídico-históricos sobre o constitucionalismo tanto de Portugal quanto do Brasil, afinal, a partir desse episódio, encaminhou-se para um sistema – a monarquia constitucional – a envolver os dois países.

Após o registro histórico do marco comemorativo dos 200 anos do constitucionalismo liberal em Portugal (1820-2020), segue-se à descrição do sistema semipresidencialista português implantado com a ordem constitucional de 1976, notadamente pós-reforma de 1982, declinando, de acordo com a doutrina lusitana, observações sobre o modelo adotado que possam trazer apontamentos críticos ao debate brasileiro.

Quanto ao Brasil, examina-se, no último item do desenvolvimento do texto, a questão peculiar do presidencialismo de coalizão, pelo viés jurídico-político e, em especial, acerca da conveniência ou não da fuga desse sistema de governo para outro arranjo institucional, notadamente o semipresidencialismo.

1. REVOLUÇÃO DE 1820 EM PORTUGAL E O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL LUSO-BRASILEIRO

A Revolução de 1820 em Portugal derrubou o modelo monarquista absolutista do país por meio do chamado “pronunciamento militar”, ocorrido na cidade do Porto, com ideologia filosófica, política e constitucional influenciada pela Revolução Francesa de 1789. Com isso, negou-se o reinado por direito divino, cuja fonte de legitimação haveria de ser invocada num mandato popular.

Revalorizou-se o poder do Parlamento, ou, ao menos, dos delegados e da representação política legítima das Cortes, tal qual ocorrera anos antes em Cádiz, na Espanha, com a convocação de Cortes Gerais Extraordinárias e a promulgação da Constituição de 1812. Em Portugal, o Conselho de Regência foi deposto pelos militares convocando-se eleição das Cortes, sendo a primeira convocação desde 1697, a fim de que se formasse um Poder Legislativo interino a requerer ao Rei Dom João VI o seu regresso ao continente (THOMSON, 2019).

Thomson observa que, em Portugal, prevalecia um espírito de humilhação, pois a Corte estava no Brasil, fugida que foi devido às invasões de Napoleão Bonaparte. O exército local estava chefiado por britânicos; a atividade comercial, em crise; baixa produção agrícola; e a anterior colônia – o Brasil – estava elevada a correinado. Dos dois Reinos, Brasil era ainda mais poderoso que Portugal continental.

Nessa mesma perspectiva, Bonifácio (2010) descreve que, com a ausência de Rei e por estar desprovido de Corte, Portugal, na prática, estava reduzido à condição de colônia e buscava uma maneira de impor a supremacia europeia novamente, procurando formas de re colocação nas relações de comércio internacional – haja vista que o Brasil abria os portos às nações amigas, o que impactou diretamente no comércio e nas finanças portuguesas. Essas questões, segundo a autora, estiveram no centro dos conflitos que conduziram à Revolução de 1820, tendo Dom João VI aberto “fissura na sua legitimidade”.

Enquanto Dom João VI estava no Brasil, em Portugal elaborava-se, segundo Maria Bonifácio, uma Constituição “radical”, pois era uma república disfarçada de monarquia, não havia mais o direito de veto absoluto dos reis, que não a outorgaria, nem seria concedido à aristocracia lugar cativo na Câmara. Quando o Rei chegou a Lisboa, em 1821, submeteu-se a esse processo de constitucionalização e, ao ficar pronto o texto, Dom João VI jurou a nova Constituição em 1º de outubro de 1822. Em poucos dias depois, o Brasil proclamou-se independente (BONIFÁCIO, 2010)

Salienta a historiadora portuguesa que o liberalismo alcançou, na monarquia constitucional, o antídoto contra a tirania dos reis absolutos e contra as maiorias democráticas, combinando, assim, as duas legitimidades, a monárquica e a popular, e buscando, com isso, um meio termo, um ponto de equilíbrio entre monarquia pura e democracia pura (BONIFÁCIO, 2010).

Vislumbra-se, pois, que se erigiu uma nova ordem liberal sob o Antigo Regime, de modo que, segundo Ramos, Carvalho e I Silva (2018), os dois países, Portugal e Brasil, ergueram-se a partir de um mesmo modelo político e de uma mesma legitimidade dinástica – as monarquias bragantinas.

Além disso, Afonso Arinos de Melo Franco, ao tratar da formação constitucional do Brasil, salientou que as revoluções espanhola (1817) e portuguesa (1820) encontraram campo propício à adaptação dos seus dogmas no Direito Constitucional brasileiro, observando que “o constitucionalismo liberal impregnava toda aquela geração intelectual” (FRANCO, 2019).

Segundo Franco (2019, p. 10), “o constitucionalismo é a doutrina jurídica do liberalismo político” e essa revolução liberal, ocorrida no Porto em 1820, é considerada por Miranda (2001) o começo do constitucionalismo tanto em Portugal quanto no Brasil².

² No entanto, para Canotilho (2003), o movimento constitucional português não começou com o vintismo, mas com a súplica de Constituição dirigida a Junot, em 1808, por um grupo de cidadãos, que o autor denomina de movimento pré-constitucional.

A Constituição portuguesa de 1822, que teve por fonte a Constituição de Cádiz no contexto de difusão das ideias liberais francesas, criou instituições políticas moldadas pelo constitucionalismo que emergiu da Revolução Francesa, ainda que, em Portugal, sem rompimento com as tradições nacionais, transformando a monarquia absoluta em monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais a regular o exercício dos três Poderes (MIRANDA, 2001).

Tais eventos também influenciaram os movimentos constituintes no Brasil em 1823, que culminaram com a Constituição de 1824 outorgada por Dom Pedro I, com a peculiaridade do Poder Moderador como chave de toda a organização política, manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos Poderes políticos, segundo o texto constitucional (BONAVIDES e ANDRADE, 2008).

Nesse contexto de comemoração dos 200 anos do fenômeno político-jurídico de 1820 denominado Revolução liberal portuguesa, que iniciou o constitucionalismo liberal vintista, propõem-se algumas notas jurídico-políticas sobre os sistemas de governo luso-brasileiro, notadamente o semipresidencialismo e o presidencialismo de coalizão, como fenômenos políticos que se colocam na ordem do dia para debate por ocasião da realização da 8ª edição do Fórum Jurídico de Lisboa.

2. SEMIPRESIDENCIALISMO: FATOR DE ESTABILIDADE POLÍTICA E DE GOVERNABILIDADE

O semipresidencialismo, segundo Moraes (2018), é um sistema híbrido em que o governo é chefiado por um Primeiro-Ministro e se submete a dupla responsabilidade nos planos político ou institucional, perante o Parlamento e o Presidente da República, este eleito por sufrágio universal, dispondo de poder relevante para controle e até direção interinstitucional, donde destaca-se a competência autônoma para dissolução do Parlamento.

Com efeito, ainda segundo Morais (2018, p. 232), o modelo semipresidencialista de governo recolhe atributos do parlamentarismo e do presidencialismo, compreendendo subtipos de pendor presidencial, notadamente a França, e de pendor parlamentar, exemplo da Áustria, ou de “geometria variável” vacilando entre os pendores parlamentar e governamental, sendo este o caso de Portugal.

O mesmo constitucionalista português declina os seguintes traços da forma de governo semipresidencial em Portugal: eleição do Presidente da República por sufrágio universal; diarquia institucional entre Presidente da República e primeiro-ministro; dupla responsabilidade do governo diante do Presidente da República e do Parlamento; poderes significativos do Presidente da República, compreendendo a faculdade de livre dissolução do Parlamento; o Presidente da República como órgão regulador do sistema institucional, de estatuto suprapartidário e não envolvido na atividade governativa; autonomia política e legislativa do Governo; o Parlamento como órgão de fiscalização e base de sustentação do normal funcionamento da governação e fonte intermitente de impulsão de políticas públicas (MORAIS, 2018).

Sobre a caracterização da “geometria variável” do semipresidencialismo português, Morais observa três grandes fases de alterações ou metamorfoses do sistema político em Portugal, sendo a primeira instabilidade governativa, com equilíbrio pendular de poderes entre a proeminência do Presidente da República e a do Parlamento; uma fase intercalar de preponderância do governo, que oscilou de governo mais acentuado a governo atenuado e uma fase que denomina de recuperação incerta do poder da Assembleia da República, oscilando entre períodos de preponderância parlamentar e de pendor governamental moderado.

Dessa mecânica peculiar do sistema político lusitano, o jurista (2018, p. 570-571) destaca quatro linhas reitoras do semipresidencialismo em Portugal, à luz da configuração e da prática jurídico-constitucional: *i*) atuação não governante do Presidente da República, com funções arbitrais e moderadoras, sem prejuízo do uso corrente das faculdades de controle e exercício muito ocasio-

nal de poderes de direção política; *ii*) Governo funcionando sempre na base de relação fiduciária com a Assembleia da República, mantendo sua autonomia política e legislativa como condutor dos negócios públicos; *iii*) Parlamento legislando moderadamente e operando como instância de debate público e fiscalização, esmaecendo-se frente a governos majoritários e fortalecendo-se frente a governos minoritários, configurando-se como contraponto ao poder do Presidente da República em final de mandato; *iv*) o Tribunal Constitucional atuando como contrapeso a reformas econômico-sociais e como contrapoder em tempos de reformas por maiorias liberais.

Novais (2018) salienta que sistema de governo é a forma política que traduz as diferentes possibilidades de relacionamento entre os diferentes órgãos que exercem o poder político em democracia representativa, caracterizando, pois, o semipresidencialismo como o sistema de governo democrático representativo em que o Presidente da República é eleito por sufrágio popular e pode exercer poderes constitucionais e, por outro lado, o Governo é politicamente responsável perante o Parlamento.

Novais diverge de Moraes por entender que a caracterização de um sistema de governo como semipresidencial exige somente a responsabilidade política do Governo perante o Parlamento, sendo o alcance prático dos poderes presidenciais variável substancialmente em cada experiência constitucional, além de decisivo que o conjunto de poderes constitucionalmente atribuídos ao Presidente da República permita-lhe uma capacidade de participação efetiva no exercício do poder político.

A previsão constitucional do poder presidencial de dissolução do Parlamento, segundo Novais (2018), não é condição necessária para configuração/classificação de um sistema como semipresidencial, sendo requisito para este modelo haver um Governo politicamente responsável perante o Parlamento e, igualmente, um Presidente da República com poderes constitucionais e legitimidade democrática para exercer autonomamente sua avaliação política.

Observa o referido jurista que o funcionamento desse modelo de sistema de governo depende decisivamente da maneira como o Presidente da República exerce o seu cargo nas suas relações com o sistema político-partidário, visto que a multiplicidade de contingências e de circunstâncias que podem condicionar a intervenção presidencial neste sistema conferem complexidade acrescida se comparada aos clássicos sistemas presidencial e parlamentar.

O Presidente pode ser parte interessada na disputa partidária, assumindo uma postura militante como líder da maioria/governo ou como líder da oposição, mas, numa atitude radicalmente distinta, pode afastar-se da vida partidária e pretender exercer o cargo numa posição suprapartidária, equidistante, na qualidade de Presidente-moderador ou de Presidente-garante do normal funcionamento das instituições ou, até, numa posição praticamente semelhante à adotada pelos chefes de Estado parlamentares, pode exercer as funções com um caráter cerimonial ou meramente representativo, sem interferência prática no desenrolar da vida política. Tudo depende, neste plano, da prática tradicionalmente seguida pelos Presidentes que o antecederam ou simplesmente da forma como o Presidente vê as funções presidenciais e interpreta os limites constitucionais dos seus poderes (NOVAIS, 2018, p.25)

No que diz respeito ao sistema português, Novais assevera que tal modelo reúne as duas características de identificação do semipresidencialismo, quais sejam, um Presidente da República com legitimidade democrática, que lhe dá a possibilidade de exercício de poderes políticos, e a existência de responsabilidade política do Governo perante o Parlamento.

Os poderes do Presidente da República possuem alcance capaz de influenciar o curso normal da vida política com a dissolução da Assembleia, o veto de lei e a livre nomeação do titular de alto cargo. Além disso, por ser eleito por voto popular direto, detém a legitimidade democrática para exercer os poderes constitucionalmente lhe atribuídos (NOVAIS, 2018).

Já a responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República, em Portugal, nota Novais (2018), resulta de o Governo “sair” da Assembleia, das eleições parlamentares e não apenas que o Parlamento pede contas ao Governo sobre os programas e políticas públicas em execução. Isso significa, pois, que a Assembleia da República pode demitir o Governo, seja rejeitando o programa que este lhe submeter para apreciação e deliberação, seja aprovando moção de censura, ou, ainda, rejeitando moção de confiança.

Avaliando a realidade portuguesa, o referido constitucionalista aduz que os quarenta anos de vigência jurídico-política do sistema de governo semipresidencialista proporciona e justifica a autonomia de peculiar modo de vivência do semipresidencialismo lusitano, distinto de França e Áustria, sendo um modelo próprio construído em torno de visão e configuração particulares do Presidente da República (NOVAIS, 2018).

Sob a égide desse modelo há quatro décadas de estabilidade política, pluralismo e alternância democrática representativa das oscilações políticas, é possível a formação de diferentes Governos para desenvolverem e aplicarem seus programas aprovados pelos eleitores, com sucessão pacífica, legítima e caucionada por eleições livres e constitucionalmente legítimas, das mais diferentes composições, segundo frisa Novais. (2018)

Em análise a respeito das perspectivas de reforma ou de alteração do sistema político português, Morais ressalta a surpresa que tiveram aqueles que pensaram ter o semipresidencialismo em Portugal esgotado as suas virtualidades e seus cenários, especialmente com a variante nascida no final de 2015, quando ocorrera a associação de um semipresidencialismo consociativo com pendor parlamentar de Assembleia, podendo, ainda, surpreender-se com uma hipotética migração disfarçada para semipresidencialismo de pendor presidencialista. Segundo o jurista português, “o semipresidencialismo é um ser de tronco comum, mas com muitas faces” (MORAIS, 2018, p. 736).

E é exatamente por isso que tem fornecido estabilidade e governabilidade aos sucessivos governos para implantação de seus programas e de suas políticas públicas, com legitimidade democrática representativa, superando sucessivas crises fiscais e econômico-sociais. O sistema de governo semipresidencial em Portugal tem sido fator de estabilização democrática, representativa e de governação, a partir de acomodações e composições político-partidárias em prol da governabilidade.

3. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: EXAURIMENTO DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO?

Em análise jurídica do presidencialismo de coalizão, Victor (2015) destaca, a partir dos autores das Ciências Sociais, que esse modelo é caracterizado por um quadro multipartidário, resultante do sistema eleitoral proporcional, com listas abertas, com Presidente da República detentor de muito poder, inclusive legislativos, e controlador do orçamento, promovendo ele próprio a formação e a manutenção da coalizão para garantir a governabilidade de seu governo. Sobreleva o autor que os custos da governabilidade são muito elevados no sistema presidencialista de coalizão, sobretudo quando se consideram a liberação de emendas orçamentárias e a recompensa – legal ou ilegal – objetivando a adesão e a garantia da maioria para governar.

Além disso, Victor considera o sistema eleitoral gerador de fragmentação partidária, o que impede, por conseguinte, a identificação dos representantes por parte de seus eleitores, retirando, com isso, a transparência exigida pelo regime democrático, o que colabora para o descrédito e o baixo grau de *accountability*. O autor igualmente aponta a incapacidade de o presidencialismo de coalizão estimular mecanismos de controle e acabar por rebaixar a qualidade da democracia, destacando o enfraquecimento da oposição, a diluição das responsabilidades dos membros da coalizão por setores da máquina pública e o Presidente da República ainda poder usar seus ministros como escudos em momentos de crises.

O sistema político presidencialista brasileiro, para Victor, não confere estabilidade e bom funcionamento institucional por haver ausência de limitação de poder, baixa representatividade e ínfima responsabilização política. Diante desse quadro jurídico-político-institucional, o autor reconhece os custos e as dificuldades de reforma constitucional e alteração em institutos já consolidados e, por isso, sugere aperfeiçoamento com a aprovação de cláusula de desempenho e a adoção do voto distrital.

Ademais, para Gilmar Mendes³, a governabilidade tem custado cada vez mais caro ao Brasil, sendo dispendioso manter funcionando frágil e complicada política de alianças partidárias e sobressaindo, segundo ele, a promiscuidade das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, notadamente quanto à base parlamentar de apoio ao governo. A cada votação importante, acentua o ministro, o Poder Executivo atua ostensivamente liberando recursos para as emendas parlamentares da base aliada ou nomeando apaniguados para cargos no governo, em uma política de resultados e em detrimento da eficiência técnica e orçamentária.

De acordo com o mesmo constitucionalista, verifica-se vassalagem do Poder Legislativo, que se descaracteriza como Poder independente, além de ocasionar a proliferação das legendas de aluguel. Para Mendes, o presidencialismo de coalizão é um sistema de governo que conjuga pragmatismo, oportunismo e instabilidade, modelo este que prenuncia o próprio esgotamento.

Revisitando o instituto que criou, Abranches (2018) assevera ser global a crise da representação e, além das causas gerais, no Brasil, as crises tiveram motivações internas, com dois Presidentes da República, eleitos no voto popular direto, interrompidos pelo impedimento. Ademais, com outros dois Presidentes, houve ameaças de rompimento das coalizões de governo, acusações de corrupção e pedido de *impeachment*.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. Posfácio. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

O cientista político nota, ainda, a ocorrência da judicialização do contencioso político, de modo que conflitos entre os grupos dentro do Poder Legislativo passaram a envolver o Poder Judiciário. Além disso, tornou-se dominante a ideia de que todas as distorções, os vícios, o clientelismo e a corrupção são derivações do presidencialismo de coalizão, o que Abranches recusa, ressaltando que essas são maneiras ilegítimas de formar alianças e coalizões, mas que podem ser formadas, contudo, por métodos legítimos e lícitos de negociação de programas e valores, de modo a livrar o presidencialismo de coalizão de tais vícios.

O presidencialismo de coalizão, segundo seu autor, combina a estreita associação entre o presidencialismo, o federalismo e o governo por composição multipartidária, reconhecendo-se, no entanto, falhas estruturais no instituto e observando que o modelo político representativo brasileiro, há tempos, deixou de funcionar. Por consequência, os partidos são dominados por políticos que respondem a grupos de pressão e financiadores, e não aos seus eleitores.

O cientista político observa que a Constituição fora preparada para ser parlamentarista, mas foi surpreendida pela vitória do presidencialismo. O presidencialismo de coalizão, nesse sentido, se perfaz na diversidade social, das disparidades regionais e das assimetrias do federalismo brasileiro, tudo acomodado no multipartidarismo proporcional. Nesse ambiente jurídico-político, o Presidente da República tem de organizar a coalizão majoritária para poder governar, formar e articular a coalizão, e, obtido o apoio político, se vê às voltas de ter de manter a ofensiva, tendo que demonstrar flexibilidade e habilidade para negociar com o Congresso a cada matéria.

Nesse cenário, Abranches acentua que, se houvesse vencido o parlamentarismo, o Brasil teria um “parlamentarismo de coalizão”, porque, segundo ele, a adoção de um modelo político não é questão de escolha apenas, posto que há determinações e constrangimentos derivados da natureza da organização social e política do país.

Nessa perspectiva, para o autor, é ilusão imaginar que substituir o presidencialismo de coalizão por outro modelo político resolverá os problemas estruturais, e isso, adverte, pode ter consequências contrárias. De acordo com Abranches, entender a dinâmica histórico-estrutural do presidencialismo de coalizão é compreender o próprio Brasil e, se feito isso, verificar-se-ão padrões recorrentes e descontinuidades relevantes.

Analisando especificamente os processos de *impeachment* no contexto do presidencialismo de coalizão, Abranches observa que, tanto nos casos do Presidente Fernando Collor quanto no da Presidente Dilma Rousseff, a deposição só prosperou porque a articulação prévia no Congresso foi conduzida por lideranças capazes de realizar a expectativa de compartilhamento no novo esquema de poder⁴.

O debate se coloca sem que haja uma resposta consensual acerca da pergunta do subtítulo do item 3. Para alguns analistas, o modelo político do presidencialismo de coalizão esgotou-se, exauriu-se e tem gerado altos custos para a governabilidade brasileira. Por outro lado, o cientista político que criou a expressão e o instituto de análise política não se coloca nem entre os críticos, nem entre os que só veem virtudes, tampouco entre aqueles que só veem os vícios do presidencialismo de coalizão, destacando a dinâmica histórico-estrutural brasileira a apontar para este modelo e frisando que reformas pontuais não serão capazes de alterar a realidade de desigualdades e assimetria do federalismo e do multipartidarismo. Nesse contexto, segundo Abranches, a fuga para o semipresidencialismo não seria uma solução adequada e poderia gerar consequências contrárias no sistema político brasileiro.

4 Para Abranches (2018), “[...] o impeachment só se viabilizou após a adesão dos vice-presidentes, que abriram a discussão sobre a possível composição do futuro ministério. Não por acaso, Itamar e Temer qualificaram seus governos de ‘parlamentaristas’. O mandato deles nasceu do voto pela deposição do titular. Itamar defendeu a antecipação do plebiscito e declarou que aceitaria ter um primeiro-ministro. Temer classificou seu governo de ‘semipresidencialista’ e defendeu a adoção do modelo em definitivo”.

CONCLUSÃO

Feitas essas considerações e descrições dos fenômenos jurídico-institucionais luso-brasileiro de modelos de sistemas de governo, conclui-se, extraindo as seguintes observações jurídico-políticas a título de apreciação crítica quanto à temática abordada:

i) A democracia constitucional, representativa e participativa, exige a centralidade dos partidos políticos, requer a existência de intermediários, dos representantes, tanto no semipresidencialismo quanto no presidencialismo;

ii) A má governabilidade reflete na representação política e vice-versa. Necessita-se de um sistema partidário estruturado para a formação de um Governo por maioria no semipresidencialismo ou para formar coalizão de governabilidade no presidencialismo;

iii) O presidencialismo de coalizão tem como vantagem a garantia de governabilidade; como efeito, um Poder Executivo forte, capaz de executar o seu programa político; e, como desvantagem, o alto custo para o Governo na montagem da coalizão, isto é, para formar a maioria com custos político e econômico;

iv) O sistema de semipresidencialismo é caracterizado por equilíbrio e limitação mútua de três órgãos políticos com legitimidade fungível: Presidente da República, Gabinete de Governo e Parlamento;

v) O sistema de presidencialismo de coalizão obriga à negociação cotidiana do Presidente da República com o Parlamento para garantir a execução das políticas públicas do Governo;

vi) O sistema semipresidencialista pode atenuar aspectos de ingovernabilidade e ser capaz de atingir objetivos políticos e executar os programas eleitos, porém não está totalmente imune aos riscos de ingovernabilidade, pois depende de maioria parlamentar para formação do Governo;

vii) No Brasil, com trinta e três partidos políticos com representação na Casa Legislativa, eventual sistema semipresidencialista não seria fator de estabilização de governabilidade, pois haveria o risco de sucessivas crises de Gabinete e queda de primeiro-ministro e dos Governos por ausência de maioria sólida para execução do programa de governo.

Não adianta fugir dos vícios do presidencialismo de coalizão para forjar um sistema político “semipresidencialista de coalizão” se não se reformar o sistema partidário. Necessita-se de um sistema político-partidário que garanta representatividade eleitoral e governativa, com maioria parlamentar funcional capaz de garantir um governo efetivo.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 10. ed. Brasília: OAB Ed., 2008.

BONIFÁCIO, Maria de Fátima. **A monarquia constitucional (1807-1910)**. 3. ed. Lisboa: Leya, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Posfácio. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **O constitucionalismo liberal luso-brasileiro**. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Semipresidencialismo: teoria geral e sistema português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

RAMOS, Rui; CARVALHO, José Murilo de; SILVA, Isabel Corrêa da. Introdução: dois países, um sistema? In: RAMOS, Rui; CARVALHO, José Murilo de; SILVA, Isabel Corrêa da (coords.). **A monarquia constitucional dos Braganças em Portugal e no Brasil (1822-1910)**. Lisboa: Dom Quixote, 2018.

THOMSON, Ron. B. **Miguelistas e liberais: Évora Monte, o fim da guerra dos dois irmãos e o fracasso do liberalismo em Portugal**. Trad. Miguel de Castro Henriques. Lisboa: Bertrand, 2019.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

É Doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Atuou como Gestor Governamental no Ministério da Previdência. Atualmente, é Consultor Legislativo do Senado Federal. É, ainda, Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), além de Pesquisador Associado do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB).

CELINA PEREIRA

É Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Foi Chefe de Gabinete da Presidência da República do Brasil, Assessora Especial da Secretaria-Executiva da Casa Civil e Chefe de Gabinete do Presidente da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Atualmente, é Professora Voluntária na Graduação em Ciência Política e Gestão Pública da UnB e Especialista em Políticas Públicas e Gestão no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

DENILSON BANDEIRA COÊLHO

É Pós-doutor pela Universidade do Texas, da qual foi Professor Visitante. Foi membro do Colegiado da International Public Policy Association (IPPA) e Pesquisador da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), além de Consultor no Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). Atualmente, é Professor Associado do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB).

**RAFAEL SILVEIRA,
CELINA PEREIRA E
DENILSON COÊLHO**

TRÊS CORRENTES E UMA METÁFORA: EM BUSCA DE UMA NOVA EXPLICAÇÃO PARA O PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO

RESUMO

Nos últimos anos, o Brasil tem passado por uma sequência de crises políticas, marcadas por alta instabilidade e profunda fragilidade institucional. Considerada a era pós-redemocratização, o momento possui precedentes apenas ao período do impeachment de Collor, em 1992. Sobretudo a partir de 2014, a relação entre Executivo e Legislativo se deteriorou fortemente. No governo Dilma, a gestão da coalizão não considerou que a relação com o Congresso é mais complexa do que a simples distribuição de cargos, mas supõe a motivação dos atores partidários para implementar políticas. A redução das condições de governabilidade foi em tal proporção que também culminou com o impeachment de Dilma Rousseff, em 2016. Atualmente, ainda vivemos momentos de tensão entre o Presidente da República e o Congresso Nacional. Esse cenário nos chama a atenção para o fato de que o Presidencialismo brasileiro vive ciclos que reforçam uma percepção que varia entre governabilidade e crise. Desse modo, para além das análises de contexto centradas na situação atual, como explicar o Presidencialismo brasileiro? A proposta de pesquisa visa explorar e propor um diálogo entre as bases teóricas que já se propuseram a explicar o Presidencialismo no Brasil, cujas visões aparentemente divergentes podem ser concatenadas com o

auxílio de um recurso heurístico, de uma metáfora, de modo a proporcionar uma visão atualizada e contemporânea sobre o conhecido Presidencialismo de Coalizão.

Palavras-chave: Presidencialismo de Coalizão; instituições; governabilidade.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem passado por uma sequência de crises políticas, marcadas por alta instabilidade e profunda fragilidade institucional. Considerada a era pós-redemocratização, o momento possui precedentes apenas ao período do impeachment de Collor, em 1992. Sobretudo a partir de 2014, a relação entre Executivo e Legislativo se deteriorou fortemente.

Araújo (2015) reúne dados sugestivos de que, no governo Dilma, a gestão da coalizão não considerou que a relação com o Congresso é mais complexa do que a simples distribuição de cargos, mas supõe a motivação dos atores partidários para implementar políticas. Nesse caso, a centralização do controle pelo núcleo duro teria prejudicado a articulação entre os dois Poderes e levado ao enfraquecimento da lealdade parlamentar em relação à Presidente. A redução das condições de governabilidade foi em tal proporção que culminou com a destituição de Dilma Rousseff, em 2016. A partir daí, assumiu um governo sem respaldo popular e focado cotidianamente na sua sobrevivência política, mantida a altos custos por meio de permanentes barganhas com o Congresso.

Esse cenário nos chama a atenção para o fato de que o sistema brasileiro vive ciclos que reforçam a variação entre a percepção de governabilidade e de crise ou desorganização. Nosso modelo político, resultado da junção de sistema presidencial com multipartidarismo e representação proporcional, é chamado pela literatura de “presidencialismo de coalizão”. Enquanto alguns cientistas políticos enxergam alto potencial desestabilizador nessa combinação institucional, outros defendem a existência de instrumentos capazes de equilibrar a relação entre os Poderes. Em outras palavras, vivemos também alternâncias entre explicações pessimistas e otimistas sobre o modelo, quase sempre influenciadas pelos contextos políticos mais recentes.

Para Ames (2016), reformas políticas ajudarão no longo prazo, mas o Brasil enfrenta mais que um problema de regras políticas: a crise é mais complexa e mais profunda. Segundo ele, os ingredientes são de naturezas diversas: i) contexto de desaceleração econômica internacional, e não apenas interna; ii) inabilidade política de Dilma; iii) clientelismo e pernicioso relação histórica das empreiteiras com o poder público; iv) falta de credibilidade do Congresso, que opera na administração do clientelismo e da corrupção.

Nessa discussão, para além das análises centradas na situação atual, como explicar a crise com base nas teorias clássicas da ciência política brasileira? Ampliando o debate, o que importa para a governabilidade e a estabilidade do sistema? A literatura predominante trata o presidencialismo de coalizão basicamente sob duas abordagens.

De forma resumida, a primeira descreve o sistema político brasileiro como muito vulnerável, gerador de altos custos de governar e tendente à paralisia decisória, em virtude da combinação explosiva de suas instituições (ABRANCHES, 1988; AMES, 2001; ANASTASIA, 2004; PEREIRA e MULLER, 2002). Outra parte dos autores, por sua vez, argumenta que o sistema possui ferramentas de coordenação entre o Executivo e Legislativo, viabilizando a governabilidade. Dessa forma, os poderes presidenciais e as normas procedimentais seriam capazes de matizar o potencial desestabilizador da combinação de regras (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1998; FIGUEIREDO, 2001; SANTOS, 2002; PEREIRA, POWER e RENNÓ, 2005; PEREIRA e MELO, 2012).

Este artigo explora a possibilidade de as abordagens clássicas sobre o presidencialismo de coalizão serem, na verdade, correntes complementares, e não divergentes. Como parte da sistematização analítica desenhada, o trabalho propõe a incorporação de uma terceira vertente, de natureza comportamental, que considera o perfil do Presidente da República e do núcleo central como variável importante para os resultados políticos (BARBER, 1972; NEUSDAT, 1990; GREENSTEIN, 2000; RENNÓ, 2006; SIAVELIS, 2010; ALESANDRO, 2013, 2014; LASSANCE, 2015). A união dessas três vertentes será realizada por meio de uma metáfora, a qual terá como poder de explicação a vinculação dessas três perspectivas de uma forma intertemporal e menos rígida, com o objetivo de adequar o pensamento analítico em conformidade com diferentes circunstâncias.

Nossa constatação é de que não há uma explicação sistêmica para o presidencialismo de coalizão. Desenho institucional, mecanismo de coordenação e comportamento político são linhas teóricas aparentemente divergente, mas defendemos que podem ser costuradas para dar conta da complexidade dos dias de hoje. Nosso objetivo é audacioso, porém limitado: propor a montagem de um quebra-cabeça com essas correntes, com vistas a um reposicionamento do debate sobre o sistema político brasileiro.

Para isso, o artigo está organizado em quatro seções, considerando esta introdução. Na segunda, serão apresentadas as bases teóricas do presidencialismo de coalizão. A partir dessa revisão da literatura, a terceira seção abordará o que se propõe chamar de "ondas explicativas" sobre o sistema político brasileiro. As considerações finais serão tecidas na quarta seção.

1. O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E SUAS INSTITUIÇÕES

Há autores que acreditam que o sistema presidencialista, por si só, explicaria parcialmente a instabilidade da democracia em alguns países da América Latina (CHEIBUB; PRZEWORSKI, 2004). Outros, contudo, agregam novos elementos à análise, argumentando que o problema, especialmente no caso do Brasil, residiria na combinação explosiva entre presidencialismo, federalismo, bicameralismo, multipartidarismo e representação proporcional (ANASTASIA, 2004).

Para parte da literatura, a combinação institucional entre presidencialismo, multipartidarismo e representação proporcional expressa as heterogeneidades sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil – marcadas por desigualdades, conflitos de interesses, fracionamento partidário, propensão à formação de amplas coalizões, forte tradição presidencialista e proporcional. Outra corrente teórica, todavia, entende a coexistência dessas instituições como responsável pela geração de efeitos altamente desestabilizadores.

Se partirmos dos modelos clássicos do presidencialismo americano – com o Executivo unipartidário – e o parlamentarismo europeu – baseado em governos multipartidários –, o presidencialismo de coa-

lização seria um híbrido institucional resultante da junção entre hierárquica centrada no presidente com a formação de coalizões multipartidárias (Batista, 2016). O dilema institucional brasileiro, portanto, seria o de encontrar soluções institucionais que promovessem a governabilidade (ABRANCHES, 1988; MAINWARING, 1997; POWER, 2009; SANTOS, 2003).

A partir de um estudo de Cheibub, Przeworski e Saiegh (2002), Power (2009) argumenta que esse sistema não é uma exclusividade brasileira. Segundo a pesquisa, governos de coalizão existem em 78% dos países parlamentaristas e 66% das nações presidencialistas. De todo modo, o Brasil é o país na América Latina onde os presidentes mais dependem de coalizões para garantir uma maioria parlamentar (POWER, 2009, p.135).

Abranches (1988), de forma pioneira, chama esse traço do sistema político brasileiro de "presidencialismo de coalizão", em contraposição ao presidencialismo de gabinete, caracterizado pelo controle parlamentar sobre o Executivo. O autor é um dos primeiros a identificar que o presidencialismo pode funcionar como o parlamentarismo, no qual os presidentes minoritários comportam-se como primeiros ministros de sistemas multipartidários europeus, vendo-se obrigados a costurar maiorias no Congresso por meio da aproximação com partidos que não são os seus (POWER, 2009, p. 133).

O processo de construção dessas coalizões, segundo Abranches (1988), envolveria três momentos: i) a formação da aliança eleitoral, em torno de diretrizes programáticas e princípios; ii) a composição do governo, marcada por disputa por cargos; e iii) a transformação da aliança em coalizão governante, quando surgem os conflitos de agenda. O caminho crítico para a consolidação da coalizão estaria, pois, entre o segundo e o terceiro momento, em que o Executivo tem de fazer uso de recursos de poder que detém para garantir a governabilidade e evitar a inoperância.

Em sistemas multipartidários, caracterizados pelo fracionamento, a permanente construção de acordos que compatibilizem as divergências é um exercício fundamental para a estabilidade da coalizão. Nesse sentido, os apoios para aprovação de matérias no Congresso são mantidos sobretudo por meio de liberação de emendas parlamentares e provimento de cargos. Com a ocupação dos Ministérios

por quadros de outros partidos, aumentam os custos de transação para negociações referentes a políticas públicas de interesse do governo, tornando mais complexa a coordenação horizontal.

Para Ames (2001), as crises de governabilidade no Brasil resultam da grande quantidade de veto-players. Isso decorreria do conjunto de instituições disfuncionais, particularmente as regras eleitorais – a representação proporcional em lista aberta, a existência de grandes distritos e as baixas barreiras à entrada de partidos.

Segundo ele, as prerrogativas constitucionais dos presidentes brasileiros são insuficientes para neutralizar sua condição de refém das demandas fisiológicas e clientelistas dos parlamentares. Para o andamento de sua agenda, o Executivo tem de atuar em permanente distribuição de cargos, programas, obras e recursos, sendo necessárias constantes alterações táticas nesses incentivos no decorrer de sua administração. O Presidente ainda tem de lidar com os interesses dos ministros, que podem ter prioridades políticas distintas das suas (AMES, 2001).

De acordo com outros autores, essa junção de sistema proporcional, presidencialismo e o multipartidarismo pode não levar o sistema à paralisia, se consideradas as variáveis internas do processo decisório. No estudo de Figueiredo e Limongi (1998), por exemplo, os dados demonstram preponderância do Executivo sobre o Congresso que, por sua vez, atua de forma cooperativa e vota com disciplina. Isso seria decorrente dos mecanismos trazidos pela Constituição de 1988, como a ampliação dos poderes legislativos do Presidente e das ferramentas legislativas à disposição dos líderes dos partidos, que podem neutralizar as estratégias individualistas dos parlamentares.

Para Pereira e Melo (2012), se os partidos e presidentes não conseguissem construir maiorias capazes de governar, os sistemas presidenciais latino-americanos deveriam ter fracassado e gerado baixa governabilidade. De acordo com os autores, ao contrário do que sugeria a literatura da década de 1990, o presidencialismo de coalizão sustentou uma democracia forte e um governo estável no Brasil.

Segundo essa corrente, portanto, o Executivo teria poder de agenda, dominando o processo legislativo, o qual é organizado de forma muito centralizada e submetido a regras procedimentais que

reproduzem princípios partidários. Logo, o Presidente possuiria meios para induzir os parlamentares à cooperação, compelindo os congressistas a votarem de forma disciplinada para obtenção de recursos, como cotas de patronagem, influência política e retornos eleitorais. Para Santos (2003), essa concentração de poderes nas mãos do Executivo e de lideranças partidárias pode ser entendida como fruto da inércia institucional, ou da natureza *path dependence* da evolução institucional, por ser um traço do regime autoritário que se manteve mesmo após o período de transição democrática pelo qual o país passou na década de 1980.

Desde a Constituição de 1988, mas especialmente a partir de 1995, o presidencialismo de coalizão tem se demonstrado um framework consolidado, tendo sido incorporada ao sistema político e com tendência a se manter sem alterações significativas. Power, em trabalho publicado em 2011 – ainda sem ter condições de avaliar, portanto, o mandato Dilma –, lança algumas hipóteses explicativas para tal fenômeno, sugerindo que isso poderia ser fruto, por exemplo: i) da liderança de Lula e de FHC, ii) da estabilização pós-1994, que criou melhores condições para apoio legislativo aos presidentes, iii) de fatores globais, regionais e nacionais que atenuaram a polarização política no Brasil ao longo do tempo, ou iv) do processo cumulativo de aprendizado político – *democracy by trial and error*. O autor diz acreditar que se trata de um somatório de fatores, mas aposta mais fortemente na última hipótese (POWER, 2011, p. 158-159).

Para Freitas (2013), hoje estaria pacificado que o Brasil é governável. O presidente aprova a maioria das propostas que envia ao Legislativo, o que é demonstrado por “altas taxas de sucesso”, e a maioria das leis decorre de projetos de iniciativa do Executivo, comprovado por “altas taxas de dominância” (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1999).

A partir de uma pesquisa aplicada a deputados e senadores, Power (2012) conclui que os parlamentares reconhecem os problemas do presidencialismo de coalizão, como o estímulo à corrupção e ao clientelismo, a infidelidade partidária, a lentidão nas decisões e distorção dos resultados das urnas, visto que o eleitor não consegue antecipar o perfil do futuro governo. No saldo final, todavia, os congressistas são amplamente favoráveis ao sistema, acreditando que ele promove uma democracia de consenso, com representação de diversos interesses sociais, com moderação da polarização ideológi-

ca e se assemelhando ao parlamentarismo na prática. O julgamento parece ser que o presidencialismo de coalizão é falho, mas funciona.

Esse tipo de análise, que considera as regras do jogo como fatores que moldam comportamentos e influenciam os resultados, integra a abordagem denominada (neo)institucionalista. Essa escola surgiu em meados dos anos 1980 como reação às perspectivas behavioristas, focadas no comportamento dos atores, para elucidar o papel desempenhado pelas instituições nos processos sociais e políticos. Trata-se de resposta a uma ênfase exagerada na agência sem estrutura – ou seja, a metodologia clássica da escolha racional – ou na agência sem agentes conscientes ou estruturas – ou seja, o comportamentalismo (SCHMIDT, 2008, p. 313).

Assim, para o (neo)institucionalismo, o que importa são as características que decorrem da estrutura institucional, e não das qualidades pessoais de determinado líder (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2006). O foco das correntes neoinstitucionalistas reside, pois, na criação, permanência e alteração das instituições.

A abordagem institucional tradicional é alvo de diversas críticas, sendo a principal, naturalmente, dos adeptos do comportamentalismo. Nessa lógica, como atribuir preponderância às instituições se são os atores que as adotam, as definem e operam sob seu regramento? Outros questionam a supervalorização das instituições formais. Segundo eles, ignorar as regras informais, que vão desde as burocráticas e legislativas ao clientelismo e patrimonialismo, implica o risco de perder a visão de muitos dos incentivos e restrições reais que fundamentam o comportamento político (HELMKE e LEVITSKY, 2003).

Desse modo, parece não haver ainda uma explicação sistêmica do presidencialismo brasileiro, mas apenas algumas correntes que não se encaixam. Diante disso, a discussão que se coloca é: o que influencia os resultados no nosso sistema? Desenho institucional, mecanismos de coordenação e comportamento político seriam explicações rivais?

Com o propósito de organizar o debate teórico presente hoje na literatura política brasileira, a seção seguinte irá propor uma sistematização e um diálogo entre as correntes explicativas do presidencialismo de coalizão, por meio da utilização de metáforas.

2. AS ONDAS EXPLICATIVAS DO PRESIDENCIALISMO DE-COALIZÃO

Após a publicação do texto seminal de Abranches, em 1988, a literatura tem analisado os pressupostos e conclusões do autor acerca do presidencialismo de coalizão. Para boa parte dos autores, o modelo político brasileiro tem sido capaz de promover, com algumas oscilações, a fluidez nas relações Executivo-Congresso e a governabilidade. Mesmo em momentos críticos, as instituições e os instrumentos inerentes ao sistema têm respondido, promovendo o restabelecimento dos canais de comunicação política e de definição e implementação das políticas públicas (MARTINS, 2016).

Abranches (2014) desenvolve a tese dos ciclos do presidencialismo de coalizão. O primeiro seria o chamado “ciclo centrípeta”, caracterizado pela “presidência com sinal fortemente positivo”. Nele, o presidente goza de alta popularidade, o desempenho econômico é favorável, a inflação está sob controle, e a renda real é estável ou crescente. Neste contexto, o chefe do Executivo não precisa de muita habilidade ou grande empenho para negociar a adesão da coalizão a seu projeto de governo ou neutralizar as tentativas da oposição de abrir dissidências na coalizão. Trata-se, portanto, de um ciclo de gestão da coalizão facilitada pelo ambiente e pelo alto poder de atração do Presidente.

No “ciclo de ambivalência”, por sua vez, o sinal positivo da presidência é fraco e com poucos sinais de apoio dos eleitores. A força centrípeta não teria mais capacidade de atração suficiente para evitar a dispersão de segmentos dos maiores parceiros da coalizão – às vezes até mesmo do partido presidencial –, e os efeitos da fragmentação partidária se fazem sentir mais fortemente. A rivalidade entre os parceiros passa a afetar o núcleo central do governo, que tem de conviver também com crises mais afluídas de corrupção. Na economia, o cenário é de estagnação, alta da inflação e queda da renda real. O autor situa o final do 1º mandato da Presidenta Dilma Rousseff nesse ciclo (ABRANCHES, 2014).

Por fim, no “ciclo centrífuga”, a presidência passa a ter sinal negativo. A popularidade cai fortemente e a liderança presidencial é contestada, da mesma forma que o núcleo central do governo. Há paralisia decisória e legislativa, levando o sistema a uma crise de governança.

Os ciclos de Abranches (2014) dão ensejo para que a Ciência Política busque refletir sobre os limites e capacidades explicativas de cada corrente que interpreta do presidencialismo brasileiro. Como avaliar, então, essa suposta interrupção de equilíbrio no bojo do sistema brasileiro, à luz das teorias apresentadas pela literatura? A reflexão que será proposta aqui organiza o debate teórico como se fosse formado por camadas ou ondas explicativas. Nosso argumento é o de que elas representam ênfases específicas que, vistas de uma forma sistêmica, ao contrário do senso comum, não se opõem, mas vão se acumulando e agregando novos elementos à compreensão do presidencialismo de coalizão brasileiro.

Na tentativa de tornar mais clara essa análise é que iremos propor a associação de metáforas para a abordagem das explicações teóricas relacionadas ao tema. Essa elaboração analítica, que será explorada em seguida, pode ser sintetizada da seguinte forma:

TABELA 1 - ONDAS EXPLICATIVAS DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

ONDA EXPLICATIVA	DESCRIÇÃO	METÁFORA
1ª	A base institucional do presidencialismo de coalizão formada pela combinação entre presidencialismo, multipartidarismo e representação proporcional, tende a levar o sistema à ingovernabilidade - ênfase no cenário	Circuito
2ª	o próprio sistema político possui instrumentos que promovem a coordenação entre Executivo e Parlamento, de modo a evitar a paralisia decisória e viabilizar o governo - ênfase nos instrumentos	Veículo
3ª	A construção de condições para a governabilidade depende também do estilo de governar do núcleo duro do governo - ênfase no comportamento	Piloto

Fonte: Elaboração própria

A ideia aqui defendida é a de que cada onda explicativa avançou paulatinamente na melhor caracterização do presidencialismo de coalizão e que apresentamos como complementação o resgate da linha de pensamento com vínculos comportamentais, ressaltando o estilo de governar como elemento importante e agregador às demais visões.

Nossa proposta é que o presidencialismo brasileiro pode ser compreendido pela articulação de variáveis explicativas diferentes, as quais, no decorrer do desenvolvimento dos estudos legislativos, sofreram movimentos de valorização ou desvalorização. A ideia da metáfora é reforçar o aspecto contingencial do sistema, que pode ser bem-sucedido ou fracassado. Tal como em um *grand prix*, circuitos desafiadores podem exigir a habilidade de pilotos e sua capacidade de ajuste de seus veículos para atingir os resultados esperados. Assim, haveria múltiplas possibilidades, desde a melhor das combinações, com a seleção de ótimos pilotos, boas máquinas e circuitos ensolarados e rápidos, até os sinais completamente contrários.

A seguir, caracterizaremos cada uma dessas ondas, destacando o aspecto mais relevante no seu poder explicativo.

2.1. PRIMEIRA ONDA EXPLICATIVA: ÊNFASE NO CENÁRIO

Essa *onda* será considerada como uma primeira camada de análise teórica acerca do sistema político brasileiro, que enxerga como explosiva a combinação entre as suas instituições, levando a alto risco de instabilidade e paralisia decisória. Por dizer respeito à base institucional do modelo, sugere-se aqui que tal abordagem seja vista como o ponto de partida para compreender o presidencialismo de coalizão, formado pelo cenário produzido pelos resultados eleitorais, que precisa ser analisado para a geração de resultados políticos, tal como uma equipe e seu piloto analisam o circuito e as condições prováveis do *grand prix*.

No presidencialismo de coalizão, a fragmentação partidária leva o Executivo a ter que adotar um conjunto de práticas para conseguir governar. Ele precisa costurar uma ampla maioria, muitas vezes até oposta ideológica e programaticamente e composta por forças políticas muito distintas, às vezes adversárias. O “dilema institucional” brasileiro, portanto, faz do presidente um permanente refém do Congresso, embora eleito diretamente, ao contrário do que ocorre no parlamentarismo (ABRANCHES, 1988).

Abranches (1988) descreve o sistema definido na Constituição de 1988 como sendo caracterizado pela instabilidade, pelo alto risco de paralisia decisória e pelo permanente perigo de ruptura da ordem política. Nesse sentido, o Executivo possui baixa liberdade para recomposição de forças por meio de reforma ministerial, sem que se ameacem as bases de sustentação. A coalizão, por sua vez, é inconstante e frágil, tornando permanente o perigo da formação de coalizões de veto no Parlamento, o que conduz à paralisia decisória e à ruptura da ordem política. É possível compreender a tese de Abranches, portanto, como uma primeira onda explicativa sobre o presidencialismo de coalizão.

Na Constituinte de 1988, a própria opção pelo presidencialismo era objeto de polêmica, sob o argumento do risco da ingovernabilidade. Se o caminho fosse mesmo o sistema presidencialista, defendia-se fortemente o modelo americano como arranjo mais propenso à estabilidade, dado que resultante de bipartidarismo, governo unipartidário, sistema eleitoral majoritário e Legislativo forte. Naquele momento, alegava-se, inclusive, que escolhas institucionais teriam contribuído fortemente para o fracasso da primeira experiência democrática do Brasil, entre 1946 e 1964 (LIMONGI, ALMEIDA e FREITAS, 2016).

Na mesma linha, Mainwaring (1997) reconhece a difícil combinação das instituições políticas brasileiras – presidencialismo, sistema multipartidário fragmentado e partidos indisciplinados –, defendendo que essa junção não é compensada por prerrogativas institucionais do Presidente, levando à necessidade de manutenção de uma base de apoio no Congresso.

Para enfrentar o risco de formação de governos minoritários, como o partido do presidente dificilmente obtém a maioria no parlamento, ele precisa do apoio de outros partidos para evitar a paralisia decisória, que culminaria no “imobilismo político”. A paralisia decisória decorreria, portanto, de processos de intensificação e dispersão de preferências e de fragmentação dos recursos políticos, o que estimula a formação de coalizões de veto *ad hoc* e dificulta a formação de maiorias governativas estáveis, levando ao impasse permanente (Santos, 1986).

De acordo com estudo de Cheibub e Przeworski (2004), o presidencialismo por si só já é um sistema muito vulnerável, independentemente de os governos serem ou não de coalizão. Segundo Pereira

e Mueller (2002), o Brasil padece de quase todas as patologias institucionais reconhecidas pela literatura como responsáveis pelo custo de governar. Para Power (2000), a combinação de presidencialismo com sistema proporcional de lista aberta dirigiu o sistema rumo ao personalismo, coalizões *ad hoc*, clientelismo e paróquialismo.

Em seu estudo sobre a governabilidade no Brasil, Ames (2003) atribui às instituições eleitorais a fragilidade do sistema político. Para ele, a representação proporcional em lista aberta leva ao enfraquecimento dos partidos e dos líderes partidários, visto que os eleitores escolhem candidatos individuais e as lideranças não têm controle sobre as listas.

Na sua visão, os líderes partidários não conseguem controlar suas bancadas, e os congressistas acabam por “vender” sua cooperação pelo preço e forma que mais lhes convêm. O Presidente, por sua vez, precisa permanente reconstruir maiorias, tendo que fazer uso de contrapartidas clientelistas e fisiológicas em troca de apoio parlamentar. Isso gera um sistema travado, que eleva o custo do processo decisório e a qualidade das decisões, que exige do Executivo benesses fisiológicas para o andamento dos seus projetos e a alteração do *status quo* (Ames, 2003).

Mais até do que a junção entre presidencialismo e coalizão, a preocupação de Abranches (1988) reside na dinâmica de formação das coalizões, que devem observar requisitos partidários e regionais. Ao contrário da lógica dos governos parlamentares, essa característica dual das coalizões as tornaria necessariamente “grandes, heterogêneas, destituídas de conteúdo programático” e, portanto, extremamente frágeis e não confiáveis em situações de crise (LIMONGI, ALMEIDA e FREITAS, 2016).

A literatura aqui apresentada aborda o presidencialismo de coalizão como resultante de um conjunto de instituições que, combinadas, oferecem elevam as chances de alto risco à estabilidade e à governabilidade. Neste trabalho, para representar essa abordagem teórica, propõe-se que o sistema político brasileiro forneça um cenário visualizado tal como um circuito de corrida, cujo traçado, condições do tempo, acidentes e obstáculos precisam ser transpostos para que o governo atinja seus objetivos.

2.2. SEGUNDA ONDA EXPLICATIVA: ÊNFASE NOS INSTRUMENTOS

Como uma *segunda onda* explicativa, sucedendo a tese da ingovernabilidade e da paralisia decisória decorrentes da combinação entre as instituições políticas brasileiras, há autores que defendem que o sistema possui instrumentos que promovem a coordenação da ação entre o Executivo e o Legislativo, de modo a evitar o imobilismo institucional e viabilizar a condução do governo (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1998; FIGUEIREDO, 2001; SANTOS, 2002; PEREIRA, POWER e RENNÓ, 2005; PEREIRA e MELO, 2012). Consideramos essas análises como constituintes da segunda onda explicativa, entendida metaforicamente como o *veículo* que trafega pelo cenário do circuito do sistema político, superando seus desafios inerentes.

Em levantamento bibliográfico sobre o tema, Limongi, Almeida e Freitas (2016) constatam que o debate sobre estabilidade institucional no Brasil sofre uma reviravolta a partir de meados dos anos 90, quando o foco sai da tese da ingovernabilidade para a uma discussão sobre o funcionamento da democracia. Nesse contexto, a partir dos estudos de Figueiredo e Limongi (1998), a literatura nacional passa a colocar em cheque a natureza necessariamente conflitiva das relações entre Executivo e Legislativo, contestando, assim, as rígidas fronteiras entre presidencialismo e parlamentarismo.

Segundo Moisés (2011), tais conjuntos de pesquisas consideram superados os receios levantados no período de transição democrática, quando inclusive foi cunhada a expressão “presidencialismo de coalizão”. Não se verificaram paralisia decisória ou relações conflituosas entre Executivo e Legislativo, tampouco instabilidade política. O autor afirma que a literatura reconhece o comportamento parlamentar disciplinado, de acordo com as orientações das coalizões transmitidas pelas lideranças do governo e partidárias. Desse modo, o sistema político tem garantido a aprovação dos projetos do Executivo, bem como o predomínio deste na formação da agenda legislativa.

Figueiredo e Limongi (1998) afirmam que não se comprovam os argumentos usualmente apresentados para questionar os governos de coalizão no presidencialismo. Analisando depoimentos

de parlamentares e as políticas implementadas, ressaltam que o Congresso não tem sido obstáculo intransponível à implementação da agenda do Executivo.

Em outros estudos sobre a dinâmica da relação entre os poderes, Limongi e Figueiredo (1994, 1995 e 1996) concluíram que, fazendo uso de instrumentos institucionais disponíveis, os presidentes não negociam individualmente com parlamentares, mas com partidos e maiorias. O governo possui, portanto, diversas ferramentas de intervenção nos trabalhos legislativos, e os líderes partidários capazes de disciplinar o comportamento de seus membros em plenário. Logo, a atuação na arena legislativa é previsível e consistente (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1998; SANTOS, 2003).

Também segundo os autores, a Constituição de 1988 dotou os presidentes e líderes partidários de instrumentos eficazes de controle da agenda parlamentar, permitindo superar problemas de ação coletiva e negociação inerente ao legislativo brasileiro fragmentado. O Executivo passou a ter as novas prerrogativas, como iniciativa exclusiva para projetos orçamentários e fiscais, apresentação de emendas constitucionais, edição de medidas provisórias e pedidos de urgência na tramitação de projetos de lei. As novas regras da Câmara dos Deputados, aprovadas logo após a promulgação da Constituição de 1988, conferiram direitos aos líderes dos partidos em relação aos deputados considerados individualmente. As lideranças passaram a ter as prerrogativas de determinar a agenda do plenário, representar todos os membros do seu partido no Legislativo, restringir alterações e votações separadamente e nomear e substituir membros de comissões (Figueiredo, Limongi, 2007).

Pereira e Melo (2012) também contestam a ideia de que a junção entre presidencialismo e multipartidarismo seria capaz de levar o sistema político à paralisia e a democracia à ruptura. Ao contrário do que alegam os críticos, os autores argumentam que tal arranjo institucional teria funcionado bem, como seria o caso do Brasil, Chile e Uruguai. Para eles, a chave para a funcionalidade no sistema estaria em três fatores. Em primeiro lugar, na força do Presidente, que significa um Executivo constitucionalmente poderoso com a capacidade de ser pró-ativo e reativo, ou seja, mudar o status e evitar iniciativas indesejáveis da oposição.

Além disso, a estabilidade do sistema também estaria ancorada nos bens de troca institucionalizados – “meios de pagamento” – para garantir a cooperação da coalizão e seu apoio no Congresso, como matização à fragmentação partidária. Isso se dá, por exemplo, por meio de postos de gabinete, nomeações para outros cargos, práticas clientelistas, direcionamento de investimentos e gastos públicos (PEREIRA e MELO, 2012).

Em terceiro lugar, estaria o sistema de controle das ações do Executivo, que são mecanismos de exigência de prestação de contas do governo. Aí estariam, primeiramente, os instrumentos de controle parlamentar, resultantes da competição política e da fragmentação do poder, mas incluem também o Judiciário, os tribunais de contas e a imprensa livre (PEREIRA e MELO, 2012).

Eles também argumentam que, com a exceção de Collor, todos os presidentes brasileiros conseguiram construir maiorias no Congresso, por meio de dinâmica de cooperação e trocas. Logo, os autores defendem que a fragmentação partidária, além de não ter impedido o bom funcionamento do sistema e a estabilidade democrática, representou fator chave para alcançar a eficiência a partir dos compromissos estabelecidos entre as partes (PEREIRA e MELO, 2012).

Na mesma linha, Santos e Vilarouca (2008) defendem que o sistema político brasileiro não precisa de reformas radicais, pois há instrumentos à disposição dos presidentes e líderes partidários que evitam a fragmentação partidária e os incentivos paroquiais que decorrem das arenas eleitorais. Esses mecanismos referem-se à centralização do processo decisório nas mãos do Presidente e dos líderes partidários que se concretizam por meio da distribuição de ministérios e do controle de agenda pelo Executivo mediante a edição de medidas provisórias e de decretos sobre administração e orçamento e o envio de requerimentos de urgência.

Para esses autores, portanto, os parlamentares não agem “cada um por si”, mas de maneira coordenada e previsível. Desse modo, o processo legislativo dentro do Congresso é centralizado, pois o próprio sistema provê mecanismos que garantem a governabilidade, enfrentando o potencial tóxico das instituições que conformam o presidencialismo de coalizão (SANTOS e VILAROUCA, 2008).

Ao analisar a disciplina da base nas votações, Amorim Neto (2000) conclui que ela é bastante expressiva quando a composição dos gabinetes presidenciais é proporcional ao peso dos partidos no Congresso. Segundo ele, o comportamento legislativo, nesse caso, é tão disciplinado quanto àquele observado em sistemas parlamentaristas.

Pereira e Mueller (2002) ¹, em estudo sobre as relações entre o Executivo e o Legislativo no processo orçamentário, afirmam que as emendas parlamentares são importantes instrumentos de promoção da governabilidade. Segundo eles, embora essas verbas representem baixos valores em relação à totalidade do orçamento, são suficientes para promover o êxito eleitoral e a sobrevivência política dos deputados que integram a coalizão. Trata-se, portanto, de um custo baixo para que o Executivo obtenha alto grau de governabilidade sob o presidencialismo de coalizão. Os autores concluem que os mecanismos institucionais que conferem ao Executivo elevado controle sobre orçamento contrabalança os possíveis efeitos desestabilizadores decorrentes do sistema eleitoral, partidário e federativo.

Ao comparar o comportamento da coalizão no período 1946-64 e no pós-88, Santos (2002) verifica alta disciplina tanto da base governista quanto do campo oposicionista após a redemocratização. O mesmo autor, em trabalho intitulado “Defesa do Presidencialismo de Coalizão”, argumenta que o modelo político brasileiro, embora complexo e de difícil manejo, é altamente democrático, maximizando simultaneamente a *accountability* e a representatividade.

Amorim Neto, Cox e MacCubbins (2003), analisando o período de 1989 a 1998, concluem que o governo FHC destaca-se por apresentar consistência entre composição partidária do gabinete, estratégia de iniciativa legislativa e forte cartel na definição da agenda legislativa, formando um governo realmente majoritário, agindo o Presidente como um Premier.

Em discussão sobre o papel do Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão, nos governos FHC e Lula, Freitas (2013) afirma ser ponto pacífico que o Brasil é governável. No seu estudo, a autora

¹ Agradecimento ao professor Ricardo Martins, que apresentou interessante revisão de literatura em conferência proferida no “Seminário Internacional 30 Anos de Presidencialismo de Coalizão: Balanço e Perspectivas de Reforma”, em 16 de junho de 2016, em Brasília-DF.

conclui que Executivo e Congresso não têm agendas concorrentes ou conflitos irreconciliáveis. Para ela, a coalizão governa de fato, sendo responsável pela alteração ou manutenção do *status quo*, e os partidos políticos desempenham importante papel de coordenação nos processos de tomada de decisão.

Em linhas gerais, a argumentação de todos esses autores é no sentido de que o presidencialismo de coalizão não conduz à ingovernabilidade e à paralisia decisória, embora possa conter características institucionais que teoricamente poderiam levar o sistema ao colapso. Apresenta uma visão explicativa otimista que se sustenta na capacidade de operação e controle oferecidas pelos instrumentos à disposição do Presidente, a qual dotaria o chefe do Poder Executivo com amplas possibilidades de governabilidade e sucesso do seu mandato. Em outras palavras, as ferramentas e instrumentos do veículo permitiriam a coordenação da relação entre o Executivo e o Legislativo, viabilizando a condução do governo, mesmo em circuitos adversos.

Mas a metáfora precisa de mais um elemento para fazer sentido. O veículo precisa de um condutor, de um piloto para ganhar pontos e, se possível, conquistar a vitória no GP. É neste ponto que precisamos introduzir uma onda explicativa adicional. Resgataremos, assim, a relevância de elementos comportamentais para compor a explicação mais ampla para o Presidencialismo brasileiro.

2.3. TERCEIRA ONDA EXPLICATIVA: REINTRODUZINDO O COMPORTAMENTO DOS AGENTES

A terceira onda explicativa aqui proposta – menos explorada pela literatura política, sobretudo a brasileira – considera que o perfil dos atores importa no presidencialismo de coalizão. Ou seja: a estrada traz o conjunto de instituições fundantes, o carro consiste nas ferramentas para transitar pela via, e o motorista maneja esses instrumentos.

Complementando a análise dos meios utilizados pelos Presidentes para governar (PEREIRA, POWER e RENNÓ, 2005), Rennó ressalva que o desenho institucional não condiciona de forma fixa o comportamento dos atores, dando margem para a influência individual dos governantes. O autor chama a atenção, portanto, para a habilidade

do governo em gerenciar sua base de apoio, concluindo que o processo político "é muito mais individualmente dirigido do institucionalmente constricto" (RENNÓ, 2006).

Nessa linha, Neusdat (1990) argumenta que, à medida que a complexidade institucional dos gabinetes foi crescendo nos últimos anos, a capacidade do Presidente como gestor da burocracia decisória passou a ser determinante para o desempenho da Presidência. A literatura sobre gestão presidencial o atribui, pelo menos parcialmente, ao perfil do próprio Presidente. Para Lassance (2015), em sistemas presidencialistas, os presidentes são os principais responsáveis por criar expectativas, sinalizar oportunidades e implementar políticas de desenvolvimento. Os padrões de governança diferem muito de um para o outro e guardam consonância com seu perfil gerencial, seu grau de ativismo unilateral e seu manejo de incentivos e restrições.

Barber (1972), um dos precursores das teorias sobre o perfil dos presidentes, propõe uma classificação que considera a personalidade presidencial em termos de três componentes principais: i) o caráter; ii) a visão de mundo; e iii) o estilo.

O estilo seria a parte mais visível da personalidade de um líder, pois consiste na forma habitual de realizar três papéis políticos: a retórica (palavras), as relações pessoais (pessoas) e o negócio/tarefas (trabalho). A "visão de mundo", por sua vez, diz respeito às crenças políticas, às convicções filosóficas e ideológicas fundamentais que moldam o comportamento. Para Barber (1972), no entanto, o núcleo da personalidade encontra-se no "caráter", que ele define como a forma pela qual o Presidente orienta-se para a vida não para o momento presente, mas duradouramente.

Com base nisso, Barber (1972, 1985) cria uma tipologia e cataloga a personalidade de todos os presidentes americanos até o mandato de Bush I, com base em duas métricas: i) como o Presidente executa o seu papel político – se ativa ou passivamente e ii) se o presidente gosta ou não gosta das atividades que o seu papel exige – se positivo ou negativo. Combinando as duas dimensões, o autor obtém quatro tipos de caráter: o ativo-positivo, o ativo-negativo, o passivo-positivo e o passivo-negativo.

O caráter ativo-positivo, segundo ele, é adaptável e flexível. Ele executa com intensidade seu papel e se satisfaz muito com isso, indicando elevada autoestima e sucesso na relação com o ambiente. Ele atua com foco na produtividade e tem grande habilidade em fazer uso da racionalidade.

Já o ativo-negativo é compulsivo e experimenta uma contradição entre intenso esforço para executar suas atividades e baixa recompensa emocional para isso. Esse tipo de personalidade tem dificuldade de gerir seus sentimentos agressivos.

O passivo-positivo, por sua vez, tem como características a receptividade e o altruísmo. Trata-se de uma personalidade que busca o afeto como recompensa por ser agradável e cooperativo, em vez de pessoalmente assertivo.

Por outro lado, o caráter passivo-negativo é caracterizado principalmente pela omissão. Ele tem baixa autoestima e é focado em executar suas tarefas de forma obediente. Sua tendência é se retirar das situações, para escapar do conflito e da incerteza da política, fazendo uso de princípios vagos e mecanismos processuais.

Para categorizar os presidentes de acordo com sua tipologia, Barber (1972) adota um procedimento indutivo. Ele levanta alguns aspectos importantes do desempenho de ex-presidentes em termos de tipos de características e, depois, extrapola os resultados dessas explicações, propondo algumas hipóteses gerais no sentido de que se pode esperar que candidatos com perfis semelhantes se comportem de maneira parecida. A partir dessa indução, surgem previsões gerais para cada um de seus quatro tipos de caracteres.

Assim, os ativos-positivos – Franklin Roosevelt, Harry Truman e Jonh Kennedy, de acordo com o autor – exibem forças pessoais especialmente em sintonia com a Presidência, pontos fortes que lhes teria permitido fazer com que o gabinete fosse um “motor do progresso”. Embora sublinhando as virtudes do tipo ativo-positivo, Barber (1972) observa que, em sua pressa para fazer as coisas acontecerem, podem muito rapidamente e facilmente derrubar as “formalidades” que mantêm a ordem democrática no lugar.

Os ativos-negativos – categoria em que estariam Woodrow Wilson, Herbert Hoover e Lyndon Baines Johnson – têm necessidade de impor seus hábitos e percepções políticas. Eles tendem a perseverar rigidamente em uma política desastrosa. Em relação a esse tipo, Barber lança a teoria da “propensão à tragédia”, defendendo que são particularmente tendentes a um desempenho desastroso se eleitos. Barber vê o tipo ativo-negativo como tendo dificuldade particular em se ajustar às exigências implícitas em situações de crise.

Ele também afirma que Woodrow Wilson, Herbert Hoover e Lyndon B. Johnson parecem ter esquecido que o poder significa persuasão. Segundo Barber (1972), esses presidentes compartilharam um padrão comum de perfil: um processo de enrijecimento, com falta de habilidade política, uma insistência num curso de ação equivocado, apesar da forte evidência do erro. Cada um deles atuou para a construção de sua própria derrota e, nesse processo, prejudicou a situação do país como um todo.

Passivos-negativos – que seriam Calvin Coolidge e Dwight David Eisenhower – representam o perigo de desvio. Eles deixam vagas a energização e o estímulo às possibilidades do seu papel. No entanto, em certas circunstâncias históricas, esse tipo pode oferecer um necessário respiro para a recuperação após um período de política frenético (BARBER, 1972).

Já os passivo-positivos – como William Howard Taft e Warren Gammaliel Harding – agem se provocados, mas não iniciam nem “empurram” nada. No entanto, para um povo em busca de sentimento de comunidade, eles fornecem esperança e algum sentido de partilha e carinho (BARBER, 1972).

Várias observações e críticas são feitas em relação à teoria de Barber (GEORGE, 1974). Em primeiro lugar, empregar variáveis de personalidade para explicar ou prever o comportamento político de um Presidente requer análise da inter-relação entre personalidade e fatores situacionais. Mas esses elementos que afetam o desempenho presidencial são numerosos e complexos, e que incluem diversas variáveis, o que torna o processo naturalmente difícil.

Além disso, os dados históricos utilizados para os diagnósticos variaram em quantidade e qualidade. Ou seja, pode ser que algumas análises tenham sido mais consistentes que outras menos fundamentadas. Também não fica muito claro quais foram os critérios utilizados para a seleção dos eventos que compuseram os diagnósticos.

Outro aspecto a ser destacado é que os tipos são apresentados como se fossem mutuamente excludentes, mas as pessoas podem ser, como Barber reconhece, a mistura de mais de uma das categorias. Isso complica a tarefa de utilizar a tipologia de diagnosticar um Presidente e leva Barber para olhar para o tipo-tendência dominante exibido por cada um.

Finalmente, em relação às tragédias relacionadas à personalidade ativo-negativa, elas estão ligadas a diferentes tipos de eventos políticos, fato que dificultaria a reprodução da metodologia de Barber, pois pode tornar arbitrária a definição, por parte do pesquisador, do que seria um episódio trágico (GEORGE, 1974).

De todo modo, afora as diversas críticas à teoria de Barber, seu estudo é considerado, além de original, importante esforço de categorização das personalidades dos presidentes.

Neusdat (1990) também se propôs a estudar o perfil presidencial, a partir de diversos eventos, ações e suas repercussões. Sua primeira publicação de 1960, vista por alguns como ensaio de opinião ou manual para presidentes, cobriu as administrações de Harry Truman, Dwight David Eisenhower e Franklin Roosevelt. O autor argumenta que a base institucional do poder dos presidentes não é fonte exclusiva da efetividade e do sucesso do seu governo. Para ele, a liderança depende fortemente de seus traços de personalidade. Neustadt centra-se, então, em três traços que o Presidente deve possuir para ter sucesso na Casa Branca, ou seja, conseguir aprovação e êxito nas suas políticas: o poder de persuadir, sua reputação profissional e seu prestígio público (NEUSTADT, 1990).

De acordo com o autor, os norte-americanos costumam ver o presidente como o homem todo-poderoso que governa o país como o quer, de maneira autoritária, a partir do seu gabinete. Para Neustadt (1990), contudo, um Presidente deriva seu poder não só da autoridade constitucional, mas também de sua reputação e prestígio no país

e no exterior. Como a mera autoridade não garante que a burocracia governamental o ajude na implementação de sua agenda política, o Presidente é obrigado a influenciar os que o cercam com persuasão.

O poder de persuadir significa que o presidente não pode simplesmente mandar e esperar que suas ordens sejam obedecidas. Nos Estados Unidos, há o princípio da separação dos poderes e a autonomia federativa, o que torna o poder muito disperso, aumentando a necessidade de permanente negociação e persuasão, e a consideração dos interesses e benefícios desejados pelos diversos atores (NEUSDAT, 1990).

Outro aspecto do poder político é a reputação do presidente nos Estados Unidos e no exterior. Esse fator é importante pela dependência em relação à máquina burocrática – indivíduos e agências – para que seja implementada a agenda presidencial. Segundo Neustadt (1990), quanto melhor a reputação do presidente, mais fácil serão as negociações.

O último símbolo de poder presidencial investigado por Neustadt (1990) é o prestígio, ou seja, como o público o vê, facilitando ou dificultando o apoio dada às suas políticas. A opinião sobre o presidente contribui inclusive para o andamento das suas propostas no Congresso, além de ser um termômetro sobre a resistência do governo.

Neustadt (1990) também considera que um presidente deve pensar e agir de forma prospectiva, para que as decisões que toma hoje ajudem na sua capacidade de persuasão amanhã. Além disso, deve utilizar todo seu conhecimento para orientar suas decisões, as quais terão efeito direto sobre sua reputação e seu prestígio com o público. Segundo ele, a Presidência não é um lugar para amadores, e a capacidade para assumi-la dificilmente pode ser adquirida sem profunda experiência em cargos políticos, sendo um lugar para os “homens da política”, mas nem por isso para todos os políticos.

O estudo de Greestein (2000), por sua vez, baseado em entrevistas com ex-presidentes e pessoas ligadas a eles, teve o objetivo de identificar características que teriam contribuído ou prejudicado o desempenho na Casa Branca. Ele desenvolveu, então, seis títulos referentes a atributos que afetariam o desempenho do cargo presidencial.

O primeiro, que se refere à face da liderança presidencial, é a proficiência do Presidente como um comunicador público. O segundo, que diz respeito ao funcionamento interno da Presidência, é a capacidade organizacional do Presidente, isto é, sua habilidade de reunir a equipe e estruturar suas atividades de forma eficaz. Isso inclui a capacidade de montar a equipe e minimizar a tendência dos subordinados para dizer o que eles sentem e não o que ele quer ouvir. O terceiro e quarto aplicam-se ao Presidente como operador político: sua habilidade e sua visão de política pública. O quinto é o estilo cognitivo com o qual o Presidente processa os aconselhamentos e informações que chegam a ele. O sexto é a inteligência emocional, ou seja, a medida que o Presidente é capaz de gerenciar suas emoções e usá-las de maneira construtiva em vez de ser dominado por elas e prejudicar o seu desempenho público (GREENSTEIN, 2000).

Os críticos das pesquisas sobre personalidade dos presidentes questionam o método e os pressupostos. Quanto ao primeiro aspecto, alegam que os estudos carecem de parcimônia conceitual e de rigor empírico. Para eles, as generalizações e os conselhos prescritivos são, muitas vezes, baseados em evidências limitadas, e as hipóteses são difíceis de serem testadas. Argumentam que a descrição acaba por substituir a coleta de dados orientada pela teoria, não produzindo resultados de pesquisas cumulativas (LYONS, 1997).

Sobre as premissas, eles afirmam que a Presidência moderna está tão institucionalizada e prisioneira de restrições externas que a personalidade do ocupante teria pouca influência sobre os resultados políticos. Esse grupo reúne pluralistas como Robert Dahl e Theodore Lowi, e teóricos da escolha racional como Terry Moe (LYONS, 1997).

Lyons (1997) rebate as críticas ao afirmar que os argumentos partem de um pressuposto equivocado: que a análise da personalidade não se relaciona com a base institucional do poder presidencial. Ele defende que a abordagem de Neustadt (1990), por exemplo, é crucial para o entendimento do desenvolvimento da institucionalidade presidencial e para explicar por que algumas organizações são mais efetivas que outras. Para ele, o desenvolvimento do institucionalismo não torna obsoleta a abordagem sobre personalidade presidencial. Ao ignorar as implicações institucionais dos argumentos de Neustadt (1990), os neoinstitucionalistas estariam afastando uma abordagem

conceitual que, adequadamente compreendida, fornece a base para um modelo institucionalista de análise do poder presidencial (LYONS, 1997).

No seu estudo emblemático, Ames (2001) havia defendido que o sistema político brasileiro é lento, dispendioso e propenso ao caos em decorrência do seu arcabouço institucional. Durante o segundo mandato de Lula e na transição para Dilma, segundo ele, seus argumentos passaram a soar fracos, pois o Congresso havia aprovado os principais projetos, os líderes partidários controlavam suas bancadas e os órgãos de combate à corrupção estavam funcionando.

Ele analisa, todavia, que seu ponto não era desprovido de fundamento, pois avalia que a expansão econômica combinada à habilidade de Lula possa ter ocultado a debilidade das instituições políticas brasileiras. No entanto, ele afirma ter desconsiderado alguns elementos importantes para a compreensão da engenharia do sistema e da instabilidade política atual.

No Brasil, a área de estudos presidenciais não possui grande tradição como ocorre nos Estados Unidos, embora os presidentes sejam atores centrais do nosso sistema político (BATISTA, 2016). Na ciência política americana, a pesquisa sobre presidentes, altamente influenciada pelo comportamentalismo, recaía originalmente tanto sobre sua psicologia individual quanto sua personalidade e estilos de liderança. Nesses estudos, a metodologia incluía abordagens quantitativas e teoria dos jogos. Mais recentemente, os estudos passaram a focar no papel pessoal de cada um dos presidentes, sua relação com o ambiente político – Legislativo, Judiciário, burocracia, sociedade civil, etc –, bem como o contexto socioeconômico em que atuam (LASSANCE, 2015). De todo modo, a preocupação reside em como transformar poder formal em poder de fato (BATISTA, 2016).

Inácio e Llanos (2003) afirmam que os presidentes são os atores políticos mais poderosos das democracias latino-americanas. Além de responderem diretamente à demanda do eleitorado, eles gozam de importantes poderes em vários domínios políticos, como a ingerência na agenda legislativa, o controle da alocação de recurso e a prerrogativa para nomear e demitir funcionários. Entretanto, mesmo os presidentes mais influentes contam necessariamente com a assistência técnica e o suporte político dos seus assessores mais confiáveis.

Entendendo a Presidência como variável dependente, sua atuação varia de acordo com as preferências do presidente e o contexto político de forma mais geral (BATISTA, 2016). No presidencialismo de coalizão, a institucionalização da Presidência, com toda sua estrutura e aparato de assessoria, tem o propósito de reduzir os custos de transação decorrentes de governos de coalizões multipartidárias (INÁCIO, 2006).

Em função dos diversos constrangimentos institucionais, como o sistema de freios e contrapesos, e de todo o arcabouço jurídico-político que dá sustentação à Presidência, pode ser difícil perceber como a personalidade individual do Presidente pode gerar efeitos nos outputs políticos, uma vez que ele não governa sozinho. Nesse sentido, parece mais razoável considerar o perfil presidencial de maneira ampla, referindo-se ao núcleo duro do governo - que também pode ser chamado, por exemplo, de núcleo central ou centro de governo. Esse grupo político tende a reproduzir, em grande medida, o estilo do boss, além de seguir e implementar suas orientações, mas não se restringe a ele de forma individual.

Em trabalho publicado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Alesandro et al (2013) tratam dos centros de governo, definindo-o como o núcleo que apoia o boss nas funções de coordenação política e técnica, planejamento estratégico, monitoramento dos programas e comunicação. Nesse sentido, defendem que, embora os conceitos possam ser mais ou menos abrangentes quanto aos membros que integram essa equipe, é mais importante olhar para as suas funções do que propriamente para a sua composição ou localização estrutural. A área de finanças, por exemplo, tem atribuições mais ligadas à coordenação do que à prestação de serviços, o que caracteriza sua atuação como típica de centro de governo. Do mesmo modo, a autoridade orçamentária, aparentemente responsável por atividades de gestão de recursos, costuma participar do planejamento, formulação e acompanhamento das ações governamentais.

Segundo Lassance (2015), a atuação desse grupo tem se tornado cada vez mais relevante em função do aumento de atividades transversais que os governos têm tido que desempenhar, além de fatores como a atuação da mídia e a personalização das campanhas eleitorais. Todos esses elementos levariam cada vez mais à responsa-

bilidade pessoal direta do chefe do Executivo pelas ações em todas as áreas de sua administração, que tem respondido a esse desafio fortalecendo o papel do centro de governo para assegurar o controle político sobre o gabinete e a burocracia.

A função primária dos centros de governo é a coordenação política, dada a dificuldade de um indivíduo acumular sozinho a função de direção das políticas públicas com o papel de articulação com os diversos atores, especialmente o Legislativo e os partidos políticos, mas também as organizações da sociedade civil, outros grupos de interesse e a opinião pública. Nos governos de coalizão, a coordenação política é mais complexa e requer permanente consultas sobre as políticas a serem lançadas. O centro de governo tem também o papel de antecipar e gerenciar reações de grupos descontentes (ALESANDRO et al, 2013).

Para além da coordenação política, o núcleo duro atua também na supervisão dos processos de formulação e implementação de políticas públicas. Nesse aspecto, a falta de diretrizes centrais pode levar à incoerência ou mesmo contradições entre as ações, à duplicação de esforços e a diversos conflitos entre os órgãos. No entanto, os centros de governo diferem quanto ao grau de coordenação que fornecem aos seus governos. Uma questão que se coloca, nesse aspecto, é se a força e a centralização de decisões no centro de governo têm a ver com a visão do presidente sobre a autonomia ministerial (ALESANDRO et al, 2013).

Para traduzir suas plataformas eleitorais em programas governamentais, cabe ao núcleo central o planejamento estratégico do governo como um todo. Isso ocorre por meio do monitoramento da atuação dos órgãos e alinhamento das suas ações com as prioridades do chefe do Executivo, assegurando que os objetivos de cada um sejam suficientemente específicos e realistas. Cabe, também, a esse núcleo garantir que o orçamento esteja sincronizado e distribuído de acordo com a visão mais geral do governo. O estilo do chefe e a dinâmica política do seu gabinete, bem como o nível de especialização nos ministérios e centros de governo, influenciam a forma como o trabalho é conduzido (ALESANDRO et al, 2013).

Em geral, os centros de governo reúnem dados para monitorar o desempenho dos órgãos e municiar o chefe do Executivo com informações para tomar decisões e realizar cobranças aos ministros.

Em tese, o Presidente precisa receber *inputs* fortes para formar suas posições e orientar os ministérios, mas a capacidade do núcleo duro de acompanhar a *performance* das áreas e de intervir quando os resultados não estão sendo alcançados depende da relação entre os ministros e o chefe do Executivo e do poder que este último delega ao centro de governo (ALESANDRO et al, 2013).

Quanto à função de comunicação e prestação de contas, o núcleo central interage com os órgãos para definir a apresentação de informações ao Presidente e ao público em geral. Nesse sentido, o centro de governo escolhe quais dados de desempenho serão levados, resultando em uma tensão: algumas forças levam a proteger a imagem do chefe do Executivo a todo custo, enquanto outras se inclinam para a transparência (ALESANDRO et al, 2013).

Nos sistemas parlamentares, em que a responsabilidade ministerial é coletiva, o centro de governo atende não apenas ao primeiro-ministro, mas ao gabinete como um todo. No presidencialismo, ao contrário, os ministros atuam de acordo com as ordens do Presidente, que os nomeia e decide se continuam em seus cargos. A autoridade, a responsabilidade final e prestação de contas ao eleitorado recaem, portanto, sobre o Presidente. Desse modo, o centro de governo serve-o exclusivamente, ainda que suas funções beneficiem todo o governo (ALESANDRO et al, 2013, 2014).

Existem variações importantes entre os países na forma como os centros de governo são organizados para desempenhar suas funções, dependendo de disposições constitucionais, restrições institucionais e tradições administrativas. Também dentro de um mesmo país, cada chefe do Executivo estrutura seu núcleo de acordo com suas preferências pessoais ou realidades políticas, podendo variar de um mandato para outro, em caso de reeleição, ou até mudar no curso de uma mesma gestão (ALESANDRO et al, 2013).

Além da assessoria formal, Siavelis (2010) argumenta que os presidentes constroem ou dependem de redes informais de apoiadores que ajudam na relação com o Executivo, na proteção da imagem do chefe e nas diversas interações políticas. Essas estruturas não formais, muitas vezes, influenciam mais as decisões presidenciais do que alguns ministros. Transpondo o raciocínio do autor para a linha argu-

mentativa aqui apresentada, é possível compreender que, embora não oficialmente designados, esses assistentes comporiam, ainda que informalmente, o chamado “núcleo duro” de governo.

A atuação desse centro de governo tende a refletir, portanto, o perfil, as escolhas e a dinâmica de trabalho do Presidente, seja porque ele define assessores com personalidade mais parecida com a sua, seja porque essas pessoas acabam por reproduzir o comportamento do *boss*, ou mesmo porque tentam antecipar suas decisões, processando as situações e tomando cursos de ação tal como o chefe.

Desse modo, diferentemente das abordagens que recaem sobre o perfil psicológico individual dos presidentes, a ideia da valorização da metáfora do *piloto* está associada ao estilo do Presidente da República e do núcleo duro de governo, que se manifesta nos diversos aspectos de sua atuação, como articulação política, liderança, gestão e comunicação. Enfim, como pilota sua máquina no circuito do sistema político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da instabilidade política é altamente complexo. Em geral, a literatura é rival e disputa explicações com foco em estudos de caso (propostas explicativas mais frágeis) e em perspectiva comparada (mais robustas, mas com ausência de dados). Do mesmo modo, é simplista supor que somente fatores econômicos ou geopolíticos, por exemplo, respondam por toda a performance dos governos. Este artigo propôs, portanto, a complementaridade entre as abordagens analíticas acerca do presidencialismo de coalizão, com a consideração inclusive de explicações comportamentalistas para a compreensão das diferentes capacidades de governar. Em resumo, há o solo de sustentação do presidencialismo de coalizão, formado por suas instituições, que precisa ser percorrido para a geração de resultados políticos, como um *circuito*. Em seguida, existe o *carro* que trafega pela pista institucional do sistema político, superando seus buracos, curvas e obstáculos. Por fim, há o conjunto de atores centrais que manejam os instrumentos de coordenação, refletidos na figura do *piloto*.

Além de propor um diálogo entre as duas teorias clássicas que divergem sobre a estabilidade do sistema, defendeu-se aqui a consideração de uma terceira abordagem, que leva em conta o papel do núcleo duro na condução do governo. Ou seja, o argumento é que, tal como as instituições e os instrumentos de coordenação, o estilo de governança dos presidentes e de sua equipe importa.

A capacidade de negociar com o Parlamento está associada à visão do próprio governo a respeito do sistema político. Por exemplo, presidentes com experiência parlamentar tendem a ser mais propensos a se aproximarem do Legislativo. Como o *boss* não conduz o mandato sozinho, o núcleo central como um todo impõe seu estilo ao mandato, o que gera resultados políticos, de maior ou menor intensidade.

Esse centro de governo, que, além do presidente, é formado por assessores – inclusive os informais – e ministros com papéis ligados à coordenação técnica e política, está à frente da relação com os diversos atores, como os outros Poderes, os partidos, a burocracia, os demais ministros, os movimentos sociais e a mídia. Logo, sua função vai muito além do suporte ao presidente, na medida em que representam a “cara” do governo para dentro e para fora. Seu perfil e estilo de condução, portanto, têm reflexo nos rumos trilhados pela gestão.

Nessa lógica, tal abordagem não rivalizaria com a institucionalista, mas seria complementar. A aparente oposição entre as teorias pode estar relacionada ao fato de a literatura, em geral, supervalorizar as instituições formais, deixando de lado as regras tácitas e informais fundamentais no jogo político, especialmente na relação entre Executivo e Legislativo. Logo, a proposta teórica aqui sustentada é de que o funcionamento do presidencialismo de coalizão, além de resultante de uma combinação institucional somada ao manejo dos variados instrumentos de coordenação, depende também do perfil de cada governo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, S. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, 1988, vol. 31, n. 1, p. 5-34.

_____. Os ciclos do presidencialismo de coalizão. *Ecopolítica* Ensaios, 2014. Disponível em <http://sergioabranche.com.br/politica/118-cries-politicas-no-presidencialismo-de-coalizacao>.

ALESSANDRO, M.; LAFUENTE, M.; SANTISO, C. **The role of the Center of Government: a literature review**. Washington: IDB, 2013. (Technical Note, n. 581).

_____. **Gobernar para cumplir con los ciudadanos: el rol del Centro de Gobierno en América Latina y el Caribe**. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014. (Nota Técnica, n.591)

AMES, B. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. **Os entraves da democracia no Brasil: uma crise antecipada?**. Folha de S. Paulo: São Paulo, 22 de maio de 2016.

AMORIM NETO, O. Gabinetes Presidenciais, Ciclos Eleitorais e Disciplina Legislativa no Brasil. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, 2000, v.43, n.3, p.479-519.

_____. De João Goulart a Hugo Chávez: a política venezuelana à luz da experiência brasileira. *Opin. Publica*, 2002, vol.8, n.2, pp. 251-274.

_____. El presidencialismo moderno en Brasil. In: LAZARO, J. **Presidencialismo y Parlamentarismo: América Latina y Europa Meridional**. Madrid: CEPC, 2012.

_____.; COX, G.; MACCUBBINS; M. **Agenda Power in Brazil's Câmara dos Deputados**, 1989-1998. *World Politics* 55(4), p. 550-578, 2003

ANASTASIA, F.; R., Carlos; SANTOS, F. Venezuela: um país dividido. In: **Governabilidade e representação política na América do Sul**. Rio de Janeiro/São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung/Unesp, 2014.

ARAÚJO, V. **Multipartidarismo, Coordenação de Preferências e PolicePatrol em Sistemas Presidencialistas**. Dissertação em Ciência Política. São Paulo: USP, 2015.

BARBER, J. D. **The Presidential Character: Predicting Performance in the White House**. 2nd Edition. London: Prentice Hall International Inc, 1972.

BATISTA, M. O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 127-155, Mar. 2016.

CHEIBUB; J. A.; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, S. Governos de Coalizão nas Democracias Presidencialistas e Parlamentaristas. **DA-DOS - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 2002, Vol. 45, nº2, p. 187-218.

____. Government Coalition and Legislative Effectiveness under Parliamentarism and Presidentialism. **British Journal of Political Science**, 2004, vol. 34, p 259-285.

CHEIBUB, J. A.; FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F. Partidos políticos e governadores como determinantes do comportamento legislativo na câmara dos deputados, 1988-2006. Dados, Rio de Janeiro, 2009, v. 52, n. 2, June.

FREITAS, A. M. **O presidencialismo da coalizão**. Tese em Ciência Política. São Paulo: USP, 2013.

GEORGE, A. L. Assessing Presidential Character. **Cambridge University Express**, 1974. Vol. 26, no. 2, p. 234-282.

HALL, P.; TAYLOR, R. 199. Political Science and the three new institutionalism. **Political Studies**, 44 (5), p. 936-957.

HELMKE, G.; LEVITSKY, S. Informal institutions and comparative politics: a research agenda. **Kellog Institute**, 2013, p. 725-749.

HERMAMIN, V.; MENDEL, F. **Parliaments of the world: a reference compendium**. London: Inter-Parliamentary Union/De Gruyter, 1976.

INÁCIO, M. **Entre Presidir e Coordenar: presidência e gabinetes multipartidários no Brasil**. In: **3º Encontro Latino-Americano de Ciência Política**, 2006, Campinas.

_____.; LLANOS, M. The Institutional Presidency from a Comparative Perspective: Argentina and Brazil since the 1980s. **Brazilian Political Science Review**, 2015, vol.9, n.1, p.39-64.

LASSANCE, A. Governança presidencial e desenvolvimento: o poder dos Presidentes. In: PEIXOTO, J. **Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

LEMOS, L. "O Congresso brasileiro e a distribuição de benefícios sociais no período 1988/1994: uma análise distributivista". **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, 2001, 44(3), p. 561-604.

_____.; RICCI, P. Individualismo e partidarismo na lógica parlamentar: o antes e o depois das eleições. In: POWER, T.; ZUCCO, C. **O Congresso por ele mesmo: autopercepções da classe política brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

LIMONGI, F. As Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 44, p. 81-106, 1998.

_____.; FIGUEIREDO, A. 1995. O Processo Legislativo e a Produção Legal no Congresso Pós-Constituinte. **Novos Estudos Cebrap**, nº 38, março, 1995

LIMONGI, F. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos CEBRAP**, 2006, n.76, p. 17-41, São Paulo.

_____.; TAVARES DE ALMEIDA, M.H., e FREITAS, A. Da sociologia política ao (neo) institucionalismo: 30 anos que mudaram a ciência política no Brasil. In: AVRITZER, L.; MILANI, C.; BRAGA, M. **A ciência política no Brasil: 1960-2015**. Rio de Janeiro, FGV/ABCP, 2016.

LYONS, M. Presidential Character Revisited. **Political Psychology**, 1997, Vol. 18, N. 4. Lund.

MAHONEY, J. Explaining Political Development in Central America. In: MAHONEY, J., **The Legacies of Liberalism: Path Dependence and Political Regimes in Central America**, p. 3-28. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2002.

MAINWARING, S. **Presidentialism and Democracy in Latin America**. University of California, San Diego, 1997.

MELO, C. R. As instituições brasileiras funcionam?. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, p. 199-203, nov, 2005.

MOISÉS, J. A. O Desempenho do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão (1995-2006). In: MOISÉS, J. **O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão** Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

NEUSTADT, R. **Presidential power and the modern presidents**. New York: The Free Press, 1990.

PEREIRA, C., POWER, T. J.; RENNO, L. Under What Conditions Do Presidents Resort to Decree Power? Theory and Evidence from the Brazilian Case. **Journal of Politics** 67(1): 178-200, 2005.

PEREIRA, C.; MELO, M. A. The Surprising Success of Multiparty Presidentialism. **Journal of Democracy**, 23 (3): p.156-70, 2012.

POWER, T. O presidencialismo de coalizão na visão dos parlamentares brasileiros. In: POWER, T; ZUCCO, Cesar. **O Congresso por ele mesmo: autopercepção da classe política brasileira**. Editora UFMG: Belo Horizonte, 2011.

RENNÓ, L. Críticas ao presidencialismo de coalizão no Brasil: processos institucionalmente constrictos ou individualmente dirigidos? In: AVRITZER, L. e ANASTASIA, F. (orgs.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2006, pp. 223-23

RICCI, P. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, 2003, v. 46, n. 4, p. 699-734.

SANTOS, F. Em defesa do Presidencialismo de Coalizão. In: HERMAN, K.; MORAES, F. **Reforma Política no Brasil - Realizações e Perspectivas**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 19-38.

SANTOS, F.; VILAROUCA, M. G. **Political institutions and governability from FHC to Lula. Em Democratic Brazil Revisited**. University Pittsburgh Press: Pittsburgh, 2008.

SANTOS, W. G. **Sessenta e quatro: anatomia da crise**. São Paulo: Vértice, 1986.

SIAVELIS, Peter. Formal and Informal Organization of the Executive Branch in Chile. V **Congreso Latinoamericano de Ciencia Política**. Buenos Aires, 2010.

SCHMIDT, V. Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse. **Annual Review of Political Science**, 11, 2008, p. 303-326.

TSEBELIS, G **Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada**. São Paulo: Edusp, 1998.



RENAN ALBERNAZ DE SOUZA

É Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). É Procurador-Geral da Prefeitura Municipal de Marianópolis do Tocantins e Sócio-Proprietário do Renan Albernaz Advogados Associados.

RENAN ALBERNAZ

AMBIENTE DE CORRUPÇÃO, O LEGISLATIVO E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

RESUMO

“Corrupção” deriva do latim corruptus, que significa quebrado em pedaços. O verbo “corromper” significa “tornar pútrido”. A partir de tal etimologia, ao estudarmos o tema corrupção, alguns pontos merecem ser avaliados de forma sistêmica e cautelosa. Dentre os vários, destaca-se a corrente que atribui à classe e a sistemas políticos os créditos pela acentuação do cenário de corrupção no país. Nesse recorte, há severa discussão se o presidencialismo de coalizão – por fomentar o estabelecimento de negociações políticas – traria alguma espécie de disfunção capaz de justificar o crescimento dos episódios de corrupção. A relação legislativo/executivo seria suficiente para parametrizar as discussões acerca da origem e combate à corrupção? Seria a corrupção um problema social complexo? Tais questionamentos serão explorados de forma estratégica, de modo a evidenciar as distorções e a ideologização do que se entende por corrupção e sua influência na prática social.

Palavras-chave: Corrupção; presidencialismo de coalizão; Poder Legislativo; sistema de governo; Parlamento.

1. A CORRUPÇÃO, O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E O SISTEMA POLÍTICO

Inicialmente, o presente trabalho não se prestará a apontar de forma pragmática as reais causas da corrupção no Brasil, tampouco apontar claras soluções ao problema. A pretensão resumir-se-ia a avaliar o cenário a partir de algumas perspectivas e concluir se é a mais acertada a abordagem que atribui ao ambiente político e ao presidencialismo de coalizão as principais causas de origem da corrupção no Brasil.

Com pouco mais de 30 anos da promulgação de nossa Constituição, é necessário observar e entender a qualidade dos sistemas de governo e eleitoral a partir da atuação dos poderes constituídos. Desde a promulgação da vigente Constituição, o tema presidencialismo de coalizão tem ganhado bastante relevo, sobretudo após o acontecimento de embates institucionais entre Executivo e Legislativo, inclusive mediante a queda de dois Presidentes da República (SALLUM JR., 2015).

Discutir o presidencialismo de coalizão é também discutir a democracia. Isso porque a formação da coalizão não se prestaria ao atendimento de uma pauta pessoal do Presidente, mas sim de interesses sociais como um todo. Em resumo, nas linhas de Carlos Blanco de Moraes¹, "o presidencialismo consiste num sistema político que confere proeminência político-institucional ao Presidente da República no quadro de um sistema de separação de poderes que independentiza o Executivo do Legislativo".

O Presidente, dessa maneira, assume atribuições estratégicas e quase monárquicas num ambiente idealizado para uma repartição proporcional de poderes. Tal proeminência acaba por atrair um sistema fiscalizatório severo desenvolvido pelo Legislativo contra os atos praticados pelo Executivo. Mas esse ambiente seria propício para o nascimento institucionalizado de atos de corrupção?

¹ O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa. Editora Almedina. Coimbra. 2017. Pg.378.

A resposta seria negativa.

É natural dos sistemas democráticos que os interesses do governo e do Parlamento passem por alterações, discussões e negociações no Legislativo – mesmo com formação de coalizão –, já que este assume função institucional de representatividade do povo.

Tal ponto será adiante abordado de maneira mais minuciosa, mas é de se adiantar que as negociações políticas não podem ser confundidas com atos de corrupção, já que, institucionalmente, buscam conformar interesses dos diversos atores políticos.

Pode-se observar, na última década, uma mudança paulatina ocasionada por um conjunto de medidas e inovações legislativas que visam à autonomia política do Legislativo em detrimento ao Executivo e que tem produzido uma espécie de mudança no peso relativo dos poderes. Seria uma medida tendente à mudança central da ideia do presidencialismo de coalizão, que, nessa nova perspectiva, abandona o individualismo dos partidos ou líderes e se aproxima do fortalecimento institucional.

O ponto de relevo a partir de tal consideração, e que é força motriz para o aprofundamento do estudo, seria no sentido de que, se tivéssemos um Congresso Nacional mais poderoso, é correto concluir que seria a ele dedicada uma maior parcela de responsabilidade num ambiente de corrupção? Adianta-se que não. Essa preponderância do Poder Legislativo e a mudança relativa dos poderes acabam atraindo olhares sociais que são induzidos por análises superficiais e apontam estar ali a razão existencial da corrupção. Não se pretende, com isso, dizer que estaria o Legislativo imune a verificações de atos de corrupção. O problema perpassa essa relação política.

A ala defensiva das mudanças institucionais promovidas pelo Legislativo às quais este trabalho se refere defende uma necessidade de superação do presidencialismo de coalizão sob o argumento de que tal sistema preconizaria uma exacerbação personalíssima focada na figura do Presidente, uma manifesta inclinação patrimo-

nialista e, sobretudo, a formação de ambientes de corrupção, razão pela qual se justificaria a postura do Parlamento em restabelecer suas funções institucionais².

É de se ressaltar que tal conclusão não se mostra a mais acertada, já que parte da falibilidade dos sistemas constitucionalmente previstos e presume uma tendência natural de corrupção dos agentes políticos envolvidos. Da mesma forma, constrói uma ideia utópica no sentido de que as funções institucionais do Parlamento estariam fragilizadas num ambiente em que o Presidente deteria poderes quase que monárquicos, sem que houvesse qualquer comprovação empírica que justificasse tal conclusão.

Conforme concebido, o presidencialismo de coalizão se prestaria à garantia do cumprimento de uma pauta de governo e à consequente governabilidade, por intermédio da conformação de interesses partidários, dos Estados, dos parlamentares, se valendo das vias constitucionalmente previstas.

A partir disso, não se vislumbra a possibilidade de atribuir ao sistema do presidencialismo de coalizão o crédito pela crescente pauta de corrupção no Brasil. A problemática parece ser anterior.

A nível de Brasil, pode-se observar que a discussão acerca da corrupção é parametrizada por padrões marcadamente passionais e com pouca pesquisa acerca de como realmente a corrupção opera. Tal ponto se figura essencial para pensar o tema, ao passo que a proposta permeia a necessidade de uma evolução teórica mediante a retirada do debate do âmbito ideológico e, só assim, tentar concluir efetivamente como a corrupção opera, incluindo todos os possíveis atores, sem focalizações, e priorizando a efetividade.

O presente contexto guarda alinhamento com o que evidenciou Sérgio Abranches (2018, p. 341) presidencialismo de coalizão sobre o sistema do Presidencialismo de Coalizão, o qual

2 O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa. Editora Almedina. Coimbra. 2017. Pg.378

não é inexoravelmente instável, nem promove a ingovernabilidade crônica ou cíclica. Mas, por suas singularidades, principalmente a dependência da Presidência da República para uma grande coalizão, com graus irreduzíveis de heterogeneidade, ele requer mecanismos muito ágeis de mediação institucional e resolução de conflitos entre os poderes políticos da República. Mecanismos que não estão presentes no nosso processo legislativo, nem nas regras eleitorais.

A partir disso, poder-se-ia concluir que o problema e a ideia da corrupção antecedem e transcendem ao sistema presidencialista de coalizão. Não lhes são típicos.

A história pode evidenciar que atos de corrupção política podem ser observados em regimes monárquicos, em sistemas presidencialistas que não são de coalizão, no parlamentarismo e diversos outros. A lógica do presidencialismo de coalizão, naturalmente, induz à necessidade de formação de negociações. Isso se afigura natural em um ambiente democrático - que é essencialmente marcado pela integração entre poderes e povo - e se confunde com o que se entende por política (ABRANCHES, 2018).

Necessariamente, o desenrolar de qualquer ato de negociação política pressupõe diversos autores, variados interesses, que devem ser minimamente compatibilizados - natural a um ambiente democrático. O sistema brasileiro, por opção expressa, concede aos atos de mera negociação política caráter de legalidade. O cerne da questão seriam a interpretação e a qualificação de tais negociações políticas como precursoras de corrupção.

Não necessariamente o desenrolar dos acordos e das negociações políticas passam por ambientes escusos, clientelistas ou corruptos. A negociação de um cargo em algum Ministério ou o direcionamento de um convênio federal a determinado parlamentar, por exemplo, não são atos passíveis de tipificação como corrupção, muito pelo contrário: estaria o chefe do Executivo concedendo e

ampliando o poder de pauta e de agenda dos partidos políticos, de um determinado Estado ou de um destacado grupo de interesses no Congresso.

De uma observação social, mostra-se acentuada a postura de criminalização desenfreada da política e do presidencialismo de coalizão. Observa-se, ainda, uma tendência de convergência dos conceitos de política e corrupção, o que acaba por fomentar a busca por causas em ambientes que comportariam, em tese, as consequências. Não se pretende com isso ser omissos à corrente que defende que esse ambiente incessante de negociações – cargos, Ministérios, orçamento, execução do orçamento –, num ambiente de fragmentação partidária, acaba propiciando a existência de vácuos que podem ser preenchidos por atos ou sistemas de corrupção política, já que impossível a conformação lícita de tantos interesses na estrutura de que dispõe o Poder Executivo. Boa parte disso advém do descrédito observado na postura dos representantes dos poderes e ocupantes de cargos eletivos.

Definitivamente, o Brasil é assolado pela problemática da corrupção, contudo, a tendência que se observa é a atribuição de tal cenário única e exclusivamente ao sistema político, o que se afigura um equívoco desastroso. Tal focalização importa em fragilizar os mecanismos que tendem a resolver – ou amenizar – os problemas que originam a corrupção. Seria pensar em meros mecanismos de gargalo ao simplesmente atribuir à relação Executivo/Legislativo as causas sistêmicas da corrupção.

Outra tendência – ingênua – seria atribuir a origem da corrupção a determinado partido político, grupo de pessoas ou representantes de determinada ideologia no Congresso Nacional e/ou Executivo. Tal tendência se afigura desprovida de lógica e comprovação prática, já que a retirada de tais atores não resolveria o cenário de corrupção política apresentado no Brasil.

2. A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA SOCIAL

A questão perpassa a seara política. O problema é social.

Como todo problema social complexo, a busca por causas e soluções simples acaba por não resolver a problemática, já que exclui da equação fatores importantes que influenciam diretamente no resultado.

Por se tratar de um problema social complexo – ou seja, que encampa diversos outros atores –, deve-se observar que atos de corrupção são igualmente observados em ambientes privados, a exemplo das empresas, da sociedade civil, das ONG's e, sobretudo, na vida cotidiana das pessoas.

A questão resumir-se-ia à necessidade de ampliação da teoria que atribui tão somente à classe política a razão existencial da corrupção, ignorando da referida equação todos os possíveis fatores e ambientes em que se possam observar atos de corrupção. A politização do tema corrupção e de sua conseqüente ideologização não colaboram em nada para o implemento de mecanismos que avaliem profundamente o tema. Como enunciado, é complexo creditar à conta do presidencialismo de coalizão o mote para o desenfrear da corrupção sistêmica, já que se observam episódios de corrupção em diversos outros sistemas de governo em tantos outros países.

Não há intenção de simplificar a questão e asseverar que os atos de corrupção têm início e fim nas pessoas. Como é de se imaginar, o conceito e a prática de corrupção se afiguram como problemas sociais de maior complexidade. A partir disso, a tendência é concluir que o problema da corrupção é mais amplo do que se possa interpretá-lo num ambiente do presidencialismo de coalizão.

3. DA FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE JUDICIAL.

Outro ponto de igual relevância se concentra no fato de que se exclui do debate de corrupção o Poder Judiciário. Não se pode resumir o problema da corrupção como característico dos Poderes Legislativo e Executivo e de seus representantes. Como evidenciado, o problema perpassa por diversos outros fatores e atores sociais.

No debate acerca da corrupção, a tendência é infirmar que o Poder Judiciário tem se colocado numa posição de inércia, como se em nada contribuísse para o cenário aqui debatido. Talvez, tal postura se deva ao fato de que, na divisão de poderes, restou atribuído ao Judiciário a competência para julgamento de casos oriundos de corrupção.

Contudo, é esperado que o Judiciário brasileiro alargue tal postura e comece a admitir seu papel nos problemas políticos que nos são típicos. De igual modo, a ideia de força dos precedentes acaba sendo mitigada no que tange ao combate à corrupção, o que se afigura problemático. É natural, no Brasil, que se julguem casos iguais de maneiras diferentes. Essa disfunção fomenta uma severa deficiência na formação da identidade judicial de um país, já que tal construto passa pela atuação do Poder Judiciário.

Quando é mencionado sobre a construção de uma identidade judicial, tal ponto se resume à necessidade da existência de um Poder Judiciário uníssono, que consiga transmitir, de forma institucionalizada, o perfil que se pretende assumir diante de determinados assuntos caros à democracia e a estabilização constitucional. A ideia aqui apresentada perpassa a ideia do *self-restraint* e avança sobre uma postura realmente de reforço institucional construída a partir dos precedentes e da modificação de perfis dos seus membros.

Interpretando a teoria da decisão judicial, tem-se que os precedentes se prestam, dentre outras funcionalidades, a parametrizar as condutas e os comportamentos sociais, de modo a antever soluções certas para problemáticas oriundas do seio social. É de suma impor-

tância que a formação de uma identidade judicial uníssona esteja entre as prioridades de um país, já que a marca de tolerância que nos é típica, atrai e fomenta – indiretamente – atos de corrupção.

4. DA IDEOLOGIZAÇÃO DO DISCURSO DA CORRUPÇÃO E SEUS PROBLEMAS.

Como trabalhado, o discurso acerca da corrupção no Brasil é marcado por debates puramente ideológicos e, com eles, necessariamente, exige-se maior parcela de cautela. Uma coisa seria a corrupção típica, aquela naturalmente regulamentada pelo sistema jurídico, punível, alvo de sentimento de repúdio e que naturalmente ofende a democracia. Outra coisa, completamente diferente, é o discurso que se faz acerca do tema corrupção, que é e sempre foi muito perigoso a partir de uma perspectiva histórica.

À guisa de exemplo, ao se analisar o preâmbulo da Constituição de 1937, verifica-se que Getúlio Vargas trata expressamente da corrupção e de um sentimento de combate ao ideal comunista como medidas para sua manutenção no poder e convalidação do seu ideal político.

Seguidamente, o mesmo discurso de combate à corrupção se apresenta nos preâmbulos dos Atos Institucionais 1 e 5 – de 09 de abril de 1964 e de 13 de setembro de 1968, respectivamente. Vale, ainda, rememorar que o golpe de 1964 teve como um dos principais argumentos o impedimento do retorno de Juscelino Kubistchek à Presidência da República, por ter sido considerado corrupto quando da construção de Brasília.

Merecem destaque, ainda, as revoltas paulistas de 1924 e 1926 e a formação do movimento tenentista como relevantes episódios marcados pelo combate à corrupção eleitoral, no caso.

Na mesma medida, nas eleições alemãs de 1920, percebe-se a utilização, pelo partido Nacional-Socialista, do discurso do combate à corrupção como fundamento ideológico para angariar votos

e propor a queda do comunismo naquele país, conforme se observa da ilustração abaixo³:



Mais modernamente, nas manifestações pró-*impeachment* realizadas no Brasil em 2013, o discurso do combate à corrupção foi a tônica e que desaguou no impedimento da Presidente Dilma Rousseff em 2016.

A problemática que se pretende destacar é a apropriação de um discurso enviesado acerca da corrupção com vistas ao atendimento de um suposto anseio social. Vale dizer que esse anseio social que dita repúdio contra atos de corrupção é marcado por impressões particulares, generalidades e ideologizações, de modo a não se prestar ao real debate acerca do tema.

³ "Basta com a corrupção", diz o cartaz utilizado pelo partido Nacional-Socialista nas eleições de 1920.

O tema corrupção – na sua acepção geral – tem marcado os debates políticos e ideológicos, fomentado a polarização e favorecido o surgimento de novos atores políticos. Ou seja, uma coisa seria tratar da corrupção como um problema realmente sério e que assola o Brasil em termos de administração e de Estado, outra coisa completamente distinta seria o uso que se faz do termo e do tema corrupção.

O que se deve ter sempre em mente é que o discurso da corrupção serve tanto à direita, quanto à esquerda. No Brasil, há uma tendência política de se creditar à esquerda a acentuação dos atos de corrupção, sobretudo após a ascensão daquela ao poder e os escândalos que marcaram tal período. Contudo, a história nos evidenciou uma apropriação, pela direita, do discurso da corrupção e da crítica contra o Estado para legitimar todo um processo de privatização, implementação de políticas neoliberais, a partir da perspectiva de que o Estado seria mau, corrupto, ineficiente, ao passo que a iniciativa privada seria o oposto, virtuosa. Um ponto comum e que se tem percebido na história recente seria a utilização do discurso da corrupção em momentos estratégicos e de ruptura institucional.

Pode-se inferir, então, que a apropriação do discurso da corrupção como forma de promoção política acaba por desnaturar o próprio combate a ela. Numa avaliação extremista, merece o risco a conclusão de que não é interessante à classe política que haja o implemento de mecanismos efetivos de desestimulação da corrupção, já que experiências recentes mostram que esse mero discurso se mostrou eficaz e pode elevar figuras desconhecidas ao poder. Essa ideologização da pauta de corrupção acaba por resumir o debate a mecanismos de gargalo, como disse anteriormente, sem os devidos aprofundamentos.

É preciso distinguir, como proposto, o que é a corrupção e como se usar corretamente o termo corrupção. Isso porque se afigura pouco produtivo, em termos de debate, falar de tal tema de forma genérica, sem os necessários aprofundamentos que a temática exige, desprezando fatores e atores essenciais e quais os mecanismos reais que possam inferir no resultado.

CONCLUSÃO

O problema da corrupção não se resume à relação estabelecida entre poderes Executivo/Legislativo por intermédio do presidencialismo de coalizão. Tal sistema, por si só, não seria capaz de fomentar um ambiente de corrupção sistêmico, já que é institucionalmente previsto para a conformação de interesses de governo e atendimento de ações integrativas. Da mesma forma, negociações naturais ao sistema de coalizão não podem ser entendidas como atos de corrupção, já que naturais aos sistemas democráticos e comuns à política, além de possuírem a vertente de distribuição do poder de agenda com a participação do Parlamento.

A problemática da corrupção é social.

Nesse sentido, deve-se expandir o objeto de análise da corrupção e incluir outros fatores e atores essenciais que não só os políticos. O alargamento do que se entende por corrupção acaba por fomentar um discurso político superficial que em nada contribui para o alcance de medidas efetivas de prevenção e combate aos atos de corrupção. O problema da corrupção está longe de ser efetivamente resolvido.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Dados 31, 1988.

_____. **presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FINER, Samuel Edward. **1915. Governo comparado**. Trad. de Sérgio Duarte. Brasília. Editora Universidade de Brasília: 1981. 533p (coleção Pensamento Político, 20).

HAMILTON, Alexander et al. **O Federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. São Paulo: Novos Estudos - CEBRAP, n. 76.

MADISON, James. 1751- 1836. Os artigos Federalistas, 1787-1788: edição integral / James Madison, Alexander Hamilton, John Jay; apresentação Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MORAIS. Carlos Blanco. **O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Editora Almedina, 2017

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre executivo e legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. In: **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 45, n 2, 2002.

_____. Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa: a conexão eleitoral no Brasil. In: **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 46, n 4, 2003.

SALLUM JR., Brasília. **O Impeachment de Fernando Collor. Sociologia de uma crise**. São Paulo: Editora 34, 2015.

SANTOS, Fabiano. **O poder legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.



VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE

É Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Atua como Professor de Ciências Criminais no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), da Escola Superior de Advocacia do Distrito Federal (ESA/DF) e do IDP. Além disso, integra a Comissão de Ciências Criminais da seccional do Distrito Federal e a Comissão de Assuntos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como é Sócio-gerente do Bruno Espiñeira Lemos & Quintiere Advogados.

VÍCTOR MINERVINO

AMBIENTE DE CORRUPÇÃO, O LEGISLATIVO E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

RESUMO

O presente estudo pretende, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica, analisar a realidade vivenciada no Brasil e, utilizando o que aqui se convencionou chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto o seu surgimento, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada aos negros e às negras no Brasil, mais especificamente, como instrumento apto a ensejar a redução do “genocídio virtual” do referido grupo, chegando-se à conclusão de que, a partir do aprimoramento legal (apêndice ao presente trabalho) e da implementação de políticas públicas, o *dataveillance* racial servirá como instrumento apto a evitar a perpetuação do “genocídio virtual” de negros e negras no Brasil, seja em caráter preventivo, seja em caráter repressivo como medida cautelar diversa à prisão.

Palavras-chave: criminologia crítica; racismo; *dataveillance* racial.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, longe de esgotar o tema, pretende, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica, analisar a realidade vivenciada no Brasil e, utilizando o que aqui se convencionou chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto, e aqui surge o paradigma foco de exame, o advento do *dataveillance* racial, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada aos negros e às negras no Brasil, mais especificamente, como instrumento apto a ensinar a redução do “genocídio virtual” do referido grupo.

1. CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA

O Relatório de 2019 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recomendou que “os Estados devem adotar as medidas judiciais, legislativas, administrativas e de outra índole requeridas para corrigir a excessiva aplicação da prisão preventiva, garantindo que essa medida seja de caráter excepcional e se encontre limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, evitando assim seu uso arbitrário, desnecessário e desproporcional. Esses princípios deverão guiar sempre a atuação das autoridades judiciais, com independência ao modelo de sistema penal adotado pelo Estado”.

O excessivo uso das prisões preventivas acima traz, apropriando-se do termo utilizado por Al Gore, uma verdade inconveniente contra negros e negras no Brasil: conforme estudos do INFOPEN (2018), os quais concluíram que 61,7% dos presos são pretos ou pardos.

A criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam. O presente artigo trabalhará as relações entre poder, racismo e Direito no centro do debate da criminologia crítica brasileira.

2. PODER, RACISMO E DIREITO NO CENTRO DO DEBATE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA BRASILEIRA

O impulso necessário para analisar a problemática envolvendo racismo, poder e Direito surgiu a partir da leitura de um artigo de Freitas (2016) que objetiva analisar o punitivismo no Brasil, refletindo sobre racismo, produção do conhecimento criminológico e funcionamento do campo jurídico nacional. Para isso, foram realizadas, ao longo do texto, discussões visando responder como o pensamento criminológico se articula com a agenda genocida contra o povo negro no Brasil.

Tal perspectiva é possível de obtenção a partir da análise dos discursos contemporâneos da criminologia crítica acerca da seletividade do sistema penal, com ênfase no que o autor chama de “principais rupturas e permanências” entre os discursos criminológicos críticos e as práticas políticas no campo jurídico penal.

A respeito do contexto histórico da criminologia no Brasil, a estruturação do campo, a partir de 1970, é caracterizada pela criação, pela articulação e pelo fortalecimento de grupos de pesquisa em criminologia em universidades brasileiras, bem como pelo “ingresso de criminólogos e criminológicas críticos como professores de cursos de graduação e pós-graduação (sobretudo na área de Direito)” (FREITAS, 2016, p. 489).

Tomando por base o trecho do livro “Racismo e sexismo na cultura brasileira”, de Lélia González (1983), a primeira reflexão que surge para o leitor é a seguinte: das pessoas que ingressaram nos quadros das universidades ao longo da chamada estruturação do campo criminológico no país, como criminólogos críticos, quantas efetivamente seriam capazes de exercer, com a “independência militante” necessária, os tais discursos insurgentes e ensejadores de rupturas? O questionamento torna-se possível a partir da análise dos textos representativos do pensamento negro que, por muito tempo, não encontrou “espaço nem na faixa da direita, nem na faixa da esquerda” (FREITAS, 2016, p. 492). É justamente a partir desse ce-

nário, caracterizado pelo aumento da produção científica em todo o país, que Freitas (2016, p. 489) sugere a produção, a crítica e a proposição de criminologias “críticas e insurgentes”. A proposta de produção crítica pretende, aqui, ampliar as áreas passíveis de debates envolvendo o racismo, sem desconsiderar as discussões propostas por Werneck (2003), Carneiro (2005), Reis (2005), Cardoso (2015) e Bairros (2016), mas sim ressaltando sua importância como primeiros passos históricos.

Diante de tal desafio, o autor pretendeu alcançar o seu resultado dividindo o estudo em três partes:

A primeira enfatiza a análise das formas de ocultação da temática racial vigente no debate criminológico nacional; a segunda, sublinha as divergências, rupturas e insurgências verificadas na trajetória do pensamento criminológico brasileiro, e, por fim, uma sessão referente ao levantamento de hipóteses explicativas para o “silêncio criminológico” quanto ao genocídio com ênfase nas teorias sobre branquitude e hierarquias epistemológicas (2016, p. 490).

A respeito da primeira parte, ganha destaque a evolução existente na criminologia ao longo dos anos no Brasil. No início, a criminologia brasileira foi organizada a partir de um “criticismo”, do problema da seletividade do sistema penal e da necessidade de uma política criminal alternativa.

Sobre o tema, Martins (2014, p. 120) assim se posiciona:

Verifica-se que Baratta se consolida como um grande símbolo do pensamento crítico-criminológico de vertente europeia e sua obra alcança significativamente o Brasil e a América Latina. Na América Latina, o processo de ingresso do paradigma da reação social e da criminologia crítica constituiu um fenômeno de emancipação metodológica de alguns setores, visto que diante da tradução desse paradigma se fomentou o reconhecimento dos sujeitos latino-americanos como pesquisadores com os seus próprios olhares no to-

cante às pesquisas criminológicas e políticas criminais. Assim, através da perspectiva de se apropriar de teorias estrangeiras e levá-las às raízes locais em seu tempo, espaço e método, inaugura-se na América Latina a percepção de uma tradução da criminologia. Nesse período, portanto, é possível visualizar o enfoque na denúncia materialista da injustiça social, fenômeno intimamente ligado à estrutura econômica. O enfoque de referidas denúncias, importante consignar, seria, de acordo com o autor, marxista.

Em síntese, a criminologia estava ocupada tão somente com os efeitos do racismo e não com a análise do fenômeno como parte (não) integrante da estrutura e da própria lógica de funcionamento do sistema penal. A partir dessa escolha de enfoque, temas como o genocídio foram rejeitados e substituídos pela busca por caminhos “menos radicais” de aproximação da temática racial. O racismo, portanto, estava tão somente sendo tratado de forma periférica e insuficiente para compreensão do fenômeno, de suas causas, efeitos e consequências como um todo. É possível visualizar que essa característica da criminologia brasileira gerou diversos problemas, em especial, quanto à permeabilidade do pensamento criminológico crítico, senão vejamos:

Assim como em outros campos do conhecimento, o saber criminológico (crítico) brasileiro manteve-se pouco permeável às contribuições do pensamento negro, do pensamento feminista ou de outros grupos sociais subalternizados e seguiu trabalhando com a ideia de classe como macro categoria explicativa dos fenômenos no âmbito da justiça criminal, dos processos de criminalização e das dinâmicas de seleção do sistema punitivo (FREITAS, 2016, p. 492). No decorrer do texto e das reflexões a ele inerentes, realizando o diálogo necessário com a obra de Flauzina (2014), verifica-se que uma criminologia que não se preocupe com as relações raciais não está apta à missão de compreender o sistema penal. Nesse aspecto, o autor destaca que o racismo seria o “eixo estruturador” (p.493) das desigualdades. Nesse ponto, creio que o racismo, em verdade, é uma das dimensões, devendo ser destacadas outras como, por exemplo, a condição econômica, índices de violência, acesso à educação e aspectos culturais. Sobre os aspectos culturais, por

exemplo, em um país de dimensões continentais como o Brasil, é importante que a criminologia analise, para além dos aspectos relativos à raça, como questões econômicas e culturais afetam, por exemplo, as regiões do país.

A partir da relação da criminologia e a “manutenção dos privilégios da branquitude”, o autor destaca ponto crucial para a evolução da criminologia qual seja: “O que está em jogo é que a crítica brasileira não chegou às últimas consequências” (p. 494). Nesse ponto, Freitas traz um paralelo importante em relação à pergunta anterior, *in verbis*:

Trata-se de considerar como as posições (raciais, de classe e de gênero) dos(as) pesquisadores(as) têm influenciado para que a categoria raça ou gênero sigam ausentes das escolhas teóricas e metodológicas da criminologia crítica. É diante do risco de que a denúncia do racismo importe em perda dos próprios privilégios que os críticos param de avançar.

Aqui, existe uma reflexão importante a respeito da criminologia crítica brasileira no sentido de que o risco dos efeitos das denúncias em relação às perdas dos próprios privilégios acaba freando o trabalho crítico.

Sobre a problemática envolvendo a não concepção do negro como pessoa humana, o autor aponta como uma das soluções para o referido enfrentamento a “presença negra em espaços de formulação política e teórica” (FREITAS, 2016, p. 496). Em síntese e, portanto, além de ouvir negros e negras, é necessário possibilitar a construção das narrativas por essas vozes, sob pena de o Brasil refletir, na prática e, infelizmente, o trecho do livro de González (1983), descrito no início do artigo, no qual os negros seriam bem-vindos à casa dos brancos tão somente e enquanto não se prestassem a usar dos espaços de discurso e manifestar-se criticamente.

O tratamento adequado às questões raciais no Brasil é o ponto que merece destaque para reflexões, feitas a seguir, a partir do advento de novas tecnologias, em especial o *dataveillance*, na arena criminológica crítica, bem como os reflexos que tal ferramenta poderá gerar em relação às reformas neoliberais pelas quais o Brasil vem passando nos últimos anos.

3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA A PARTIR DAS NOVAS TECNOLOGIAS: DATAVEILLANCE RACIAL

Este capítulo foi baseado nas reflexões publicadas, em forma de artigo, na Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (QUINTIERE, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados foi responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração do Marco Civil da Internet, na forma da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. A proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros territórios internacionais. Na Europa, foi editado o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável na União Europeia (UE)¹. Em solo norte-americano, foi editado o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375)².

Sobre o tema, é possível verificar que “a LGPD se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados, amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679)” (DONEDA e SCHERTEL, 1980).

1 Comissão Europeia. Proteção de dados. Disponível em:<https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt>. Acesso em: 26. out. 2019.

2 Californians for Consumer Privacy (ed.). Disponível em:<<https://www.caprivacy.org/>>. Acesso em: 26 out. 2019.

O contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva tramitação célere. Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o tema, cuja atualidade é discutível, escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados - como o ocorrido na mídia social *Facebook*³ - também trouxeram visibilidade para o assunto.

De acordo com Doneda e Schertel (1980), é possível “identificar cinco eixos principais da Lei Geral de Proteção de Dados em torno dos quais a proteção do titular de dados se articula: i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes”.

É possível visualizar, a partir desse cenário, inicialmente, que a Lei Geral de Proteção de Dados seria aplicável à jurisdição penal no que diz respeito à unidade e à generalidade de sua aplicação, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados possui características de uma Lei Geral⁴. Essa aplicabilidade potencial, entretanto, não é concretizada quando da análise do art. 4º, que expressamente dispõe não ser aplicável o diploma normativo em análise nas atividades de investigação e repressão de infrações penais.

3 Em resumo, o Facebook exibiu milhões de contas à empresa de dados Cambridge Analytic, um escândalo que só foi confirmado por recentes notícias, trazendo a informação de que gigantes da tecnologia compartilhavam ainda mais dados confidenciais. BURT, Andrew. *Privacy and cybersecurity Are Converging. Here's Why That Matters for People and for Companies*. Disponível em Harvard Business School: <<https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

4 Sobre o tema, Doneda afirma: “O primeiro eixo diz respeito ao âmbito de aplicação material da Lei, caracterizado pela generalidade e unidade: a Lei concentra-se na proteção dos dados do cidadão, independentemente de quem realiza o seu tratamento, aplicando-se, assim, tanto aos setores privado e público, sem distinção da modalidade de tratamento de dados (art. 3º). O seu âmbito de aplicação abrange também o tratamento de dados realizado na Internet, seja por sua concepção de Lei geral, seja por disposição expressa de seu art. 1º. Essas são características fundamentais em uma Lei geral, que permitem a segurança do cidadão quanto aos seus direitos independentemente da modalidade de tratamento de dados e quem o realize, bem como proporciona isonomia entre os diversos entes que tratam dados, o que facilita o seu fluxo e utilização legítimos”.

Um dos grandes problemas da norma começa quando, além do art. 4º, o intérprete passa a analisar o art. 33, III, que dispõe que a transferência internacional de dados pessoais somente é permitida quando for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional. Isso significa que, ao mesmo tempo em que a lei não é aplicável no âmbito das investigações criminais nacionais, discorre sobre eventual cooperação internacional entre autoridades estrangeiras e brasileiras.

Após a análise de uma das palavras-chave do presente estudo sobre proteção de dados, será possível responder se, ao dispor sobre a matéria dessa forma, teria a Lei Geral de Proteção de Dados agido corretamente ou foi perdida uma importante oportunidade de regulamentação do tema.

No estudo da vigilância propriamente dita, palavra intimamente ligada à proteção de dados e ao fenômeno da *dataveillance*, as análises de Bentham (1843) e Foucault (1999) serviram de modelo inicial. O *surveillance* e a sua relação com a sociedade, em especial diante de sua utilização como instrumento de controle⁵ biopolítico, tem ganhado ênfase quando os assuntos são o sistema penal e as tecnologias dispostas nas práticas de segurança.

A partir dessa constatação, Jobim e Veiga (2019, p. 1) concluem que o modelo de controle atual baseado em riscos e algoritmos emprega o *surveillance* (e suas 'novas' tecnologias) em uma atuação securitária seletiva, adotando o discurso 'científico/tecnológico' como escusa para manutenção discriminatória de uma biopolítica da atuação penal voltada para morte de sujeitos e grupos sociais específicos".

Sobre a temática envolvendo a utilização das tecnologias de previsão digital no sistema judiciário, com destaque para as implicações de uma agenda "neutra em relação à raça", Ugwudike (2020)

5 Sobre o tema, Deleuze (1992) destaca que "Controle é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virillo também analisa sem parar as formas ultra rápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado".

demonstra como a dinâmica de criação das tecnologias de previsão de risco e sua dinâmica estrutural subjacente pode provocar a racialização digital do risco. Esse resultado se manifesta como a amplificação dos riscos de reincidência associados a pessoas racializadas, o que, por sua vez, exacerba sua vulnerabilidade à intervenção injustificada da justiça criminal. Referidos instrumentos tecnológicos, de acordo com a autora, têm o potencial de reproduzir ideologias raciais que retratam os grupos racializados como perigosos e arriscados.

Usando *insights* de duas tradições sociológicas, o artigo foi além da visão da estrutura neutra de raça, para desvendar estruturas infraestruturais e constitucionais de desvantagem, criando o desequilíbrio de poder que sustenta a racialização digital do risco. O artigo também é importante, pois foi além da lógica de padronização para descobrir os elementos menos visíveis das tecnologias de previsão comumente usadas, particularmente as escolhas criativas feitas durante a seleção de dados, seleção de preditor e construção de reincidência.

Ao fazer isso, Ugwudike (2020) demonstrou como a dinâmica estrutural se cruza com esses processos de criação para produzir efeitos racializantes. Pode-se argumentar que os preditores de risco tendenciosos não são apenas raciais, eles podem ser identificados por gênero e classificação. No entanto, o potencial de preditores neutros de raça para operar como indicadores codificados por cores e reproduzir preconceitos raciais questiona o valor da neutralidade atribuído às tecnologias e merece atenção. Isso não quer dizer que os criadores de tecnologias de previsão digital projetem intencionalmente ferramentas discriminatórias raciais. Longe disso. Na verdade, não há nada que mostre que os criadores não estão comprometidos com o objetivo altruísta de cumprir as leis antidiscriminação e evitar resultados preconceituosos raciais.

Nota-se, ainda, que o foco do estudo desenvolvido por Ugwudike (2020) foi o de desvendar as condições estruturais adversas que permitem a criação de tais ferramentas, ao lado da ideologia liberal e de lógicas de padronização obscurecendo essas condi-

ções estruturais, legitimando as tecnologias e, conseqüentemente, fomentando a racialização digital do risco.

Esse resultado lembra que, embora a desigualdade e a discriminação racial possam ser retratadas por liberais ou progressistas, como relíquias de uma era passada que não têm lugar em um mundo "pós-racial", elas ainda permeiam áreas-chave da vida social, incluindo a dispensa de justiça. Nesse aspecto, Ugwudike (2020) afirma que, dado seu potencial para reproduzir preconceitos raciais, as previsões de tecnologias de previsão digital padronizadas não devem informar a incapacitação seletiva ou outras intervenções que privam as pessoas de sua liberdade.

Em que pese a importância dessa constatação, o foco do presente estudo será, especificamente, a utilização - ainda que potencial - de metadados na manutenção discriminatória a servir de lastro para atuações penais que, se mal utilizadas, podem causar a morte de sujeitos e grupos sociais específicos.

O surgimento de novas tecnologias e as conseqüências quanto ao armazenamento e ao processamento de dados serviu de mola propulsora para o aumento exponencial de estudos tanto sobre metadados⁶ como sobre a *surveillance*⁷. Dentro do estudo sobre vigilância, o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Ericson e Haggerty (2000), dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, "ao aspecto do *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*" (NETO; MORAIS; BEZERRA, 2017).

O seguinte experimento do *Center for Internet and Society*, realizado no âmbito da Escola de Direito da Universidade de Stanford, auxilia na visualização do que seria uma pesquisa envolvendo *dataveillance* (MAYER e MUTCHER, 2014):

6 Sobre o tema, Neto, Morais e Bezerra (2017) exemplificam o que seria um metadado: "De modo simplificado, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência, os metadados seriam informações sobre aquela carta: o tipo do papel utilizado, o tamanho do envelope, os dados do remetente e destinatário, a data e o local de postagem, os traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, o tipo e a cor da tinta utilizada para escrever a carta, o tamanho e o peso da correspondência, o número de letras e palavras, os traços de substâncias impregnadas no papel, as informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc".

7 Vigilância, ao traduzirmos literalmente o termo.

Usuários que desejassem participar e que possuísem *smart-phones* com a plataforma *Android* instalaram, voluntariamente, um aplicativo em seus celulares. O programa envia para os pesquisadores as seguintes informações: número de destino da chamada, duração da ligação e data e hora em que ela foi feita. Os números de destino eram comparados com bases de dados públicas de telefones; assim, em vez de, simplesmente, terem um número, os pesquisadores poderiam ter o nome do destinatário da chamada telefônica.

A jurisprudência brasileira, representada pelos Tribunais Superiores, tem se debruçado sobre o acesso a dados e uso da tecnologia como instrumento de efetivação da tutela jurisdicional penal⁸. No que tange à proteção (e produção) dos dados, passando pela *cyber* segurança, e à privacidade, Burt (2019) menciona, conforme tradução literal feita abaixo, além da convergência que está diariamente ocorrendo entre referidas palavras-chave, o seguinte:

E era um mundo em que a privacidade e a segurança eram, em grande parte, funções separadas, em que a privacidade ficava em segundo plano em relação às preocupações mais tangíveis sobre a segurança. Hoje, no entanto, o maior risco à nossa privacidade e à nossa segurança tornou-se a ameaça de inferências não intencionais, a partir do poder de técnicas de aprendizado cada vez mais generalizadas. Uma vez que se adotam dados, qualquer atividade em pequena escala pode ser uma ameaça, trazendo novos perigos à sua privacidade e à sua segurança.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988, passando pelos principais diplomas normativos infraconstitucionais (Código Penal, Código de Processo Penal

8 Na seara do Direito Penal, no Informativo nº 583, o STJ definiu que “sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no aplicativo *whatsapp* presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho celular tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. BRASIL. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Informativo nº 583 do STJ). Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/acesso-as-conversas-do-whatsapp-pela.html>>. Acesso em: 26 out. 2019.

e lei nº 9.296, de 1998), é possível concluir que a referida norma é a que mais se aproxima do tema ao abordar interceptação de comunicações telefônicas.

As informações coletadas neste capítulo tornam possível conceituar o *dataveillance* como mecanismo de coleta de metadados destinada a qualquer fim, tornando possível, a partir desta, a respectiva vigilância.

O aqui batizado *dataveillance* racial diz respeito à coleta de metadados destinada à apuração sobre raça ou relativa a determinados grupos e que possa, dentro de uma perspectiva tanto preventiva (evitar crimes em potencial) como repressiva (servindo, a título propositivo, como medida cautelar de monitoramento diversa da prisão), servir como mecanismo de proteção aos grupos sociais.

Evidentemente, se não existir equilíbrio quanto à disseminação do conhecimento relativo aos metadados, invariavelmente, grupos historicamente marginalizados, como os negros e as negras, continuarão em grave desvantagem. Por outro lado, com o implemento de políticas públicas destinadas à profusão do conhecimento relativo ao mundo digital e à forma de utilização dos metadados, a apuração de focos de criminalidade pode ocorrer com mais eficiência, principalmente, quanto ao aspecto preventivo da criminalidade.

Além disso, sob o ponto de vista carcerário, cujas falhas estruturais ganharam destaque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, em virtude da isonomia digital, focar em aspectos que permitam a negros e negras independência digital possibilitará ao Estado, ao invés de manter a estrutura carcerária convencional, adotar o *dataveillance* como mecanismo específico de monitoramento do fluxo de metadados ou, em outra linguagem, dos “dados discretos” desses indivíduos, viabilizando no mínimo, um desafogamento das penitenciárias de todo o país.

Explicado o conceito de *dataveillance*, sua aplicabilidade na seara penal e sua importância para o desenvolvimento da criminologia crítica brasileira, oportuno responder aos questionamentos feitos no início do presente trabalho, em especial, àqueles sobre

a(im)possibilidade da utilização do método de *dataveillance* racial como instrumento de pesquisa para aprimorar a proteção de negros e negras no estudo da criminologia crítica brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam. O presente estudo pretendeu, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica - a realidade vivenciada no Brasil - e do que aqui se convencionou chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto o advento do *dataveillance* racial, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada à população negra brasileira, mais especificamente, como instrumento apto a ensejar a redução do "genocídio virtual" do referido grupo.

Braithwaite (2013, 209), ao abordar práticas tradicionais e locais de justiça, identificou sinais que permitem a construção da paz e da democracia. De acordo com o autor, "os criminólogos precisam fazer parte de um debate sobre o caminho para a democracia que começa na periferia de uma sociedade, e não no centro". Daqui, nasce a importância do estudo aprofundado sobre o *dataveillance* racial, em especial, para possibilitar que, por analogia, a criminologia seja debatida a partir da periferia de uma sociedade e suas características, e não do centro.

Dúvidas não restam de que o "neoliberalismo foi promovido na América do Sul durante os anos 1970, 1980 e 1990, em diferentes épocas e contextos e por diferentes reformas econômicas e sociais do governo" (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2016, p. 1953). As reformas neoliberais ocorreram sob governos ditatoriais e democráticos, que seguiram a liderança de agências internacionais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Simultaneamente, é possível verificar que também houve uma virada punitiva, "medida pelas taxas de encarceramento (um indicador imperfeito,

mas o único disponível), como ocorrido na Colômbia e no Brasil" (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2016, p. 1953).

Ao abordar a nova criminologia latino-americana (natureza, conteúdo, objeto e métodos) visando ao desenvolvimento da disciplina no próximo milênio, Castro (2000) chama a atenção para o fenômeno da unipolaridade. Para a autora, a unipolaridade é, hoje, uma nova forma de domínio internacional, uma vez que as guerras são caracterizadas por um distanciamento vertical, ou seja, há vítimas apenas de um lado, o mais fraco, aquele ainda - e infelizmente - ocupado por negros e negras no Brasil.

Diante da unipolaridade e de perspectivas para o futuro, Castro destaca que a globalização, em que pese benefícios nas mais diversas áreas, gerará dominadores em campos simbólicos ou cibernéticos. Aqui, nasce a preocupação com o que, se mal utilizado, poderá dar ensejo à utilização do *dataveillance* racial justamente como mecanismo de dominação de raças, algo peculiarmente complexo no Brasil se formos aprofundar a composição da população atual e as mais diversas miscigenações ocorridas ao longo dos séculos.

A partir dessa mudança de paradigma e respectivas formas de dominação, preocupações concretas devem existir com a utilização do *dataveillance* racial como símbolo de um "Direito Penal do terror", expressão cunhada por Castro e caracterizado por "sanções informais para conter uma crescente população menos favorecida, sem emprego e sem recursos básicos de subsistência concedidos pelo Estado", muito menos o mínimo acesso e/ou conhecimento a respeito das confluências e implicações do uso de metadados.

Concordando com Castro, duas verdades de Lewis Carroll permanecerão imutáveis no cenário criminal dominado pelo advento de novas tecnologias:

1) Que, para saber quanto são dois e dois, primeiro você deve saber quem está no comando, e

2) Que devemos evitar o que a rainha disse a Alice (no País das Maravilhas):

- "Sinto falta do seu mundo, no qual você precisa correr muito para chegar a outro lugar. Na minha, no entanto, é preciso correr muito para sempre ficar no mesmo lugar!

Como afirma Castro nas aulas de criminologia, "Que isso não aconteça conosco!", em especial, diante das peculiaridades e complexidades vivenciadas no Brasil.

Para isso, a criminologia, como nunca antes visto, terá que, além de promover críticas teóricas a respeito dos fenômenos, agir e propor - ou, por que não, se precaver de - leis e/ou políticas públicas para evitar um verdadeiro "genocídio virtual" das populações negras no Brasil, providência ensaiada no apêndice do presente artigo científico.

REFERÊNCIAS

BAIROS, Luiza. O enfrentamento ao racismo foi inserido no planejamento governamental. In: SANTOS, Katia R. da Costa; SOUZA, Edileuza P. **Promovendo a igualdade racial para um Brasil sem racismo**. SEPPIR: Brasília, 2016, p. 82 - 88.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v.4.

BURT, Andrew. **Privacy and cybersecurity Are Converging. Here's Why That Matters for People and for Companies**. Disponível em: <<https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

_____. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Informativo nº 583 do STJ). Disponível em:

<<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/acesso-as-conversas-do-whatsapp-pela.html>>. Acesso em: 26. out. 2019.

Braithwaite, J. (2013), 'Truth, reconciliation and peacebuilding', in R. King, V. MacGill & Roger Wescombe (eds.) **Peace in Action: Practices, perspectives and policies that make a difference**. King MacGill Wescombe Publications.

CARDOSO, Edson. **Depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados para apurar a violência contra jovens negros e pobres**. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Notas Taquigráficas: CPI da Violência contra jovens negros e pobres. Reunião Ordinária n. 0539/15, 12 de maio de 2015.

CARNEIRO, Suely. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. São Paulo: Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. **O triunfo de Lewis Carroll**. In: A nova criminologia latino-americana. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2000..

DELUEZE, Giles. Post-scriptum:sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. o Conversações. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes. **Um perfil da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira**. In: BELLI, Luca; DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: RT, 1980.

ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. **The surveillant assemblage**. British Journal of Sociology, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **As fronteiras raciais do genocídio**. Direito Unb, janeiro- junho de 2014, vol.1, n.1.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

FREITAS, Felipe da Silva. **Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda**. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. São Paulo, ANPOCS, Ciências Sociais Hoje, 2. ANPOCS, 1983, p. 223-244.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 26.10.2019

JOBIM, Augusto do Amaral. VEIGA, Felipe Dias. Surveillance e as “novas” tecnologias de controle biopolítico. Revista Meritas. Porto Alegre. E-ISSN: 1984-6746

MARTINS, Fernanda. **A sustentação de um discurso criminológico na Revista de Direito penal e criminologia (1973 - 1983)**. Revista Direito e Práxis, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 118-149.

MAYER, J.; MUTCHER, P. **MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata**. *Web Policy*, [S.l.], 12 mar. 2014.

NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, José Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. **O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v.7, nº 3, 2017, p.184-198.

QUINTIERE, Victor Minervino. **Questões controversas envolvendo a tutela jurisdicional penal e as novas tecnologias a luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: *dataveillance***. In: Revista ESMAT. v. 11, n.17 (2019). Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/290/246. Acesso em: 26 out. 2019.

REIS, Vilma. Atucaiados pelo Estado. **As políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações 1991-2001**. Dissertação de mestrado: UFBA, 2005.

UGWUDIKE, Pamela. **Digital prediction technologies in the justice system: The implications of a 'race-neutral' agenda**. In: Theoretical Criminology Journal.

Disponível em: <[https://journals.sagepub.com/doi-full/10.1177/1362480619896006](https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1362480619896006)>. Acesso em: 12 nov. 2020

WERNECK, Jurema. A era da inocência já acabou, já foi tarde. In: Ashoka- Empreendedores Sociais; Takano. (Org.). **Racismos Contemporâneos**. 1ed. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003, v., p. 39-48.

REFERÊNCIAS

A proposta de regulamentação do tema, no bojo da LGPD e no Código de Processo Penal é a seguinte:

Presidência da República Secretaria-Geral

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº ____, DE _ DE _____ DE ____.

Inclui o dataveillance na Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) e o inclui no inciso X, do art. 319, do Decreto-Lei 3.689, de 1941 (Código de Processo Penal):

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO X DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. A utilização do dataveillance, compreendida como técnica de investigação de fluxo de dados discretos, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, sob pena de responsabilização administrativa e criminal dos agentes responsáveis.

Art. 67. Não será admitida a investigação de fluxo de dados discretos quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

IV - o fato investigado constituir contravenção penal.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 68. A investigação de fluxo de dados discretos poderá ser determinada pelo juiz, excepcionalmente de ofício mediante fundamentação específica sob pena de responsabilidade funcional ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 69. O pedido de investigação de fluxo de dados discretos conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a investigação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de setenta e duas horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 70. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 71. Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de investigação de fluxo de dados discretos, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação do fluxo de dados discretos, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 72. Para os procedimentos de investigação de fluxo de dados discretos de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 73. A investigação de fluxo de dados discretos, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 74. A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 75. Constitui crime realizar investigação de fluxo de dados discretos, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

O art. 319 do Código de Processo Penal passa a conter o seguinte:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

(...)

X - monitoramento, cujo limite deve ser discriminado pelo juízo responsável pelo julgamento da ação penal sob pena de responsabilização funcional, de metadados a partir da técnica do dataveillance, compreendida como técnica de investigação de fluxo de dados discretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como nas edições anteriores, o Fórum Jurídico de Lisboa finalizou sua oitava edição com êxito. A partir de temas relevantes de interesse coletivo que visam contribuir com a qualidade de vida e o bem-estar dos cidadãos, a Conferência reuniu, em diversos painéis, juristas, acadêmicos, autoridades e especialistas para debater temáticas referentes à democracia, a sistemas de governo e à governabilidade ao longo dos três dias de evento.

O tema central desta edição destacou a governabilidade nas democracias contemporâneas diante do cenário de pandemia. No Estado Democrático de Direito, em vigor tanto no Brasil e quanto em Portugal, o exercício do poder fundamenta-se na soberania popular, baseada em uma participação cidadã que não se limita aos momentos eleitorais, mediante sufrágio universal, igual, direto e secreto, mas, também, ao acompanhamento e à eventual contestação da legitimidade das decisões tomadas por autoridades públicas por meio de normas e procedimentos jurídicos. Em um sistema de participação popular ampla, o Estado, em tese, se integra à sociedade civil, e, portanto, a governabilidade mostra-se a serviço do coletivo em busca de estabilidade política, econômica e social, resguardando e expandindo os direitos fundamentais dos cidadãos. Tendo em vista a crise sanitária imposta pela pandemia de Covid-19, esse equilíbrio pode enfrentar novos desafios.

Frente a esse contexto, notáveis especialistas discorreram no Fórum sobre disfunções nos sistemas governamentais na atualidade, pontuando potências e fraquezas nas articulações políticas entre governo e Parlamento, com destaque para o papel das redes sociais nesses processos de manutenção democrática. Também foram fomentadas reflexões acerca dos impactos da pandemia na economia e no trabalho.

Esses frequentes diálogos entre Brasil e Portugal - países que, embora historicamente próximos, têm características particulares nas esferas econômica, política e social - são de suma importância, especialmente no que diz respeito ao compartilhamento de sinais que podem servir de alerta para observação e críticas das condições particulares de cada democracia. Fizeram parte do escopo do evento a valiosa cooperação, a troca de experiências e o conhecimento relativo a cada país, com o fomento de debates acadêmicos, a fim de suscitar políticas públicas de melhoria e desenvolvimento de projetos em comum. Dessa forma, o VIII Fórum Jurídico de Lisboa possibilitou o estreitamento de laços e proposições de melhorias para ambas nações.

idp

CJP  **U** **CIDP**
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

 **FGV** | **EUROPE CONHECIMENTO**
CENTRO DE INOVAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E PESQUISA DO JUDICIÁRIO