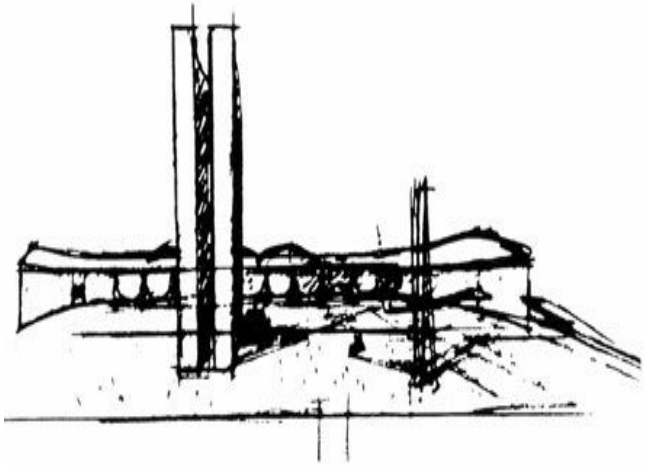
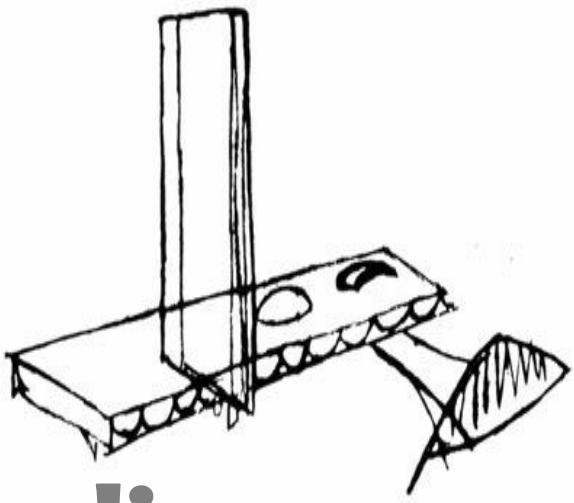
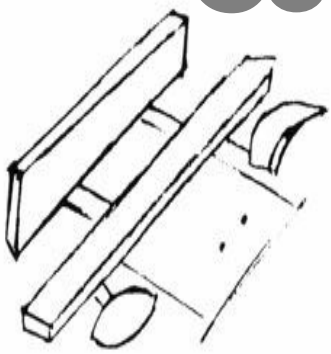
Sociologia & História

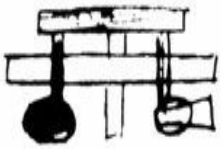


do



Constitucionalismo Brasileiro



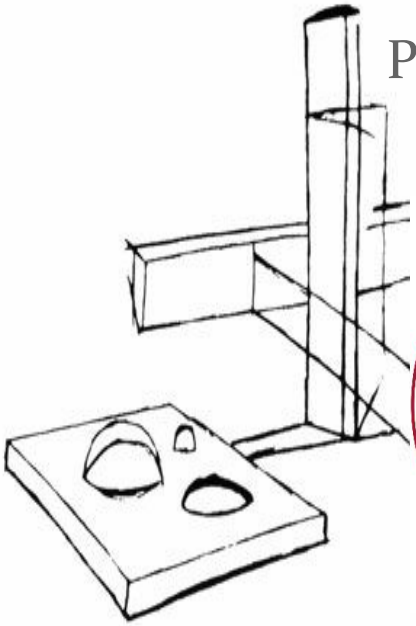






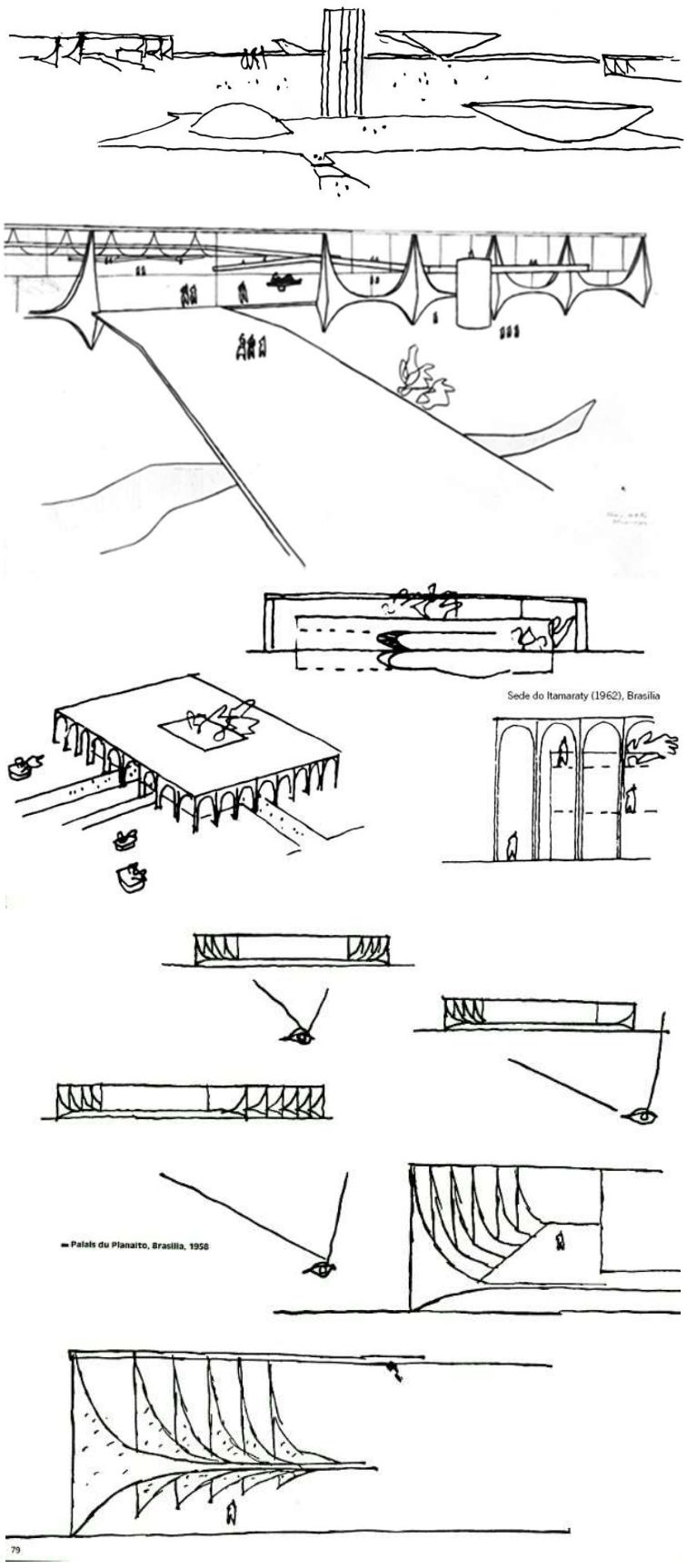
Org: Lucas Fucci Amato
Rodrigo Marchetti Ribeiro

Prefácio: José Eduardo Faria





Este livro reúne uma série de estudos sobre o constitucionalismo brasileiro em seus 200 anos de desenvolvimento. Compondo um mosaico de abordagens de história e sociologia da Constituição, os ensaios percorrem desde o Império e a Constituição de 1824 até as pressões colocadas recentemente sobre o quadro institucional formatado pela Constituição de 1988. Independência do Judiciário e autonomia burocrática, Federalismo e centralização do poder, o Legislativo e o presidencialismo de coalizão, orçamento público e dívida pública, Forças Armadas e movimentos autoritários, direitos fundamentais e jurisdição constitucional – esses e outros temas emergem neste painel representativo de análises formuladas no âmbito do Largo São Francisco, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito.



Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP

Lucas Fucci Amato
Rodrigo Marchetti Ribeiro
Organizadores

Sociologia & História do Constitucionalismo Brasileiro

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
2024

Este trabalho é de acesso aberto. A reprodução parcial ou total deste trabalho é permitida, desde que a fonte e o autor sejam citados e a licença Creative Commons seja respeitada.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Reitor: Professor Titular Carlos Gilberto Carlotti Junior
Vice-Reitora: Professora Titular Maria Arminda do Nascimento Arruda

FACULDADE DE DIREITO
Diretor: Professor Titular Celso Fernandes Campilongo
Vice-Diretora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

CONSELHO EDITORIAL – LIVROS ABERTOS DA FACULDADE DE DIREITO

- Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
- Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Professor Titular do Departamento de Direito Internacional e Comparado e Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- José Marcelo Martins Proença, Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação
- Juliana Krueger Pela, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- Lucas Fucci Amato, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e Secretário Executivo da Coleção
- Sheila Christina Neder Cerezetti, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação

O conselho editorial pode convidar pareceristas especializados para a avaliação das obras submetidas, conforme suas áreas e temáticas especializadas

CRÉDITOS DA OBRA

Capa e contracapa: desenhos de Oscar Niemeyer

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Sociologia & história do constitucionalismo brasileiro [recurso eletrônico] / Lucas Fucci Amato, Rodrigo Marchetti Ribeiro, organizadores. – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024.
410 p.

ISBN 978-85-53062-06-5
DOI: 10.11606/9788553062065
Inclui referências bibliográficas

1. Constitucionalismo -- História -- Brasil. 2. Direito constitucional -- História -- Brasil. 3. Sociologia jurídica. I. Amato, Lucas Fucci. II. Ribeiro, Rodrigo Marchetti.

CDU – 342(81)(091)

Bibliotecário Sérgio Carlos Novaes CRB 8 – 6380

DOI: 10.11606/9788553062065

O Carnaval no Rio é o acontecimento religioso da raça. [...] Toda a história bandeirante e a história comercial do Brasil. O lado doutor, o lado citações, o lado autores conhecidos. Comovente. Rui Barbosa: uma cartola na Senegâmbia. Tudo revertendo em riqueza. A riqueza dos bailes e das frases feitas. Negras de jockey. Odaliscas no Catumbi. Falar difícil.
O lado doutor. Fatalidade do primeiro branco aportado e dominando politicamente as selvas selvagens. O bacharel. Não podemos deixar de ser doutos. Doutores. País de dores anônimas, de doutores anônimos. O Império foi assim. Eruditamos tudo. Esquecemos o gavião de penacho.

(Oswald de Andrade, *Manifesto da Poesia Pau-Brasil*, 1924)

Só a antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente.
Única lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os coletivismos. De todas as religiões. De todos os tratados de paz.
Tupi, or not tupi that is the question. […]
Queremos a revolução Caraíba. Maior que a revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem.

(Oswald de Andrade, *Manifesto Antropófago*, 1928)

Prefácio

José Eduardo Faria[1]

Três importantes indagações suscitaram amplos debates no âmbito do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos anos finais da década de 2010. Eles foram tão intensos que acabaram abrindo caminho para a criação de uma disciplina optativa — *Sociologia da Constituição* — no âmbito do curso de pós-graduação.

Em que medida a Constituição brasileira promulgada em outubro de 1988 foi produto de um processo de conciliação entre as forças políticas que lideraram a transição do autoritarismo militar para a democracia representativa? Esta foi a primeira indagação.

Até que ponto ela foi fruto de um pacto simétrico de interesses mútuos? Ou, pelo contrário, a Constituição de 1988 não teria sido uma estratégia de estabilização de uma ordem assimétrica no âmbito de uma sociedade marcada por desigualdades sociais, econômicas e culturais profundas? Esta foi a segunda indagação.

Por que razão a Constituição brasileira é um texto legal detalhista e ao mesmo tempo programático e com problemas de antinomia, que vai de encontro às profundas reformas constitucionais que dois terços dos países filiados à Organização das Nações Unidas (ONU) promoveram entre 1989 e 1999, adaptando suas respectivas Cartas Magnas às mudanças ocorridas após a queda do Muro de Berlim, o desmanche da antiga União Soviética, a substituição da economia planificada pela economia de mercado nos países do Leste Europeu e

[1] Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

a conversão do euro em moeda circulante no âmbito da União Europeia? Esta foi a terceira indagação.

O que levou os professores Celso Campilongo, Lucas Amato e eu a tomar a iniciativa de criar essa nova disciplina foi a ideia de oferecer aos alunos um debate acadêmico sobre os dois séculos de constitucionalismo no país que fosse muito além do dogmatismo jurídico, do formalismo kelseniano e dos enfoques positivistas que sempre estiveram por trás das disciplinas de Direito Constitucional tradicionalmente oferecidas pelo Departamento de Direito do Estado da USP. Nossa ideia em momento algum teve por objetivo oferecer abordagens alternativas ou substitutivas àquelas seguidas por esse Departamento, mas, isto sim, pretendeu fazer uma espécie de contraponto metodológico, a partir de uma perspectiva a um só tempo interdisciplinar e crítica.

Enquanto nossos colegas do Departamento de Direito do Estado encaravam a ordem constitucional como um sistema normativo independente, formalmente coerente, balizador da criação das demais normas jurídicas e fechado ao ambiente externo que o envolve, na melhor tradição do positivismo metodológico, no âmbito do DFD nós, inspirados no realismo jurídico e nas novas abordagens da Sociologia do Direito, a víamos como um sistema dependente, aberto ao ambiente social, econômico, político e cultural que o circunscreve. Em vez de analisar a ordem constitucional a partir de uma perspectiva *de dentro*, ou seja, voltada ao seu funcionamento interno, o que nos preocupava eram os *fatos do direito* — mais precisamente, a conexão da ordem constitucional com seus contextos políticos, econômicos, sociais e culturais.

Em outras palavras, concebendo a ordem jurídica como uma estrutura codificada que privilegia a compatibilidade vertical das normas jurídicas, a partir da dedução *more geometrico* de premissas gerais, nossos colegas enfatizavam uma análise lógico-formal. Baseando suas pesquisas em vertentes formalistas e normativistas do direito, eles a encaravam como um sistema fechado. Com outro viés epistemológico e com outros interesses cognoscitivos, por nosso lado concebíamos a ordem jurídica como um sistema aberto, em progresso contínuo.

Enquanto eles definiam metaforicamente a ordem constitucional como uma pirâmide jurídica, nós a víamos como um sistema capaz de lidar com situações novas e não previstas por uma Assembleia Constituinte, mantendo a estabilidade do sistema político ao se adaptar às necessidades sociais, políticas e econômicas do país surgidas ao longo de momentos de tensão institucional e na alternância de governos com ideologias conflitantes.

Enfim, sob um olhar apolítico, acrítico e descritivista, o foco da maioria dos nossos colegas do Departamento de Direito do Estado estava voltado para as questões técnico-jurídicas relativas à *vigência* ou à *validez lógico-formal* de uma Constituição. Buscando um diálogo com a teoria social sistêmica, com a teoria do poder, com a teoria do Estado e com a história, para nós do DFD o enfoque mais funcional e crítico nos permitia analisar a *eficácia* dessa Constituição e, por tabela, sua capacidade de acomodar estímulos e pressões, preservando sua função e sua identidade em distintos períodos históricos.

Se o direito surgiu de uma necessidade histórica de dirimir conflitos e deter a tendência entrópica da sociedade, a questão é saber se ele consegue cumprir o papel para o qual foi criado. Como já dizia um dos precursores dessa abordagem em fins do século XIX, Oliver Wendell Holmes Jr., "a vida do direito não tem sido lógica – tem sido experimento", o que faz com que ele não possa "ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática". Foi justamente nesta linha de investigação que se desenvolveu, agora na transição do século XX para o século XXI, a Sociologia da Constituição.

Ela surgiu com o objetivo de identificar, avaliar e problematizar a distância entre um ordenamento constitucional e seu impacto na sociedade — ou seja, se é respeitado, de que modo é reinterpretado por cortes constitucionais e como lida com a tensão entre estabilidade jurídica e mudanças econômicas, sociais, políticas. A Sociologia da Constituição também se desenvolveu por meio de reflexões cada vez mais densas sobre a força normativa dos princípios jurídicos, sobre a irradiação das normas e dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais, sobre a judicialização da vida política e das relações sociais e sobre o deslocamento de poder do âmbito legislativo para a esfera

judicial — temas quase sempre relegados pelos constitucionalistas de formação dogmática.

A nosso ver, esta perspectiva metodológica (i) permite examinar como as instituições de direito, em seu cotidiano, não são afeitas um saber especializado que almeje certezas e formulações seguras; (ii) ajuda a compreendê-las como um fenômeno mutável, plural em suas fontes de criação e complexo e em sua lógica funcional; (iii) permite situar as potencialidades, as continuidades e as descontinuidades das diferentes formas de direito como problema; (iv) possibilita identificar as mutações dos mecanismos normativos regulatórios da contemporaneidade, caminhando de uma perspectiva vertical e monista da ordem legal para uma perspectiva mais horizontal e pluralista dos sistemas jurídicos; e, por fim, (v) propicia análises com maior profundidade dos aspectos técnicos e processuais dos embates jurídicos nos diferentes *loci* públicos, privados e híbridos de composição de interesses e de decisão de litígios

Foi a partir desta abordagem que surgiram, por exemplo, os debates sobre neoconstitucionalismo, sobre constitucionalismo aspiracional, sobre as constituições compromissórias marcadas pelo pluralismo axiológico e sobre a fragmentação do constitucionalismo na era da governança global. O neoconstitucionalismo, por exemplo, identifica e debate teorias da argumentação que possibilitam a busca racional e intersubjetivamente controlável das respostas mais eficazes para os chamados casos difíceis.

Já o constitucionalismo aspiracional, partindo da permanente ambivalência e da contínua tensão entre o jurídico e o político, relaciona as noções de Constituição e progresso, discute as situações nas quais há uma inconformidade significativa com o presente e uma crença nas possibilidades de um futuro melhor e lança luz sobre a importância de uma lógica comunicacional e simbólica destinada a criar representações que operam na vida política.

Tomando por base a mundialização dos mercados de bens, serviços e finanças e a expansão de uma governança global policêntrica, as abordagens sistêmicas da Sociologia da Constituição debruçam-se também sobre (i) a emergência de formas descentralizadas de comunicação funcionalmente

diferenciada, (ii) o processo de esvaziamento da importância das fronteiras nacionais e (iii) a subsequente proliferação de ordens jurídicas que vão para além das noções de Estado nacional, território, soberania, povo e ordem de valores.

Dito de outro modo, se nos séculos XIX e XX as formas territoriais foram um fator estabilizador de organização do poder, com o avanço da tecnologia e da transterritorialização dos mercados no decorrer do século XXI as estruturas territoriais de organização do poder já não conseguem enfrentar as novas dinâmicas econômicas e financeiras. Por isso, as formas territoriais estão sendo progressivamente substituídas por estruturas funcionalmente diferenciadas, levando a ideia de governo a ceder lugar para a ideia de "governança" em múltiplos níveis e de equilíbrio entre diferentes sistemas.

Este livro reúne os melhores trabalhos produzidos pelos pós-graduandos que cursaram a disciplina *Sociologia da Constituição* em 2023, sexta edição de curso que começou a ser ofertado pela primeira vez em 2018. Com base nesse enfoque de caráter não dogmático e de natureza interdisciplinar, os trabalhos percorrem a trajetória constitucional brasileira desde o Império e a Constituição de 1824 até a promulgação da Constituição em 1988, após a reinserção do país na democracia. Constituindo assim um mosaico de dois séculos de constitucionalismo no país, eles lidam com questões que vão da independência do Poder Judiciário, do ativismo de seus magistrados e dos ciclos constitucionais vividos pelo país ao restabelecimento das garantias públicas, dos direitos fundamentais e das liberdades de opinião e expressão, passando pelo presidencialismo de coalizão, pela pretensão das Forças Armadas de deterem um "poder moderador", pelas tensões jurídicas na formulação do orçamento público e pela atuação dos movimentos autoritários que relegaram o princípio da segurança do direito sob a justificativa de acelerar o processo de desenvolvimento econômico, com base no princípio maquiavélico de que os fins justificariam os meios.

São Paulo, agosto de 2024.

SUMÁRIO

Prefácio 4

1. Dois séculos de constitucionalismo brasileiro: um mosaico em vitral 10

2. O sincretismo constitucional brasileiro: trajetória, crítica e inovações institucionais 20

3. Escravidão no Direito: a "liberdade" dos tribunais no Brasil Império 70

4. Leal e Luhmann: considerações sobre a dualidade inclusão/exclusão e a posição sistêmica do Judiciário na Primeira República Brasileira 87

5. Raízes do Brasil centralizador: reflexões sobre as origens da interpretação concentradora do federalismo brasileiro 103

6. Liberdade de imprensa, liberdade de expressão e a Constituinte de 1933-34 118

7. A Constituição Riograndense de 1947 e a representação interventiva nº 94: entre criatividade e centralismo 134

8. Goffredo da Silva Telles Junior e a "democracia autêntica": da *Doutrina para a Revolução de Março* (1965) à *Carta aos Brasileiros* (1977) 154

9. Imperador, Forças Armadas, Supremo Tribunal Federal: a função moderadora no Brasil 182

10. Vícios no Legislativo Municipal e o esvaziamento da representação democrática 202

11. Constituição e gestão da dívida pública no Brasil: Breve histórico de uma trajetória de crises e aperfeiçoamentos institucionais 215

12. Populismo autoritário e crise constitucional: uma crônica do Brasil recente (2019-2023) 253

13. Retrocesso democrático no governo Bolsonaro (2019-2022): Tensões e disrupturas entre burocracia e ala política dentro do Ministério do Meio Ambiente 283

14. Emendas do Relator: o papel do Orçamento Secreto no retrocesso democrático brasileiro 311

15. Diálogos institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário: uma análise do Recurso Extraordinário (RE) 1017365 e da Lei 14.701/2023 341

16. PEC 50/2023: Disputa entre os Poderes ou legítimo interesse de preservação da Constituição e da vontade do povo? 358

17. Discricionariedade judicial e escassez de recursos: análise da aplicação da reserva do possível na jurisprudência do STF 371

18. O sigilo de dados e a Sociologia da Constituição: um diálogo entre Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Giancarlo Corsi sobre o conteúdo e a função dos direitos fundamentais 392

1. Dois séculos de constitucionalismo brasileiro: um mosaico em vitral

Lucas Fucci Amato[2]

Rodrigo Marchetti Ribeiro[3]

Este livro reúne uma série de estudos produzidos no âmbito da disciplina *Sociologia da Constituição*, na edição ministrada em 2023 pelos professores José Eduardo Faria e Lucas Fucci Amato, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O curso foi criado em 2018 (também pelo professor Celso Campilongo), quando a Constituição atual completava três décadas e se via não apenas sujeita a crítica e dissenso, mas sob a ameaça de discursos autocráticos que ascendiam no poluído ambiente da democracia brasileira dos últimos anos.

Entretanto, os capítulos aqui reunidos compõem um verdadeiro painel do constitucionalismo brasileiro não apenas recente, mas em sua duração bicentenária. Com isso, revelam-se temas e vícios recorrentes em nossa reflexão e em nossa trajetória.

Toda obra do engenho humano é fruto de escolhas, de inclusões e exclusões, de um diálogo entre o sistema e o ambiente, entre o *interior* (das discussões teóricas ou conceituais mais ou menos delimitadas, dos formatos técnicos ou normativos) e o *exterior* (da "realidade", sempre mais complexa e

[2] Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

[3] Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestrando e Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*).

fugidia). O empreendimento coletivo que constitui este painel do constitucionalismo brasileiro assume sua melhor metáfora na imagem de um mosaico expresso em um vitral.

Por que *vitral*?

Porque tentamos apresentar uma obra capaz de filtrar, matizar e expandir o diálogo entre o *interno* e o *externo*: a teoria jurídica e a dogmática constitucional, a sociologia e a história, a consistência jurídica e a adequação social, as fórmulas do Direito e as astúcias da política, as luzes e as sombras de nossas instituições e nossa cultura. Iluminam bem tal espírito as palavras do constitucionalista e sociólogo do Direito brasileiro Joaquim Falcão sobre os vitrais da Catedral de Brasília construídos por Marianne Peretti[4].

> Como qualquer obra de arte, o vitral é um processo decisório, ou melhor, uma série de escolhas articuladas, que o artista faz entre múltiplas alternativas, entre opções excludentes. Qual o tamanho do vitral? Quais suas cores? Qual a intensidade e composição de suas luzes e sombras? Figurativo ou abstrato? Ferro, resina ou bronze? Qual sua função e seu desejo? O artista enfrenta a todo momento milhares de opções, encruzilhadas. Ao fazer suas escolhas, dar-se a si mesmo resposta às suas próprias indagações, constrói pouco a pouco a sua obra e pode caminhar. Assim, a arte aparece como a arte das escolhas. [...] Cada escolha é preferência e abandono. Inclusão e exclusão. Por isto, é, ao mesmo tempo, alegria e saudade. Presença e ausência. [...]
>
> Vejam, por favor, a Catedral de Brasília. Em tudo difere da Catedral de *Notre Dame* ou *Chartres*. Nessas, o vitral é delimitado, quase matemático, bordado, azul "*royal*". Naquela, o vitral é incontido, rasgado, azul celeste. Aliás, tenho sempre a impressão de que os vitrais de Marianne não terminam nunca. São apenas temporariamente contidos. [...]
>
> O Brasil é o resultado de uma história feita por múltiplos patrimônios, sincréticos, harmoniosos, ou conflitantes ao mesmo tempo. Um país de diversidades, contrastes, heterogeneidades e pluralismos de todas as espécies, culturas, raças. Pluralismos econômicos, ambientais, minerais, sociais, religiosas, flora e fauna.
>
> É nesse sentido que a obra de Marianne é um Patrimônio Cultural Brasileiro. Entre a parede branca de pedra e cal, onde prevalece o interior, ou o atual vidro, vidraria anônima e deslavada, onde prevalece o exterior, ela toma uma escolha arriscada. Tomou uma decisão. Deixou sua marca como uma das marcas de "terra brasiliensis". Recria novo diálogo. Pluralizou o diálogo interior e exterior.

[4] No livro **Marianne Peretti:** a ousadia da invenção. São Paulo: Edições Sesc, 2015. Também em FALCÃO, Joaquim. **Quase todos.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 221-225.

Entretanto, este livro-vitral não é um tratado homogêneo e exaustivo; compõe-se de fragmentos que, bem ordenados, ganham uma unidade complexa de sentido, tal como um *mosaico*.

Quem sobe a escadaria Selarón no Rio de Janeiro, partindo da Lapa, observa não apenas agentes privados (autorizados? Informais?) exercendo a disciplina do uso de um espaço público, mas principalmente algo como um mosaico, embora desconstruído e pluralizado: vê-se, de baixo para cima da escadaria, uma série heterogênea de azulejos coloridos, com motivos os mais diversos possíveis, em termos de épocas e temas, povos e países. Quando, já se aproximando do bairro de Santa Teresa, chega-se ao topo da escadaria, observa-se, de cima para baixo, uma homogeneidade de degraus, todos cinzas. Qual seria essa *unidade* de sentido e orientação, em meio a tanta *diversidade e hibridismo* que marca nossa história em termos de cultura e instituições? Paradoxalmente, a unidade parece repousar em nosso recorrente e reciclado sincretismo.

O capítulo 2 (*O sincretismo constitucional brasileiro: trajetória, crítica e inovações institucionais*, de Lucas Fucci Amato e Rodrigo Marchetti Ribeiro) traz justamente uma proposta conceitual e uma agenda de pesquisa focada na interação entre a estrutura social brasileira e as diversas ideias (ou semânticas) que sobre ela refletiram e que se propuseram também a orientar a construção e a reforma de nossas instituições constitucionais. A hipótese esboçada é de que, em vez de simplesmente repetir a denúncia da "cópia" institucional e das "ideias fora de lugar", precisamos apreender o quanto a recepção de teorias e conceitos e a construção de instituições híbridas, a partir de diferentes matrizes ou experiências tomadas como referenciais, articula-se de maneira ambivalente — ora reprodutora, ora corretiva ou subversiva — das diversas formas de diferenciação, inclusão e exclusão que marcam nossa estrutura social. Podemos construir nossa memória constitucional sem nos ufanarmos de nossa "originalidade" ou "singularidade" nem nos concebermos como subproduto da "metástase" de modelos importados (idealizados como perfeitamente funcionais em seus contextos de origem). É à luz dessa memória, em sua ambivalência e

complexidade, que podemos imaginar instituições mais democráticas para os dias de hoje.

No mesmo tom sincrético, o capítulo 3 (*Escravidão no Direito: a "liberdade" dos tribunais no Brasil Império*, de Felipe Rodrigues Monteiro) mostra uma abordagem criativa e crítica sobre as metamorfoses do constitucionalismo imperial: se as estruturas e instituições oitocentistas baseavam-se na escravidão e na oligarquia (com magistrados acumulando cargos políticos, por exemplo), houve movimentos de distanciamento e parcial diferenciação entre as esferas da política e do Direito, de modo que nas últimas décadas do século XIX (em meio às novas ideias, republicanas, abolicionistas, evolucionistas etc. trazidas pela geração de 1870) já se insinua uma relativa autonomia e "liberdade" dos tribunais para decidirem sobre questões de escravidão – inclusive ressuscitando leis que haviam sido, durante décadas, "letra morta".

O tema se repete quando saltamos, a seguir (capítulo 4: *Leal e Luhmann: considerações sobre a dualidade inclusão/exclusão e a posição sistêmica do Judiciário na Primeira República Brasileira*, de Raphael Marques de Barros), para a República Velha, recuperando a análise clássica de Victor Nunes Leal sobre o "coronelismo": em que medida havia um sistema jurídico e uma organização judiciária diferenciada naquela ordem oligárquica e clientelista? A hipótese de uma "hipersensibilidade" dos tribunais a pressões políticas e econômicas ganha então cor e densidade histórica.

É na transição do Estado unitário imperial para nossa americanizada federação republicana que se inicia o capítulo *Raízes do Brasil centralizador: reflexões sobre as origens da interpretação concentradora do federalismo brasileiro* (capítulo 5). Aí Lucas Reis Verderosi recupera as também clássicas análises de Sérgio Buarque de Holanda e Celso Furtado para investigar os motivos pelos quais o federalismo brasileiro tornou-se, ao contrário de outros países, tão centralizador. As hipóteses levantadas são de uma desconfiança generalizada em relação às elites locais e de fatores de ordem econômica, como a necessidade de planejamento em escala nacional, que minariam as possibilidades de desenvolvimento da descentralização no federalismo brasileiro.

Chegamos então a um novo ciclo constitucional brasileiro, com o capítulo 6: *Liberdade de imprensa, liberdade de expressão e a Constituinte de 1933-34*. Nele, Carlos Graieb discute a resistência do governo provisório em levantar a censura durante a Constituinte de 1933-1934. A tese é de que a postura do governo, pressionado pelas elites de orientação ideológica mais liberal, teria culminado em um "compromisso dilatório" no que toca à liberdade de imprensa, no texto da Constituição de 1934 — compromisso breve, porém, na medida em que foi definitivamente resolvido com o golpe de 1937.

Saltando sobre o interlúdio autoritário do Estado Novo (1937-45), chegamos à primeira experiência de democracia de massas no país, abordada, porém, sob um ângulo regional muito revelador, em *A Constituição Riograndense de 1947 e a representação interventiva nº 94: entre criatividade e centralismo* (capítulo 7), de Pedro Hiroshi Watanabe di Gesu. Se o positivismo centralizador perdeu para o liberalismo clássico na configuração nacional da República de 1891, ele refugiou-se por décadas na Constituição Riograndense do mesmo ano, ascendendo ao plano nacional com o gaúcho Getúlio Vargas. Imediatamente após a queda de Vargas, o país vivenciava a reconstitucionalização com a Assembleia Constituinte de 1946. É nesse momento que o Rio Grande do Sul fez outra experiência na contramão, em sua Constituição estadual: ensaiou o parlamentarismo dentro de um país presidencialista. Ensaio este que, todavia, acabou abortado pelo Supremo Tribunal Federal, em 1947, por meio de uma representação interventiva, forçando o Rio Grande do Sul a adequar seu sistema de governo ao da União — uma espécie de simetria *avant la lettre*.

A nova ditadura brasileira — instaurada pelo golpe militar de 1964 — é aqui abordada por meio de um personagem tanto mítico quanto recorrente: um jurista que ofereceu seus préstimos à justificação da "revolução", posicionando-se décadas depois como algoz do regime, clamando por "Estado de Direito Já". É a transmutação analisada por analisa Rafael Parisi Abdouch no capítulo 8: *Goffredo da Silva Telles Junior e a "democracia autêntica": da Doutrina para a Revolução de Março (1965) à Carta aos Brasileiros (1977)*.

A propósito do pêndulo entre democracia e autoritarismo, o capítulo seguinte aborda a perene disputa pela posição de árbitro superior e neutro dos embates entre Poderes no Brasil. Em *Imperador, Forças Armadas, Supremo Tribunal Federal: a função moderadora no Brasil* (capítulo 9), Vitor Hugo Sampaio destaca os três candidatos ao papel olímpico. O texto transita do Império à Nova República, chegando às recentes celeumas envolvendo o tema durante o governo Jair Bolsonaro (2019–2022); defende a inadequação de qualquer interpretação da Constituição 1988 que conceda a função moderadora em nossa República às Forças Armadas (ao contrário das leituras golpistas que enxergam uma tal "intervenção militar constitucional" disfarçada no artigo 142).

Outro tema recorrente em nossa trajetória constitucional é o papel dos municípios e a realidade da democracia representativa na dimensão paroquial. Em *Vícios no Legislativo Municipal e o esvaziamento da representação democrática* (capítulo 10), Douglas Moraes Ferraresi analisa o comportamento e a atuação dos membros eletivos das câmaras municipais do Brasil. Observa que, após a promulgação da Constituição da República de 1988, que redemocratizou o país, as câmaras municipais passaram a contar com maiores poderes, independências e funções. Além da função de legislar, cabe ao legislativo municipal a fiscalização da atuação do Poder Executivo municipal. No exercício desses papéis, algumas das práticas incoerentes dos vereadores são analisadas, a partir de diferentes modelos de atuação: legislativo, captador, assistencialista e clientelista. Com isso, discute-se a patronagem política e o populismo na arena legislativa municipal.

Um terceiro tema transversal aos ciclos constitucionais — ao lado do papel moderador e da representação local — é a questão da gestão das finanças públicas. Em *Constituição e gestão da dívida pública no Brasil: Breve histórico de uma trajetória de crises e aperfeiçoamentos institucionais* (capítulo 11), Daniel Paulo De Bonis Araujo joga luz especificamente sobre a gestão da dívida pública, traçando um panorama da trajetória de evolução da matéria e contextualizando-a em linha com os diferentes momentos econômicos e políticos que o país viveu até chegar à situação presente, de constitucionalização de grande parte das normas relativas

à gestão fiscal e de reconhecimento da importância do orçamento[5] para a gestão da coisa pública e a concretização de direitos fundamentais.

Chegamos então a um bloco de capítulos que focalizam um momento recente da democracia brasileira: o governo Jair Bolsonaro (2019-2022). Tivemos aí um laboratório de desconstrução do constitucionalismo de 1988 que tentou, de diversos ângulos, retalhar as instituições da Nova República, as quais contra-atacaram em seus vícios e virtudes: seja com a contenção do golpismo militarista, seja com a reafirmação do fisiologismo do "centrão" parlamentar. Um painel geral desse período sinistro está no capítulo 12: *Populismo autoritário e crise constitucional: uma crônica do Brasil recente (2019-2023)*, de Lucas Fucci Amato.

Uma ilustração do desmonte promovido na burocracia pública foi a política ambiental antiambientalista, analisada por Nicolas Bortolatto Garcia Costa no capítulo 13: *Retrocesso democrático no governo Bolsonaro (2019-2022): Tensões e disrupturas entre burocracia e ala política dentro do Ministério do Meio Ambiente*. Contra esse ator-chave da burocracia pública e de dentro dele mesmo, o próprio governo federal promoveu um ataque em diversas frentes: persecução de agentes públicos que realizavam seu trabalho, assédio institucional constante, instruções normativas que obstaculizavam os servidores de realizarem seu trabalho, falta de verba e pessoal, militarização e esvaziamento do órgão, além da diminuição da participação popular.

Outra ilustração é a verdadeira "metástase" do "presidencialismo de coalizão" ocorrida no período, sobretudo no manejo parlamentar do orçamento público. É o que analisa Rodrigo Marchetti Ribeiro no capítulo 14: *Emendas do Relator: o papel do Orçamento Secreto no retrocesso democrático brasileiro*. O assim chamado "orçamento secreto", prática que envolve a inserção, por parlamentares, de emendas no projeto de lei orçamentária, de forma inicialmente anônima, com liberação de verbas em troca de apoio, foi um possível caso de "retrocesso democrático", mas coloca uma série de dificuldades para ser

[5] À exemplo da famosa afirmação do Min. Carlos Britto, do STF, de que o orçamento seria, materialmente, a lei mais importante do ordenamento, abaixo, apenas, da Constituição (ADI 4048 MC, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-05-2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232).

enquadrado nesse conceito, notadamente em razão de não ter surgido por iniciativa do Executivo e por não ser uma prática propriamente nova. Por meio dessas chaves de leitura, o capítulo tenta explicar as escolhas racionais pelas quais o Legislativo se deixaria capturar pelo Executivo e, assim, verificar, empiricamente, que o orçamento secreto foi efetivamente usado como uma forma de captura daquele Poder, tolhendo, ao menos parcialmente, as suas funções como instituição de controle. Além disso, ao analisar as possíveis motivações dos agentes políticos, o capítulo também capta o papel da incerteza na alocação dos recursos econômicos em troca de recursos eleitorais e as repercussões de posições políticas adotadas, o que explica, ao menos parcialmente, como o orçamento secreto obteve e manteve sustentação até a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Também o Judiciário foi palco dos embates pela desconstrução do constitucionalismo democrático reinstaurado em 1988. No capítulo 15, *Diálogos institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário: uma análise do Recurso Extraordinário (RE) 1017365 e da Lei 14.701/2023*, Marília Siqueira da Costa observa como se deu o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo no julgamento no Recurso Extraordinário que afastou a tese do "marco temporal" na efetivação dos direitos territoriais indígenas. Em paralelo, analisa a tramitação do Projeto de Lei nº 2.903/2023, que buscou instituir, em lei ordinária, o entendimento afastado judicialmente. A medida legislativa contou, de início, com o veto parcial pelo Presidente da República ao sancionar a Lei 14.701 de 20 de outubro de 2023, mas o veto foi posteriormente rejeitado pelo Congresso Nacional. Nesse contexto, destaca-se novamente o papel do famigerado "centrão".

No capítulo 16, *PEC 50/2023: Disputa entre os Poderes ou legítimo interesse de preservação da Constituição e da vontade do povo?*, Geraldo Luiz Cabreira Paes Leme avalia a Proposta de Emenda à Constituição que criaria para o Congresso Nacional a prerrogativa de controlar decisões do Supremo Tribunal Federal, justificada oficialmente por uma pretensa necessidade de garantia da "vontade da maioria", ainda que possivelmente contrariando a estrutura dogmática

constitucional vigente. Dá-se nitidez às luzes e sombras que matizam o contexto dessa tentativa de instituição de um controle judicial "fraco" sobre a constitucionalidade das leis.

Os dois últimos capítulos abordam desafios contemporâneos do nosso constitucionalismo: o controle judicial das políticas públicas e a adequação da proteção de direitos fundamentais aos riscos impostos pelas tecnologias digitais.

No capítulo 17, *Discricionariedade judicial e escassez de recursos: análise da aplicação da reserva do possível na jurisprudência do STF*, Adriano Ferreira da Silva aborda a relação interna entre a separação de Poderes e a argumentação judicial. Em outros termos: como o próprio Judiciário tematiza seu papel na concretização de direitos fundamentais, por meio do argumento da "reserva do possível" na avaliação das políticas públicas que visam a efetivá-los. O diagnóstico é crítico sobre a (in)capacidade do Supremo Tribunal Federal de fazer uma leitura criteriosa dos constrangimentos econômicos na implementação das medidas administrativas.

Já no capítulo 18, Pedro Henrique Partata Mortoza trata da digitalização do constitucionalismo de 1988, formatado em uma era analógica. Em *O sigilo de dados e a Sociologia da Constituição: um diálogo entre Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Giancarlo Corsi sobre o conteúdo e a função dos direitos fundamentais*, observa como o dispositivo constitucional que garante o sigilo de "correspondências e comunicações telegráficas" manteve seu texto, mas cambiou de sentido desde então, seja na interpretação doutrinária, seja na mutação jurisprudencial.

Com isso, encerra-se esse mosaico em vitral — parcial, mas representativo, ora luminoso, ora obscuro — da nossa experiência constitucional contemporânea e secular. Muito longe de serem exaustivos, esperamos que, nestes 200 anos de constitucionalismo brasileiro, os estudos aqui reunidos sirvam de subsídio para novas e instigantes discussões a respeito de nossas instituições políticas.

2. O sincretismo constitucional brasileiro: trajetória, crítica e inovações institucionais

Lucas Fucci Amato[6]

Rodrigo Marchetti Ribeiro[7]

> É como se para nós o Renascimento fosse agora. Porque quando se descobriu a América, nós estávamos em pleno Renascimento e aqui foi editada a miséria do colonialismo. Agora, nós vamos começar de novo a fazer a América que devia ser feita. Eu acho que as suas obras representam isso.
>
> (Paulo Mendes da Rocha, entrevistando Oscar Niemeyer – TV Cultura, 1997)

Introdução

A velha residência dos governadores da capitania do Rio de Janeiro, durante o período colonial, transformou-se (com a transferência da sede do vice-reino de Salvador para o Rio) em casa do vice-rei e, com a vinda de D. João VI, em Paço Real; com a independência, virou Paço Imperial. Com a proclamação da República, o prédio teve parte de suas instalações destruídas ou descaracterizadas. A sede do governo logo foi instalada em um palacete aristocrático — que, na crise do encilhamento provocada pela emissão de moeda ordenada pelo então Ministro da Fazenda (e arquiteto maior da Constituição de 1891) Rui Barbosa, acabou passando para o patrimônio da União. Eclética a ponto de combinar pinturas de deuses gregos (Baco e Ariadne pairando no teto, sobre

[6] Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

[7] Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestrando e Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*).

a mesa de reunião do presidente da república com seus ministros) e salas com motivos alusivos a Sevilha, Pompeia, Veneza e à França de Luís XVI, a decoração do Palácio do Catete mostra bem a desorientação e o (mau) gosto das elites oitocentistas. A casa de família transformada em sede de governo durante toda a República Velha e a Era Vargas (sediando o suicídio de Getúlio, é claro) afina-se ao sonho de remodelar o Rio de Janeiro como uma Paris Tropical — devaneio registrado também em prédios como o Teatro Municipal, símbolo das reformas urbanas empreendidas no início do século XX.

Chegando a Niterói, o viajante pode visitar a casa de Oliveira Vianna, um dos artífices institucionais do Brasil moderno. Lá, entre dezenas de bíblias e livros de história, literatura e questões raciais, o jurista fluminense conjurava o resgate do (idealizado) espírito comunitário da antiga sociedade rural nas formas de solidariedade possíveis no novo país industrial — ou seja, por meio da concertação estatal entre capital e trabalho (Carvalho, 1993).

Mas, se for do Rio a Niterói pelas barcas, o viajante pode já vislumbrar o sonho do Brasil moderno forjado a partir da Revolução de 1930 e do nacional-desenvolvimentismo: lá se avistam obras de Oscar Niemeyer, cujas curvas se integram, como a Bossa Nova, aos morros e mares do Rio. Os prédios-monumentos também fazem lembrar a criação de Brasília, cidade que registra em vidro e concreto um momento de ápice econômico, político e cultural do Brasil no mundo. Não à toa, no caminho entre as obras arquitetônicas, uma escultura de Niemeyer e Juscelino Kubitschek discutindo planos remete a essa parceria que começou em Minas Gerais, terra-símbolo de nosso passado colonial e barroco, mas também iluminista e republicano. Claro que Brasília também foi sede de deturpações — como a ditadura militar, que abortou o país no auge de seu dinamismo criativo, e os sempre renovados e cumulativos vícios patrimoniais e corporativos que parasitam o Estado —, mas também foi arena de esperanças renovadas, como a Constituinte de 1987-88 e a "Nova República".

Esse breve itinerário é como que uma alegoria de nossa história e pré-história constitucional. Há dois séculos nos integramos ao rol dos Estados constitucionais e há um século o modernismo denunciava a imitação banal,

ornamental e superficial de modismos estrangeiros, mas também anunciava a inevitabilidade do anacronismo e a vitalidade da antropofagia cultural — duas faces de nosso sincretismo.

Este capítulo pretende esboçar uma agenda de pesquisa orientada pela hipótese de que o sincretismo brasileiro — em nossa estrutura social, mas também em nossas ideias e instituições (constitucionais, neste enfoque) — é um ponto de partida relevante para contextualizar nossa trajetória, para iluminar críticas a discursos, práticas e instituições e para orientar a imaginação e discussão sobre propostas de reforma em nossos modelos de organização do Poder e garantia de direitos. O itinerário argumentativo é o seguinte: primeiro, discernimos alguns "níveis" de análise sobre a relação entre ideias (ou "semânticas") e estruturas sociais; a seguir, aludimos ao quanto nossos textos e instituições constitucionais refletiram o sincretismo da macroestrutura social brasileira; em terceiro lugar, indicamos em termos panorâmicos e ilustrativos como se deu a combinação de diferentes vertentes ideológicas e modelos institucionais em nossa trajetória constitucional; o quarto passo é ilustrar o tema do sincretismo de ideias por referência à combinação de teorias da interpretação em nossa prática judicial contemporânea. Conclusivamente, indicamos um horizonte normativo para a crítica e proposição de reformas institucionais, à luz da trajetória brasileira aqui delineada.

1. Ideias e estruturas sociais: sincretismo como alta integração e baixa institucionalização

Para evitar a "redução linguística" da análise do Direito à interpretação de textos postos, temos que observar sua operacionalidade prática em comunicações diversas, as quais se condensam em estruturas sociais, que circularmente apoiam a reprodução dessas comunicações. Na mútua implicação de semânticas (ou cultura) e estruturas sociais, podemos discernir três níveis de análise (Amato, 2023; 2024a). No nível *microestrutural*, encontramos expectativas, que se associam a mentalidades. Toda ação e vivência, toda decisão, toda comunicação são operações fugazes, que consomem tempo e energia, dependendo do apoio em

expectativas pressupostas. Essas expectativas são condensadas culturalmente em mentalidades compartilhadas.

No nível *mesoestrutural*, instituições associam-se a conceitos. Instituições são complexos de expectativas socialmente generalizadas, apoiadas em redes de expectativas presumidas de terceiros. Instituições formais ganham uma simbolização expressa e refletem-se em conceitos, como aqueles de "Constituição", "separação de Poderes", "direitos fundamentais", "Estado" ou "federação". Instituições informais são menos manifestas e mais tácitas, constituindo complexos mais fluídos de expectativas compartilhadas e fugindo a conceituações e formalizações mais rígidas.

No nível *macroestrutural* observamos a combinação de formas de diferenciação social (Luhmann, 2013 [1997], cap. 4), refletidas em teorias e outras auto-observações (artísticas, por exemplo), como autodescrições historicamente datadas e localizadas. Cada contexto social é marcado por diferentes doses e misturas de diferenciações *comunitárias* (identidades fundadas em parentesco ou outros marcadores biológicos — nacionalidade, etnia, gênero, idade), *geográficas* (centros e periferias, relações de dependência territorial e pessoal), *hierárquicas* (estamentos, classes) e *funcionais* (isto é, especializações técnicas, como a distinção entre Direito, política, economia, ciência, saúde, arte, religião, família etc.). Assim como as teorias apresentam diferentes articulações de conceitos, as macroestruturas sociais são, em dado recorte espacial e temporal, articulações de diferentes complexos institucionais — formas de governo, propriedade, contrato, família etc.

A trajetória brasileira evidencia um alto grau de integração social, com uma evolução gradual, sensível, mas reversível, em direção à afirmação estrutural da diferenciação funcional (impessoalidade das trocas, do governo e do Direito) em detrimento de outras regras de inclusão e exclusão. Essa realidade mas precariedade da diferenciação funcional implica obstáculos à institucionalização de organizações burocráticas e eficientes (empresas, governos, tribunais) e de mercados competitivos, de uma opinião pública pluralista e de direitos universalizados a toda a cidadania. A inclusão ou o bom

posicionamento em um dos sistemas funcionais (ser rico, por exemplo) facilmente converte-se em acesso privilegiado a outras áreas (educação e conhecimento, acesso à Justiça, boas chances eleitorais, *lobby* perante os representantes políticos ou favorecimento pela Administração Pública); além da conversão positiva, há a retroalimentação exponencial da exclusão: sem diploma, sem emprego, sem saúde etc. (Luhmann, 2013 [1997], p. 16-27).

Nessa estrutura social altamente integrada, pode-se falar em um vínculo de retroalimentação e sustentação mútua entre "sobreinclusão" — acesso às prestações dos sistemas funcionais da sociedade (educação, saúde, dinheiro, Direito, poder), ao bom posicionamento em seus sistemas organizacionais (carreiras e cargos) e às boas interações e relações ("capital social", *networking*) — e "subinclusão", isto é, baixo acesso aos sistemas sociais, mas alta dependência de suas operações (*e.g.* baixa renda, sem patrimônio, sem acesso a direitos fundamentais e a seus instrumentos de defesa, mas suscetibilidade a tributação regressiva, submissão a punições e abusos de poder etc.). Nessa estrutura altamente integrada, as próprias posições jurídicas são pouco alternadas e contingentes — há uma tendência a reiterar e apartar, de um lado, credores, autores, sócios; de outro, devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc. (Neves, 2022a [1992], p. 16-19).

Dito de outra forma, o sincretismo das formas de diferenciação social opera uma conjunção de mecanismos de inclusão conversíveis (poder traduzido em dinheiro, dinheiro automaticamente traduzido em poder, saber, "blindagem" jurídica etc.) e modalidades de exclusão igualmente cumulativas (necessidade, violência, ignorância, anomia etc.). Se no vínculo entre a macroestrutura social e as instituições, a conjunção de formas de inclusão/sobreinclusão e exclusão/subinclusão (por classe, região, relações pessoais, etnia, gênero etc.) limita o grau de liberdade e complexidade dos sistemas funcionais (a formação livre dos preços, a imparcialidade na aplicação do Direito, a competição ideológica pluralista), a relação entre instituições e as expectativas em que precisam se ancorar também fica prejudicada. Em uma institucionalização fraca e precária, forma-se um abismo entre as instituições "formais" refletidas em

conceitos e discursos oficiais e as expectativas realmente disseminadas e encoradas em mentalidades difusas, na cultura, nas práticas e nas instituições "informais". Surgem então formas parasitárias de exercício do poder, de obtenção de dinheiro ou de manipulação do Direito, pelos "sub" e "sobreincluídos"; na medida em que recebem sustentação e aceitação generalizada (tácita e por vezes explícita), esses "atalhos" tornam-se rotinas "parainstitucionais" eficazes, ainda que (ou porque) não oficialmente chanceladas (Amato, 2019; Araújo, 2020, cap. 4)[8].

Pensemos, por exemplo, na prática do "coronelismo" como uma espécie de clientelismo estruturante das dinâmicas de poder na República Velha, a partir da combinação das instituições formais do presidencialismo, do federalismo municipalista e do voto universal masculino, sob uma estrutura fundiária altamente concentrada, na transição para o predomínio das cidades sobre o campo como motor da economia nacional. O "coronel", ao personificar funções políticas, administrativas, policiais, militares, judiciárias, econômicas e culturais, era protagonista de um curto-circuito em que as interações pessoais corrompiam ao mesmo tempo em que estruturavam rotinas burocráticas, no plano organizacional, e promoviam a conversão simultânea de violência em poder (e vice-versa), de poder em dinheiro (e vice-versa), de necessidade em voto (e vice-versa), de dinheiro em Direito (e vice-versa), e assim por diante, crivando uma abrangente desdiferenciação funcional (Amato, 2019). A conclusão de Victor Nunes Leal (2012 [1948]), a propósito, era de que o desaparecimento do coronelismo não poderia simplesmente ser decretado, nem promovido por um reformismo jurídico — dependia de mudanças sobretudo na estrutura agrária brasileira (que, diga-se de passagem, permanece até hoje entre as mais concentradas do mundo, segundo Wilkinson; Reydon; Di Sabbato, 2012, p. 418),

[8] É caudaloso o repertório semântico brasileiro associável a esse fenômeno da "parainstitucionalização", combinado com a alta integração da estrutura social. Schmitter (1971, p. 377) elenca alguns termos: "coronelismo, bacharelismo, populismo, desenvolvimentismo, clientelismo, Estado Cartorial, empreguismo, peleguismo, sindicalismo, filhotismo, pactualismo, transigência, conciliação, regulamentação, rotary, igrejinha, cúpula, panelinha, groupão, voto de cabresto, cabo eleitoral, cabide de emprego, verba pessoal, verba de representação, caixinha, subsídio, dispositivo, cobertura, projeção, promoção pessoal, pistolão, homem de confiança, testa de ferro, prévia, *and, of course*, jeito [jeitinho brasileiro]."

sobre a qual se erguiam as bases do poder político, dos coronéis locais aos governadores, dos oligarcas regionais ao presidente (para algumas análises da república velha, ver Campos Salles, 1983 [1908]; Guanabara, 2002 [1902]; Lessa, 2015 [1988]; Carvalho, 2017; Mattos, 2012; Abranches, 2018, cap. 1-5; Lynch, 2014).

Vale lembrar que o problema fundiário, de raízes coloniais e imperiais (ver Duarte, 1939; Prado Jr, 2011 [1942]; Carvalho Franco, 1997 [1969], cap. 3; Werneck Sodré, 2010 [1965], pt. 1 e 2), prolongou-se por todo o período republicano — por exemplo, a Constituição de 1891 (art. 64)[9] atribuiu aos estados as terras devolutas e o poder de demarcá-las. Em um país de estrutura agrária concentrada, em que a propriedade fundiária representava o acesso ao poder, ao dinheiro e ao controle da legalidade[10] (é célebre o adágio, da época: "aos amigos se faz justiça, aos inimigos se aplica a lei", citado por Leal, 2012 [1948], p. 249), não deveria causar espanto que deixar a cargo das oligarquias locais a demarcação daquilo que é "terra de ninguém" se prestou a toda espécie de ilegalidade, fraudes, etc., cuja consequência foi o fortalecimento das próprias oligarquias e do próprio coronelismo. A Constituição de 1946 (art. 141, §16)[11], por sua vez, avançou na questão fundiária ao permitir a desapropriação por interesse social, ausente na Constituição de 1891[12], mas exigia "prévia e justa indenização em dinheiro" para desapropriação das terras improdutivas. Este foi um dos principais entraves à

[9] Art. 64: "Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais."

[10] Para uma análise da legalidade como recurso político, ver Dahl (2005 [1961], cap. 22).

[11] Constituição de 1946, Art 141: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, *mediante prévia e justa indenização em dinheiro* [grifamos]. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior." (redação original do § 16)

[12] A título de comparação, a Constituição de 1891 falava apenas em desapropriação por necessidade ou utilidade pública: Art. 72, § 17: "O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria." (redação original). Com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 3/1926, o § 17 passou a prever: "O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia."

reforma agrária proposta à época. Daí que João Goulart defendesse uma emenda constitucional que alterasse o dispositivo; isso foi feito, já sob novo projeto político-econômico, sob a ditadura militar, que instituiu o art. 147, § 1º[13], permitindo o pagamento em títulos especiais da dívida pública (metodologia que se manteve, com pequenas alterações, na Constituição de 1988)[14].

Assim como a "parainstitucionalização" — isto é, a aceitação generalizada e presumida de práticas informais que parasitam instituições formais —, as dificuldades de institucionalização em um contexto de alta integração social (no qual há uma abundância de brechas de ilegalidade, informalidade, impunidade etc. para os sub e os sobreincluídos) revelam-se também na relação entre ideias, instituições e estruturas sociais, na maneira (ornamental, inconsistente) como são recepcionados e instrumentalizados conceitos e teorias (discussão do tópico 4).

Da mesma forma, a combinação entre alta integração (ou baixa diferenciação) social e baixa institucionalização explica a recorrência de crises cíclicas, com fases agudas de "desinstitucionalização", como as quebras de ordens constitucionais por golpes e revoluções (pensemos em nossos ciclos constitucionais, nos "momentos constituintes" de 1822/24, 1889/91, 1930/34,

[13] Constituição de 1946, Art. 147: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos". O § 1º, incluído pela Emenda Constitucional nº 10/1964, passou a prever: "Para os fins previstos neste artigo, a *União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública* [grifamos], com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do Impôsto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas."). O § 16 do art. 141 também foi alterado (pela Emenda Constitucional nº 10/1964) para se adequar à nova metodologia de indenização: "É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, *com a exceção prevista no § 1º do art. 147*. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior."

[14] Constituição de 1988, Art. 184: "Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei."

1937, 1946, 1964/67/69, 1985/88), com grande presença das Forças Armadas como verdadeiro "Poder desestabilizador" durante a República (Carvalho, 2005).

Podemos então observar manifestações relevantes do sincretismo no plano das macroestruturas sociais (isto é, sobretudo das formas de diferenciação social que engendram as regras de inclusão e exclusão na sociedade e em seus âmbitos parciais) e também no plano das instituições, principalmente pela combinação de diferentes tradições e modelos no desenho formal de organizações e procedimentos. Mediando entre a (macro)estrutura social e as instituições que a apoiam, há o sincretismo das ideias, dos discursos de reprodução, justificação ou crítica da cultura e das instituições.

2. Sincretismo (macro)estrutural: o *mix* de formas de diferenciação social e sua expressão constitucional

> Houve um tempo, na Europa pré-revolucionária das comunidades políticas aristocráticas e corporativas, em que as doutrinas mais influentes sustentavam que o Direito em geral e a constituição em particular deveriam ser a expressão e a defesa da ordem subjacente de divisão e hierarquia social. O sistema de direitos era concebido para exibir em sua superfície a estrutura bruta da sociedade, como um prédio cuja fachada transcreve seu desenho interno. (Unger, 2017a [1982], p. 106)

Em nossa trajetória constitucional, o sincretismo de nossa "macroestrutura" social, fundada em diferentes formas de distinção, inclusão/exclusão e diferenciação, não foi totalmente disfarçado pela retórica formalista do constitucionalismo liberal — a princípio dirigido a todos e quaisquer cidadãos, tratados como iguais abstrata e universalmente. Pelo contrário, nosso sincretismo "macroestrutural" não apenas limitou a eficácia e institucionalização da Constituição, mas se explicitou em textos e práticas constitucionais. É o caso da exclusão política determinada por critérios de renda, gênero e liberdade (escravidão de base étnica) na Constituição de 1824 e da negação formal de voto aos analfabetos pela Constituição de 1891[15] (exclusão

[15] Vale lembrar, contudo, que a restrição educacional foi antecipada ainda na última década do Império, pela Lei Saraiva (Decreto nº 3 029/1881): "Art. 26. O cidadão que requerer sua inclusão

educacional convertida em exclusão política). Apesar de tudo, uma variação brasileira importante em relação ao modelo do presidencialismo americano foi a instituição da eleição direta para presidente (opção latino-americana, segundo Dahl, 2020 [1998], p. 138), em vez do modelo de colégios eleitorais com delegados apontados pelos estados.

Mantendo uma sociedade de maioria escravizada ou dependente e um sistema político e jurídico ocupado por uma minoria de latifundiários ou grandes comerciantes (sendo por vezes a mesma pessoa juiz, parlamentar, fazendeiro etc. e tal), a ordem constitucional de 1824 dava limitada margem não apenas para a liberdade das pessoas, mas também dos sistemas sociais. Só com o avanço da urbanização, da imprensa e do debate público (forjado a partir das faculdades de Direito, por exemplo), ao lado de pressões e exemplos estrangeiros (a pressão inglesa pela abolição do tráfico e depois da escravidão; a guerra da secessão americana etc.), a partir da década de 1870 ampliou-se a pluralidade política (com a ascensão dos movimentos republicanos e abolicionistas) e a autonomia jurídica (com a possibilidade de obter vitórias judiciais na libertação de escravizados) (Amato, 2024b; ver também o capítulo seguinte neste livro, de Felipe Rodrigues Monteiro).

A propósito, quanto ao voto: vale lembrar que as mulheres só foram incluídas como eleitoras a partir de 1932 e os analfabetos, apenas desde 1988 (mantendo-se, contudo, inelegíveis)[16]. Se a proibição de voto aos analfabetos durante a república foi um equivalente funcional à antiga exclusão por critérios de renda (no império), as massas que foram politicamente incluídas no eleitorado republicano continuavam sob relações de favor e dependência pessoal fundadas no poder econômico dos "coronéis" — que mediavam entre os recursos a que tinham acesso nos espaços urbanos e capitais (verbas públicas, contatos, tecnologias, infraestruturas) e a população sitiada nos "rincões" e sertões;

no alistamento deverá provar, além da renda legal pelo modo estabelecido no Capitulo 2º deste Regulamento: [...] § 2º Saber ler e escrever".

[16] Segundo a Constituição de 1988, Art. 14, § 4º: "São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos."

ademais, os coronéis das regiões e estados mais "centrais" compunham as oligarquias competitivas em nível estadual e nacional.

Quando a estratificação social brasileira amainou as rígidas diferenças da sociedade rural de senhores e dependentes, as classes sociais se organizaram a partir da industrialização e urbanização em meados do século XX; então as constituições passaram a incorporar direitos sociais e a estruturar as políticas de inclusão (econômicas, educacionais, culturais e sanitárias); curiosamente, a primeira desta série de constituições sociais (a de 1934) incorporou explicitamente o critério da classe social, ao adotar, ao lado da representação política tradicional, representantes classistas na Câmara dos Deputados (profissionais eleitos por associações de trabalhadores e de empregadores)[17].

O que essas breves referências ilustrativas de nossa trajetória constitucional evidenciam é que a diferenciação funcional não apenas foi violada por experiências autoritárias que subordinaram o Direito à política (como nas Constituições de 1937 e 1967-69), mas foi constrangida por outras clivagens sociais ao longo do constitucionalismo brasileiro.

É evidente que a exclusão política determinada por critérios de renda, etnia, gênero ou nacionalidade (assim como as soluções corporativistas e as compensações em forma de direitos e políticas sociais) não foram nem são uma excentricidade brasileira, mas encontram paralelos relevantes mesmo na história de "países de referência" em nossa mitologia constitucional, como os Estados Unidos, o Reino Unido, a França, a Alemanha ou a Itália. A constatação não implica desconsiderar as especificidades da trajetória brasileira, mas sim compará-la com as trajetórias reais (e não com modelos idealizados) de outras experiências.

[17] É importante lembrar que, em sua matriz europeia, a representação classista não foi uma criação da esquerda, mas sim dos conservadores, os quais argumentavam que a representação classista estabeleceria uma ordenação orgânica da representação. Mais do que isso: a representação classista foi uma forma de deformar a representação, como avaliou Kelsen (2000a [1929], p. 61-65).

3. Sincretismo institucional: temas e variações na trajetória constitucional brasileira

Assim como nosso sincretismo (macro)estrutural insinuou-se por vezes explicitamente em nossos textos constitucionais, e sempre constrangeu a operacionalização dos esquemas de organização do poder e tutela de direitos, também foi manifesto ao longo de nossa trajetória o sincretismo "institucional": das instituições formal e oficialmente constitucionalizadas e das respectivas ideias e teorias políticas, jurídicas e econômicas que as propagandeavam e justificavam.

Por exemplo, a própria composição do Poder Judiciário no Brasil é fundada em uma mistura de seleção meritocrática e competitiva dos juízes, como funcionários públicos (modelo francês), com a composição política (modelo americano) quanto aos tribunais, sobretudo os superiores (Werneck Vianna *et al.*, 1997, p. 44).

O modelo de organização do poder estabelecido pela Constituição de 1824 pautava-se em um sincretismo de influências inglesas e francesas. Da Inglaterra vinha a inspiração parlamentarista e de não suscetibilidade dos atos do Rei e do Parlamento ao controle judicial (lá, a função de controle coube tradicionalmente à Câmara dos Lordes; apenas em 2009 foi criada uma Suprema Corte com tal papel). Da França, a inspiração teórica (antirrevolucionária) de um Poder Moderador[18] (advogado por Benjamin Constant como agente "neutro", acima das paixões políticas), a pairar sobre e intervir nos outros três Poderes (nomeando e demitindo ministros, dissolvendo a Câmara dos Deputados, nomeando senadores, moderando penas ou suspendendo magistrados); e a inspiração prática (concretizada pela revolução francesa) de uma cisão entre a autoridade judiciária (encarregada de lidar com questões de Direito privado e penal e encimada por uma Corte de Cassação — papel que no Brasil cabia à instância

[18] Em larga medida, a ideia de um Poder Moderador permeia, até hoje, o imaginário político brasileiro, como mostram as recentes discussões a respeito da interpretação do art. 142 da Constituição Federal de 1988, que, supostamente, outorgariam às Forças Armadas este papel (vide ADI 6457 e a discussão apresentada no capítulo 9 deste livro). ADI 6457, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09-04-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 03-06-2024 PUBLIC 04-06-2024.

recursal do Supremo Tribunal de Justiça) e a jurisdição administrativa (encarregada do Direito público e encabeçada, durante o segundo reinado, pelo Conselho de Estado, que tratava de arbitrar conflitos de jurisdição, resolver dúvidas interpretativas e assessorar a preparação de decretos e regulamentos). Igualmente na França, vale lembrar, rejeitou-se historicamente o controle judicial de constitucionalidade (apenas realizado de maneira preventiva pelo Conselho Constitucional instituído em 1958, com possibilidade de controle incidental *a posteriori* apenas desde 2008).

No século XIX, os conservadores foram os maiores responsáveis por denunciar a impropriedade da importação acrítica de ideais e instituições, pretendendo sempre pôr em questão o quanto o cânone liberal se articulava ou não ao contexto nacional. Pensemos nas disputas imperiais sobre a forma de Estado (unitário), nos movimentos de centralização (Constituição de 1824), descentralização (Ato adicional de 1834) e recentralização (Lei de interpretação ao ato adicional, 1840) e nas disputas entre liberais — como Tavares Bastos (1975 [1870]) —, defendendo a limitação do poder arbitrário do governo central, e conservadores — como o Visconde do Uruguai (1872, p. 164-193) — advogando a centralização do poder para capacitar o Estado a garantir a unidade territorial e enfrentar a "barbárie dos sertões". A vitória do modelo federalista desde a proclamação da república não significou uma afirmação unilateral ou radical da descentralização — ainda que tenha sido duro golpe que sofreram os (perenes) partidários da centralização brasileira. Rui Barbosa inspirou-se na apreciação de Tocqueville sobre a vitalidade da "democracia" americana para elaborar seus ideais federalistas; a princípio partidário da monarquia e do parlamentarismo, entendeu que o avanço da pauta federalista dependia de seu encampamento pelo movimento republicano (ver Ré, 2016, p. 343-371); da mesma forma, para contrabalançar a força do Executivo no presidencialismo, deu grande peso ao Judiciário no controle de constitucionalidade e na tutela das garantias fundamentais. O Supremo Tribunal Federal foi estabelecido como ápice do modelo de controle difuso, abarcando, assim, a arbitragem de conflitos antes

deixados, à moda francesa, a cargo da jurisdição administrativa e do Conselho de Estado.

Menção honrosa deve ser feita à doutrina brasileira do *habeas corpus*: se Kelsen (2006 [1960], cap. 4), na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, ainda discutia se os direitos e liberdades civis eram, de fato, direitos subjetivos, no Brasil desenvolveu-se bem antes a noção de que, na falta de outras ações constitucionais, os direitos civis em geral (não apenas a liberdade de ir e vir) poderiam ser protegidos por aquele remédio constitucional (em 1926 a doutrina foi incorporada ao texto constitucional, e nessa mesma medida restringida, com a criação do mandado de segurança, que existe até hoje).

Esse esforço de americanização do modelo político brasileiro não impediu a emergência recorrente de reforços centralizadores, especialmente durante nossas duas ditaduras do século XX. Entre aqueles que sustentaram uma visão essencialmente positiva do papel centralizador do Estado como agente de transformação da sociedade brasileira estiveram Alberto Torres (1938 [1914]), Oliveira Vianna (2005 [1918]; 1999 [1949]), Francisco Campos (2001 [1940]) e Golbery do Couto e Silva (1981). De outro lado, a linhagem liberal manteve uma visão essencialmente negativa sobre a centralização estatal, como se vê, por exemplo, em Raymundo Faoro (2021 [1958]; ver Faria, 2021a; para uma comparação entre alguns desses autores, ver Ricupero e Ferreira, 2005).

A propósito, o século XX reiterou a disputa sobre o transplante institucional, reeditando mesmo certo "sociologismo", ora conservador ou reacionário, ora revolucionário. "Sociologismo" diz respeito ao pressuposto de que a normatividade jurídica ("formal") deveria estar de acordo com as crenças e rotinas "reais" de uma sociedade (Savigny, Ehrlich etc.); a eficácia do Direito dependeria desse alinhamento, sincronia ou harmonia entre fatos e normas (Oliveira, 2003 [1984]). Em outras visões, mais instrumentais (*e.g.* Bentham), o Direito estatal é visto como técnica de intervenção, modernização e transformação dos costumes e rotinas espontâneas e anacrônicas (Faria, 2023 [1981]). Ou seja, temos aqui a discussão sobre o problema da institucionalização.

Nessa toada, desde a década de 1870, pensadores e políticos brasileiros importaram novos repertórios de ideias — positivistas (Comte), libertárias (Spencer), evolucionistas (Darwin) — tidas como "científicas" e ancoradas nas "leis" históricas e sociais, tensionando assim o liberalismo oligárquico dos princípios do império e propondo-se a dirigir a reforma das instituições, seja para adequá-la às "realidades" do país, seja para modernizá-lo (Alonso, 2002).

Enquanto modalidade de discurso político-jurídico, o "sociologismo" implica não apenas um diagnóstico sobre as trajetórias históricas e contextos sociais e culturais em que certos complexos institucionais são propostos e implementados, mas uma visão ideológica de que as instituições "reais", "efetivas", "autênticas" devam estar plenamente alinhadas a coletividades "concretas", idealizadas como "o sentimento" ou "a vontade" "popular", as "tradições pátrias" ou algo equivalente — nesse sentido, muitas vezes, as instituições liberais são tratadas como "elitistas", "idealistas" ou "artificiais", esperando-se do "povo" ou da "nação" a sinalização ou aclamação da verdade (conservadora, reacionária ou revolucionária). Miguel Reale (1983, p. 66-67), por exemplo, não deixou de apontar na ditadura de 1964-1985 a presença de um "realismo racional", na linha de Maquiavel e Hegel, contra as idealizações do "iluminismo jurídico". Apoiou o regime até o fim, ao contrário daqueles que se entusiasmaram pelo seu início, mas depois invocaram eufemísticos "desvios" nos planos "revolucionários" — caso, por exemplo, de Pontes de Miranda (ver Siqueira, G. S.; Siqueira, M. C., 2024) e de Goffredo da Silva Telles Jr. (ver o capítulo de Rafael Abdouch, neste volume).

Na verdade, aquela disputa entre liberalismo democrático e autoritarismo foi editada globalmente no período entreguerras do início do século XX, quando se diagnosticou uma "crise" da "democracia burguesa", "liberal" ou "parlamentar" (Schmitt, 1985 [1923]), e quando ascenderam regimes depois rotulados de "totalitários" ou "ditatoriais" (conflito semelhante se repetiria no pós-guerra, durante a guerra fria, por exemplo com as ditaduras latino-americanas).

No Brasil, o entreguerras assistiu à ascensão de Getúlio Vargas (a propósito, ex-ministro da Fazenda do último presidente da República Velha, Washington Luís). Particularmente o Estado Novo foi uma expressão do sincretismo entre ideias e instituições positivistas, corporativistas e manifestamente autoritárias e antiliberais. Em termos políticos, o positivismo, associado à filosofia social de Comte e à sua religião civil "da humanidade", diz respeito ao ideal de uma "ditadura republicana" fundada em um Poder Executivo forte, que prevaleça sobre os interesses conservadores do Legislativo e seja comandado por uma elite ilustrada, laica e altruísta, capaz de promover reformas que protejam e incluam harmonicamente os trabalhadores na sociedade industrial (Bosi, 2004; 1996, cap. 9; Lins, 1964).

A influência positivista crescera durante o movimento republicano e se mantivera viva no Rio Grande do Sul. A Constituição daquele estado de 1891 já previa, por exemplo: 1) a possibilidade de reeleições sucessivas do Presidente do estado desde que obtida maioria qualificada de 3/4 dos votos, com livre escolha pessoal de seu vice dentro de seis meses após a eleição; 2) a competência do Presidente Estadual para promulgar as leis em geral; suas exposições de motivos deveriam ser publicadas e se abriria o prazo de três meses para considerações, sendo que, a após publicação, uma lei poderia ser revogada se houvesse representação da maioria dos conselhos municipais; do lado do Poder Legislativo, a Assembleia dos Representantes (estadual) deveria legislar apenas sobre orçamento do Estado, tributação, taxas e território, cabendo-lhe processar o Presidente Estadual, mas não se tratava de uma assembleia permanente, e sim com uma convocação ordinária de apenas dois meses por ano. O principal autor da Constituição do Rio Grande do Sul foi Júlio de Castilhos, eleito por unanimidade o primeiro presidente estadual; seu sucessor, Borges de Medeiros,

governou o estado por 25 anos, sendo sucedido por Getúlio Vargas de 1828 a 1930 (Pinto, 2019)[19] e [20].

Não por coincidência, com a ascensão de Vargas ao comando nacional, a Constituição brasileira de 1937 também enaltecia o papel da burocracia técnica e do chefe do Executivo. Seu Artigo 38 dispunha:

> O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

Com o fechamento do Congresso de 1937 a 1945, restaram os decretos-lei do Presidente, assessorado por sua burocracia técnica — inclusive os Códigos de Processo Civil (1939), Penal (1940) e de Processo Penal (1941) e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1943). Por trás dessas empreitadas legislativas, encontramos as ideias de teóricos como Oliveira Vianna e Francisco Campos, entre outros expoentes do pensamento autoritário brasileiro que marcaram a institucionalidade do nosso Estado "Social" (ver Rosenfield, 2021; 2023; Santos, 2006; 2007; Menezes, 2013; Garcia Neto, 2008).

Oliveira Vianna (1927), um dos arquitetos da CLT, não apenas diagnosticou o "idealismo" das instituições liberais da República Velha, fundadas na igualdade formal entre cidadãos cujo voto e cuja voz eram distorcidos e abafados por uma realidade patriarcal e clientelista; ajudou a construir, sob comando de Vargas, as bases de uma forma de organização corporativista das relações entre capital e trabalho, inspirando-se não apenas em experiências autoritárias da época, mas também no *New Deal* de Roosevelt (ver

[19] A propósito, após a Revolução de 1930, Borges de Medeiros (2019 [1933]) chegou a arrepender-se do autoritarismo unipessoal, propondo o enxugamento das prerrogativas do Executivo e a reinstauração do parlamentarismo e do Poder Moderador no plano nacional. Ver Brixius (2023).

[20] Pode ser notado que, à época, não havia a ideia de um "princípio da simetria" entre as instituições da União e dos estados, gozando estes últimos, pois, de ampla autonomia e autodeterminação de suas instituições. A ideia de simetria, tão reiterada — e, diga-se de passagem, tão casuísta — na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, é, hoje, um dos fatores impeditivos mais fortes para que os estados possam desenvolver novas formas institucionais (ver Pires, 2017; Costa-Neto; Mello, 2022). Sobre as tendências concentradoras do federalismo no Brasil, ver também as discussões dos capítulos 5 e 7 deste livro.

Venâncio Filho, 1983).[21] Lembre-se que as ideias e os arranjos corporativistas — de conciliação entre os interesses dos proprietários (capitalistas) e dos despossuídos (trabalhadores), a fim de manter a ordem e a hierarquia social, preservar os grupos intermediários entre o indivíduo e o Estado (associações, sindicatos, igreja) e de se evitar a revolução e a desordem — propagaram-se nos países de industrialização mais avançada desde fins do século XIX (um marco é a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII), chegando a se espraiar, no período entreguerras do século XX, tanto em regimes democráticos (como nos Estados Unidos) quanto em experiências totalitárias, como o fascismo e o nazismo (ver Manoilescu, 1938 [1934]; Schmitter, 1974).

A institucionalidade autoritária adentrava também outras áreas do Direito, como a disciplina processual. Na exposição de motivos ao Código de Processo Civil, Francisco Campos (1939)[22] criticava a concepção "formalista e bizantina" de processo judicial, determinada por "princípios privatísticos". "À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo [...], como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça". O papel ativo (inquisitorial?) do juiz na condução do processo, a

[21] Desde 1948 a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho estabelece o seguinte conceito de liberdade sindical: "Os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que estimem convenientes, assim como o de filiar-se a estas organizações, com a única condição de observar os estatutos das mesmas." (Artigo 2). Como pode se ver a liberdade sindical aí é plena, oposta à intervenção estatal. Ocorre, porém, que o Brasil nunca ratificou tal Convenção. A Constituição de 1988, seguindo o corporativismo varguista, manteve a regra da unicidade sindical em seu Art. 8º: "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município". Para simplificar: se seguirmos o conceito da Convenção nº 87 da OIT, até hoje a liberdade sindical no Brasil não é plena. Ver Lothian (1986).

[22] Aqui, também, vale a menção de que, na vigência da Constituição de 1891, apesar de alguma discussão, prevaleceu o entendimento de Campos Salles de que os estados teriam competência para legislar sobre o processo, tanto civil, quanto penal. Não é, portanto, apenas uma feliz coincidência que o Código de Processo Civil de 1939 seja de 1939; ele se insere dentro de um contexto maior de medidas centralizadoras pela União (Tucci, 2022). Nada poderia ser mais simbólico deste projeto político do que a famosa cerimônia da queima das bandeiras estaduais, em 1937 (ver Secretaria de Educação do Paraná, s.d.).

oralidade e a abolição de tecnicismos desnecessários seriam as ideias-força do novo CPC[23].

De modo mais abrangente, Francisco Campos (2001 [1940], p. 66) justificava o Estado Novo como "independente, autoritário e justo" e como uma manifestação de "democracia social". Exorcizando as disputas facciosas de interesses típicas da democracia parlamentar, o Estado autocrático deveria tratar de problemas técnicos de alta complexidade, para os quais a assessoria burocrática do Executivo e a vontade unificada na pessoa do seu chefe dariam um encaminhamento ótimo.

Francisco Campos ecoava assim a crítica de Carl Schmitt (2000 [1930], p. 303) à república de Weimar e a outros Estados liberal-socialdemocratas da época: Estados fracos, relativizados, pluralistas, agnósticos, que, em vez de afirmarem sua soberania, tornavam-se apenas um poder neutro e intermediário, uma agência de arbitragem e negociação entre uma série de interesses organizados: partidos, grupos de interesses, sindicatos, igrejas, etc.

> As massas encontram-se sob a fascinação da personalidade carismática. Esta é o centro da integração política. Quanto mais volumosas e ativas as massas, tanto mais a integração política só se torna possível mediante o ditado de uma vontade pessoal. O regime político das massas é o da ditadura. A única forma natural de expressão da vontade das massas é o plebiscito, isto é, voto-aclamação, apelo, antes do que escolha. Não o voto democrático, expressão relativista e cética de preferência, de simpatia, do pode ser que sim pode ser que não, mas a forma unívoca, que não admite alternativas, e que traduz a atitude da vontade mobilizada para a guerra. (Campos, 2001 [1940], p. 23)

Por outro lado, como relata Mangabeira Unger (2017b [2013], p. 237):

> Em 1942, o ditador Getúlio Vargas concedeu entrevista a um jovem jornalista, no Palácio Presidencial do Catete, no Rio de Janeiro. O corajoso jornalista fez-lhe uma série de perguntas capciosas sobre o porquê de o ditador não fazer isso ou aquilo, um extenso leque de iniciativas as quais o jornalista estava convicto de que Vargas, como governante absoluto, poderia implementar de imediato, caso assim o desejasse. Vargas, que em quase nada acreditava, referiu-se

[23] A principal referência de Campos nesse texto não é a doutrina de qualquer jurista fascista, mas sim o livro *Principles of Judidicial Administration* (1929), de William F. Willoughby, que veio a ser presidente da Associação Americana de Ciência Política nos anos 1930.

> descaradamente a si mesmo como ditador, e orgulhoso no extremo da sua desilusão, desdenhou das perguntas e exibiu um sorriso sarcástico de arrepiar.
> Em seguida, disse, com seu sotaque gaúcho, dando tapinhas no ombro do jovem: "Você é jovem. Acredita que um ditador pode fazer tudo. Há muito pouco que um ditador possa fazer".
> Tome esta conversa como uma alusão ao paradoxo central da ideia do Direito como a vontade do soberano. Os defensores mais radicais dessa ideia foram intolerantes a qualquer limitação do direito do soberano de fazer leis, além das limitações que resultam dos arranjos constitucionais. Esses arranjos podem conferir ao chefe de governo ou de Estado poderes quase absolutos, como fez a Constituição brasileira de 1937, sob a qual Vargas governou. Ou, no extremo oposto, podem estabelecer o governo da maioria, limitado pelos direitos de minorias, especialmente a minoria política aspirante ao poder. O soberano, então, será o povo, mas apenas na aparência e sob as restrições da ordem constitucional.

Francisco Campos não apenas fez a apologia do Estado Novo, como protagonizou a redação do AI-1, em 1964. Tal Ato Institucional privilegia o que Schmitt classificaria como um "princípio da identidade" (entre a revolução comandada pelas Forças Armadas e a "vontade da nação"). Tal "identidade" seria a expressão máxima da democracia, o que leva Schmitt (1985 [1923], p. 9-27; 2008 [1928], p. 239-307) à tese de que a ditadura não é o oposto de democracia, mas sim de discussão. O que, por seu turno, leva à conclusão de que mesmo uma minoria ou um ditador pode ser titular da verdadeira expressão do povo (ver Ribeiro, R. M., 2023, p. 42-43).

Mas não apenas de justificações antiliberais viveu a ditadura militar — o tecnocrata Roberto Campos (1979 [1974]), por exemplo, a defendia em nome de um "autoritarismo liberal", capaz de realinhar as expectativas, reinstitucionalizando a ordem estabelecida, conferindo-lhe valor e estabilidade a partir de uma "democracia tutelar", provedora de recursos para a acumulação econômica pública e privada (investimentos) e calmante tanto das pressões reformistas e redistributivistas (consumo) quanto do regionalismo descentralizador.[24]

[24] Na verdade, a ideia subjacente por detrás de uma transição "lenta, segura e gradual" para a democracia, que marcou o fim do regime militar, é, apenas e tão somente, uma forma de autoritarismo liberal (isto é, a visão de que as instituições políticas liberais são positivas, mas que só podem ser implementadas no Brasil mediante um regime tutelar, que caberia, naturalmente, aos militares). Tal concepção pode ser vista como uma releitura da obra de Oliveira Vianna que

Também a ordem constitucional de 1988 é resultado de sincretismos de modelos institucionais e de compromissos políticos. Aquele momento constituinte emergiu a partir de uma mobilização "de baixo" — contra a ditadura e a favor de eleições presidenciais diretas — e de pactos "de cima" entre as elites políticas, militares, econômicas, midiáticas etc. (O'Donnell; Schmitter, 1988). Naquilo que determinou e no que deixou indeterminado (por remissões a legislação complementar e por referências normativas programáticas, finalísticas e principiológicas), a Constituição evidencia o compromisso entre os modelos econômicos (ou ideologias) e entre os grupos políticos (Faria, 1989). De um lado, a falta de hegemonia dos partidos ditos "modernos" (sediados no sudeste do país e que desde então dominam as disputas presidenciais) levou a um compromisso com agremiações fisiológicas, patrimonialistas e oligárquicas (referidas por vezes como "centrão" e que assentam sua força eleitoral nos localismos e regionalismos, dominando o Congresso Nacional). O mesmo compromisso se reitera a cada ciclo de governo pelo "presidencialismo de coalizão", com a distribuição de cargos públicos e verbas orçamentárias a bancadas marcadas por interesses particularistas e fragmentadas regional e partidariamente, em troca de apoio para aprovação de emendas constitucionais e leis complementares e ordinárias e de proteção contra a investigação do Executivo por comissões parlamentares de inquérito e contra processos de impedimento presidencial (Abranches, 2018).

De outra parte, o texto original da Constituição apresentava o predomínio de um modelo político-econômico nacional-desenvolvimentista, enquanto as sucessivas emendas que sofreu desde a década de 1990 acentuaram as políticas neoliberais de privatização, financeirização, liberalização e internacionalização da economia, que visaram a responder às crises fiscal e monetária do contexto pré e pós-constitucional. O que era uma Constituição "dirigente" de um Estado planejador e desenvolvimentista (isto é, voltada à expansão do investimento público e das políticas públicas) tornou-se afinal, por emendas constitucionais e

se operou na Escola Superior de Guerra do Exército, por exemplo pelo General Golbery do Couto e Silva (1981).

legislação infraconstitucional, uma constituição voltada a limitar e bloquear o gasto público e a dívida pública em um cenário de restrição fiscal (Bercovici; Massonetto, 2006).

Ainda, do ponto de vista das instituições constitucionais, houve uma combinação dos modelos liberal-clássico e socialdemocrata (Unger, 2011). Direitos civis e políticos combinados a direitos sociais. De um lado, o federalismo clássico, com seu foco na repartição estanque de competências legislativas (privativas) e materiais (exclusivas); de outro, o federalismo cooperativo, focado em competências legislativas concorrentes e em políticas públicas de competência comum. De um lado, a contenção do Presidente da República por um rígido esquema de freios e contrapesos (equivalente à necessidade de um consenso majoritário no parlamentarismo); de outro, o equivalente funcional a um "estado de exceção" (ou, ainda, à figura do decreto-lei) na forma da competência do Executivo para legislar por meio de medidas provisórias (aceitas rotineiramente sem seus requisitos constitucionais de "relevância e urgência").

Quanto aos direitos políticos, a extensão do voto aos analfabetos viabilizou a participação inédita da maioria da população brasileira no processo eleitoral — que veiculou suas demandas pela expansão das políticas públicas. Recortadas pelos constrangimentos ideológicos e institucionais marcados na ordem constitucional vigente, tais demandas tiveram três válvulas de escape.

A primeira é o protagonismo judicial, expresso na forma da judicialização de políticas públicas (seja para um controle estrutural, seja na concessão de prestações individualizadas de serviços de saúde, educação etc.), da estruturação e ampliação das competências do Ministério Público e da Defensoria Pública (cujas garantias foram progressivamente ampliadas pelas Emendas à Constituição nº 40/2004, 74/2013 e 80/2014) e da ampliação dos legitimados a proporem ações de controle direto de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (incluindo partidos políticos representados no Congresso e entidades de classe de âmbito nacional) (Faria, 2021b).

Em segundo lugar, a insatisfação com a ordem econômica e com os serviços e políticas públicas extravasou-se na forma de protestos catalisados por

diferentes movimentos sociais e ideologias políticas (Campilongo, 2021); por exemplo, em junho de 2013, com a sucessiva reverberação de pautas autoritárias.

Em terceiro lugar, o próprio presidencialismo tornou-se veículo privilegiado para a expressão daquela insatisfação, no abismo entre as promessas constitucionais e a realidade percebida e diagnosticada. Afinal, o caráter plebiscitário do presidencialismo revela a disputa presidencial como tendo um perfil relativamente mais ideológico e pluralista (ainda que simplificado pela referência personalista aos candidatos) em comparação com as eleições legislativas, de perfil mais clientelista e corporativista (Unger, 2001a, p. 139-182). A ascensão de um movimento saudoso da ditadura militar, ao mesmo tempo que ostensivamente "libertário", revive — nos atuais termos de uma "democracia iliberal" — a velha tradição brasileira do "liberalismo autoritário", de modo que eleições recentes colocaram em risco o próprio "pacto" constitucional de 1988. O caráter plebiscitário da eleição presidencial de 2018, por exemplo, serviu para denunciar tal pacto (Teixeira, 2020), seja em seu aspecto político (apoio a um candidato de perfil ditatorial), seja em seu aspecto econômico (apoio a uma pauta econômica libertária, ou ultraliberal, de desmonte da administração pública).

Em termos mais gerais, o constitucionalismo social do século XX foi marcado pelo advento da democracia de massas (sufrágio universal, pluralização das ideologias e dos partidos políticos, movimentos sociais e grupos de interesse), pelo protagonismo do Executivo (seja pela liderança carismática dos presidentes, em regimes democráticos ou autoritários; seja pelo crescimento do aparato burocrático responsável pela concepção e oferta de políticas e serviços públicos) e pelo avanço do controle judicial de constitucionalidade. Neste último ponto, o modelo americano de controle difuso instituído já em 1891 no Brasil foi, a partir de 1934, progressivamente influenciado pelo modelo europeu, afirmando uma tendência de abstrativização e concentração do controle judicial. Já na Assembleia Constituinte de 1933-34 houve uma proposta (que não foi adiante) de instituição de uma corte constitucional nos moldes austríacos (ou, simplesmente, kelsenianos) — um órgão decisório externo ao Poder Judiciário. A Constituição de 1934 criou a intervenção federal, por provocação do Supremo

Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República. A Constituição de 1937 (art. 96), pouco efetiva na prática, previu um modelo de controle judicial "fraco", pois se algum tribunal (por maioria absoluta) declarasse a inconstitucionalidade de lei ou de ato do presidente da república, ele poderia ressubmetê-lo à votação pelo parlamento, que poderia então derrotar a decisão judicial por dois terços dos votos no Congresso e no Senado.

Em 1946, a legitimação para a representação interventiva (como primeiro caso de ação direta de inconstitucionalidade) passou a ser não mais do Senado (como era em 1934), e sim da Procuradoria-Geral da República (esta, porém, ainda estava ligada ao Poder Executivo, exercendo, inclusive, a função de representação judicial da União)[25].

Dados a fugacidade da Constituição de 1934 e o instrumentalismo da Constituição de 1937 (que pouco disciplinava os poderes ditatoriais), foi a Constituição de 1946 que inaugurou uma transformação importante da função do controle judicial de constitucionalidade, particularmente em sua versão abstrata e concentrada no STF: além de garantir direitos individuais contra o arbítrio dos Poderes políticos, como preconizava Rui Barbosa — lembrando que os direitos sociais continuavam a ser vistos como *não judicializáveis* (ao contrário dos direitos civis, que eram considerados direitos subjetivos desde a afirmação da doutrina brasileira do *habeas corpus*), servindo a constituição mais como bloqueio do que como incentivo às políticas públicas organizadas pela ordem econômica e administrativa em expansão (Bercovici, 2009) —, o Supremo Tribunal Federal assumiu protagonismo na arbitragem de disputas estratégicas sobre a separação de Poderes e a organização política e administrativa do Estado (Machado, 2024), mas, como a história mostrou, não conseguiu se sobrepor, nos momentos de crise, ao poder dos militares (Abranches, 2018, cap. 22).

[25] Constituição de 1946, Art. 126: "O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível ad nutum. Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local."

A Constituição de 1967 previu como competência do STF julgar a representação do Procurador-Geral da República pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, I, l)[26]. Entretanto, o Supremo não dispunha de qualquer margem efetiva de autonomia para exercer sua função.

Concebido por Rui Barbosa como autoridade moral, encarnação da supremacia da Justiça diante da política e protetor dos direitos individuais, o Supremo passou a ser encarado como mero coadjuvante do Executivo durante o Estado Novo, começou a expandir sua atuação durante a democracia de massas de 1946 e, durante a ditadura militar, enfrentou o esvaziamento de suas funções e a aposentadoria compulsória de ministros (como Victor Nunes Leal) a partir do Ato Institucional nº 5 (1968) (Lynch; Pereira, 2024). O AI-05, entre outras disposições, excluiu de apreciação judicial as medidas lá discriminadas (do tipo: autorização do presidente da república para decretar recesso do Congresso Nacional e dos Legislativos estaduais e municipais, além de intervenção em estados e municípios; suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos; suspensão das garantias funcionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; suspensão do *habeas corpus* etc.).

Foi a partir da Constituição de 1988 que se posicionou o STF não apenas como estuário da hiperconflituosidade jurídica (sendo a última instância recursal, responsável por garantir certa consistência de interpretações na hierarquia judicial e no controle difuso de constitucionalidade), mas também como árbitro de impasses políticos e morais. A ordem de 1988, como visto, é pródiga em programar tais impasses. Sob ela, o STF não apenas assumiu uma configuração "híbrida", entre o modelo americano de controle difuso e o modelo europeu de controle concentrado (Silva, 2009), mas também avultou sua posição por pelo menos meia dúzia de fatores (Amato; Ribeiro, R. M., 2024): 1) a combinação de funções de controle concentrado (provocável por amplo rol de

[26] Constituição de 1967, Art. 114: "Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] I - processar e julgar originariamente: [...] l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual."

legitimados, incluindo atores políticos e corporativos), última instância recursal, foro por prerrogativa de função (com amplo rol de "privilegiados") e ator de interface com a Justiça Eleitoral (por exemplo, na composição do TSE e em inquéritos correlatos); 2) a heterogeneidade dos dispositivos controláveis ("cláusulas pétreas" indeterminadas, direitos e garantias individuais, coletivos e difusos, prerrogativas funcionais e corporativas, normas de organização do Estado e políticas públicas); 3) a variedade de instrumentos processuais (ações abstratas de controle da ação e omissão inconstitucional, recursos e ações concretas, como mandados de segurança, de injunção e a reclamação para manter a autoridade do tribunal); 4) a variedade de técnicas hermenêuticas (interpretação conforme a Constituição, modulação de efeitos da sentença, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, sentenças manipulativas aditivas etc.); 5) a flexibilidade de estratégias decisórias (agenda, pauta, decisão monocrática ou colegiada, audiências públicas, "concertações" ou "diálogos" com outros Poderes); 6) os estilos interpretativos/argumentativos ecléticos ou adotados taticamente (ora mais formalistas, ora mais instrumentais, pragmáticos e consequencialistas, ora mais principiológicos).

Ou seja, o STF representa, como ator central da jurisdição constitucional, uma manifestação evidente de sincretismo institucional. E não é o único ator de uma complexa teia de controle de constitucionalidade, que contempla desde os controles legislativos preventivos (Comissões de Constituição e Justiça)[27], os tribunais de contas[28] e até órgãos administrativos, como o Conselho Nacional de

[27] Embora a Constituição de 1988 fixe (art. 52, X) a competência privativa do Senado para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal", não há campo para uma revisão *a posteriori* da decisão judicial de inconstitucionalidade. O papel do Senado é apenas publicizar as decisões proferidas no regime de repercussão geral. Pelo menos é o entendimento firmado pelo plenário do STF (ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017). ADI 3470, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29-11-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

[28] A Súmula 347 do Supremo, aprovada em 1963, tem a seguinte redação: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". No julgamento do MS 25.888 AgR o STF entendeu que a Súmula é compatível com o ordenamento constitucional, desde que o TCU se restrinja às hipóteses em que inconstitucionalidade já é pacífica na jurisprudência do Supremo (caso em que também não incide a cláusula de reserva de plenário nos tribunais) ou em que a inconstitucionalidade for manifestada — tendo afastado explicitamente qualquer interpretação da Súmula que confira ao

Justiça[29] — para não mencionar o entrelaçamento com outras ordens jurídicas, como no controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. Sincretismo teórico: o exemplo das teorias interpretativas

Na refração provocada por estruturas sociais altamente integradoras (que retroalimentam, por um sincretismo de formas de diferenciação social, os mecanismos de exclusão/subinclusão e inclusão/sobreinclusão), as ideias mais abstratas, impessoais e universalistas podem servir de instrumento de defesa de privilégios patrimoniais e interesses corporativos das minorias organizadas contra a maioria desorganizada (sobre o domínio da "maioria desorganizada" por "minorias organizadas" ou "classes dirigentes", ver Mosca, 1939 [1896], cap. 2). É o que se observa desde a crítica do "bacharelismo liberal" da sociedade escravista colonial e imperial até os usos e abusos contemporâneos de conceitos e instituições.

Por exemplo: os mais nobres "direitos fundamentais" ou compromissos com a "justiça social" podem servir a uma função hipertroficamente "simbólica" — de confirmar valores sociais para postergar medidas efetivas para sua concretização, enquanto de modo ambivalente também servem à mobilização por sua efetivação. Não se trata meramente de dispositivos constitucionais postos como "fórmulas de compromisso dilatório" — como Schmitt (2008 [1928], p. 82-88) via na Constituição de Weimar (1919) —, mas sim de uma falta de suporte generalizado das instituições constitucionais básicas (como separação de Poderes e direitos fundamentais) em expectativas generalizadas, reiteradas e pressupostas nas rotinas dos órgãos e entes estatais e no comportamento e discurso dos cidadãos (Neves, 2007 [1992]; 2022b [1995], p. 54). Vemos aqui o vínculo já aludido entre a alta integração da estrutura social (com limites à sua

TCU o controle abstrato de constitucionalidade. MS 25888 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-09-2023 PUBLIC 11-09-2023.

[29] Pet 4656, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19-12-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 01-12-2017 PUBLIC 04-12-2017.

diferenciação funcional) e as dificuldades de institucionalização (com a formação de práticas "parainstitucionais").

Outra ilustração: o rótulo idealizado de "Estado Democrático de Direito", ou "Estado Social e Democrático de Direito", representa um quadro normativo do qual as realidades concretas se distanciam ou se aproximam, mas sua invocação retórica pode servir para renovar e postergar indefinidamente a promessa de um aperfeiçoamento progressivo das práticas e instituições, quando na realidade a reiteração ritual do discurso idealizador promove uma legitimação das estruturas e instituições vigentes, que (sob pretexto de constituírem uma fase necessária do progresso presumido) obstaculizam o próprio avanço das reformas estruturais necessárias, as quais podem demandar a subversão das instituições atuais (Castro, 2023, p. 238).

Finalmente, o próprio crescimento qualitativo e quantitativo do Poder Judiciário e das "funções essenciais à Justiça" serve tanto à expansão dos meios de defesa da constituição e dos direitos fundamentais quanto ao reforço de privilégios corporativos (garantidos em nome da "autonomia" e equiparados entre as carreiras jurídicas em nome da "isonomia"), de modo que mesmo as ações de controle abstrato e objetivo de constitucionalidade convertem-se não em heroicos veículos para o exercício da "razão pública" em um "fórum de princípios" universalistas, mas sim em instrumentos de defesa de pautas e políticas mais corporativas e particularistas que institucionais e burocráticas (Resende, 2024). Da mesma forma, garantias e instrumentos de controle da omissão inconstitucional podem ganhar efetividade apenas quando atrelados a pautas corporativas, em vez de servirem justamente à proteção da maioria vulnerável da população (*e.g.* Ribeiro, L. M.; Arguelhes, 2018).

Além da interação mútua entre instituições (rotinas, organizações, procedimentos) e modelos teóricos discutida no tópico anterior, podemos ilustrar o sincretismo no plano das ideias por uma alusão a teorias interpretativas do Direito. Particularmente interessante nas últimas décadas é a combinação entre modelos interpretativos com origem na tradição romano-canônica e franco-germânica (*civil law*) de primazia da lei como fonte formal do Direito e modelos

anglófonos (*common law*), desenvolvidos à luz de um protagonismo da jurisprudência na determinação do Direito. É nessa confluência que se encontra, por exemplo, a muito praticada, discutida e controvertida recepção das teorias de princípios na academia e na prática jurídica brasileiras.

Na tradição do *civil law*, a ciência dogmática do Direito — tal como modelizada paradigmaticamente por Savigny (1867 [1840]), por exemplo — afirmou os postulados de unidade, consistência e completude do ordenamento jurídico. As lacunas na lei, tidas como "aparentes", são vistas como completáveis sobretudo por analogia com dispositivos da própria lei (Savigny (1867 [1840], p. 234-239). Geralmente, os ordenamentos admitem também a colmatação por costumes (apenas *praeter legem*, é claro) ou pelo apelo mais indeterminado a fórmulas consagradas na doutrina e na jurisprudência — os "princípios gerais de Direito".

Se se considerar que, para além da legislação, toda aplicação do Direito é simultaneamente execução de uma norma e criação de outra, em uma cadeia hierárquica de normas válidas, o próprio conceito de "lacuna" perde boa parte de seu sentido: o juiz, desde que definido normativamente como autoridade competente e sendo obrigado a decidir qualquer controvérsia que lhe seja submetida, deverá decidi-la seja interpretando uma norma válida mais geral e abstrata (que possa individualizar e concretizar para o caso), seja criando uma norma individual e concreta à qual não corresponda, substantivamente, norma mais geral e abstrata previamente positivada. Enfim, sempre há solução conforme o Direito e a invocação de uma "lacuna" só serviria para o tomador de decisão anunciar que não concorda ideologicamente com a solução (Kelsen, 2021 [1934], p. 90-94; ver Ribeiro, R. M., 2023, p. 122-125).

Entretanto, em uma institucionalidade que admite abertamente a criação ou "descoberta" jurisprudencial do Direito, como no *common law*, podem ser menos rígidos os limites de deferência à legislação e de circunscrição do juiz à mera aplicação de normas previamente postas pelo processo legislativo (ou por autoridade constituinte, ou administrativa), ou consolidadas pela reiteração e formação de uma "jurisprudência". É maior, por outro lado, a permeabilidade

entre normas postas e fundamentos morais — positivados ou não, atribuíveis como justificação de determinada regra ou como imanentes globalmente a dada ordem jurídica. Daí que um autor como Dworkin (1991) admita extrema estranheza com o conceito de "lacuna": casos em que proposições jurídicas concretas (a definição do caráter proibido, permitido ou obrigatório de determinada conduta ou decisão) não poderiam ser tidas nem como verdadeiras nem como falsas, por faltar um parâmetro normativo abstrato. Apenas seria possível considerar que há casos em que é controvertido se uma conduta é obrigatória, permitida ou proibida segundo o Direito. Se se considera que essa definição é dada por decisões (a história institucional de uma comunidade política e seus costumes), faz sentido falar em "lacunas".

Mas o conceito de "lacuna" perde o sentido se, como prefere Dworkin (1991), a resposta correta para a controvérsia for apenas a melhor interpretação da história de uma comunidade política, aquela que pretenda apresentar seu objeto como o melhor exemplar possível do gênero ao qual se admite que pertença. Em casos fáceis, a letra da lei e o propósito do legislador (não como um estado mental, mas como interpretação de seu papel e da história da tramitação do projeto de lei) guiam uma convergência de interpretação, assentada na cultura política e em outros pressupostos compartilhados. Em casos difíceis ou controvertidos, há uma concorrência de interpretações. "Lacuna" significaria a impossibilidade de definir qual a melhor interpretação, em termos de filosofia política, entre aquelas que conduzem a soluções opostas. Nesse ponto é que se encontra o pressuposto de objetividade moral que lastreia a tese da "única resposta correta", a despeito da existência de desacordos teóricos sobre o que o Direito requer.

Ora, o conceito de "princípio" em uma teoria como esta colide frontalmente com entendimentos tradicionais do *civil law* em geral, e do campo jurídico brasileiro em especial. Pensemos em conceitos rotineiros no discurso jurídico e aparentemente autoevidentes, como "sistema jurídico", "validade", "lacuna" ou "antinomia". Em suma, princípios (i) orientam uma concepção de sistema orientada pela racionalidade material, não simplesmente por critérios

lógico-formais de consistência, e (ii) podem não estar sujeitos a juízo de validade (por remissão a fonte formal de Direito, ou autoridade decisória reconhecida). Ademais, (iii) não apenas haveria parâmetros interpretativos para predefinir a prevalência de um princípio sobre outro, conforme seu peso moral, como também (iv) os princípios servem para derrotar ou excepcionar regras e políticas. Finalmente, (v) eles são capazes de preencher qualquer "lacuna" aparente (falta de uma norma mais especificamente relacionável, como parâmetro universal, à situação-problema particular) e (vi) de arbitrar "antinomias", mesmo revertendo os cânones de prevalência da norma superior, específica ou posterior.

Se, em uma concepção formalista, o "sistema jurídico" é um conjunto axiomático, logicamente consistente e completo de regras universais (capazes de fornecer uma só solução para todo e qualquer caso particular) e, em um entendimento positivista-analítico, o "sistema jurídico" é simplesmente um conjunto delimitado de decisões postas por autoridades reconhecidas por normas do próprio sistema ("fontes formais"), a pretensão de sistematicidade avançada pelas teorias de princípios é outra: além de afastar inconsistências lógicas entre dispositivos normativos, tais teorias exigem que se construa argumentativamente a visão de uma coerência moral (ou ideológica), de uma orientação unívoca da moralidade política que lastrearia toda aquela ordem jurídica.

Ao lado do conceito de "sistema", a noção de "validade" também é desafiada: as teorias de princípio admitem que uma norma seja considerada jurídica simplesmente por seu peso moral, até mesmo derrotando normas postas por autoridades. Em vez de conceber o Direito como conjunto de regras (e os princípios meramente como regras mais indeterminadas), tais teorias defendem que há uma distinção estrutural e qualitativa entre os dois tipos normativos e que o Direito não é definível como um conjunto de normativo delimitado independente de argumentação substantiva (como pretendia o positivismo), mas se constitui apenas como uma prática social argumentativa interna à moral (demandando, portanto, argumentos de valor, e não meros juízos de conhecimento de atos de poder).

Como vimos, falar em "lacuna", mesmo aparente, e então em discricionariedade do juiz para preencher o que o legislador deixou indefinido, perde o sentido diante da premissa de que sempre há direitos pré-existentes amparados pelo Direito, ainda que falte norma mais especificamente relacionada à situação-problema e ainda que haja desacordos teóricos sobre o que o Direito requer. Igualmente, o peso moral/jurídico de princípios pode os levar a "derrotar" tanto argumentos de política e quanto regras — e também, pode-se inferir, mesmo cânones formais, como a prevalência da norma superior, especial ou posterior.

Portanto, há uma série de entendimentos subjacentes a uma teoria de princípios como a de Dworkin; ignorá-los leva a uma prática doutrinária e jurisprudencial inconsistente. Em linha similar, já se denunciou o "sincretismo metodológico"[30] (Silva, 2005) imperante na combinação eclética e acrítica de teorias e modelos interpretativos incoerentes, ou que simplesmente ornamentam os tradicionais elementos de interpretação jurídica (gramatical, lógica, sistemática e histórica). Assim também já se sugeriu que, em substituição ao raciocínio mais rígido, explícito e formalizado baseado em regras, o apelo flexível e não criterioso a argumentos de princípio pode servir para acobertar particularismos e casuísmos — em vez de conferir maior objetividade, coerência e controlabilidade racional às justificações decisórias (Neves, 2013 [2011], cap. 4).

Até mesmo com base na ideia de "bloco de constitucionalidade" e na abertura do texto constitucional vigente[31], qualquer leitura positivista ou não positivista da ordem jurídica brasileira é capaz de alastrar a indicação de princípios e direitos fundamentais para além do rol explícito. A despeito de as teorias de princípio terem justamente o propósito de controlar a objetividade e racionalidade na mobilização de tais argumentos, sua mera invocação retórica

[30] A expressão pejorativa "sincretismo metodológico" foi cunhada por Kelsen no primeiro capítulo da *Teoria Pura do Direito*, aparecendo desde a primeira edição da obra. Ver Kelsen (2021 [1934], p. 14); no mesmo sentido, Kelsen (2000b [1911], p. 59).

[31] Constituição de 1988, art. 5º, §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

pode dar margem a uma prática "hiper-realista" em que doutrinadores e juízes se autorizam a criarem e interpretarem princípios à sua maneira idiossincrática.

Por um lado, a inconsistência dos paradigmas adotados para a construção da justificação de decisões potencializa os riscos de obscuridade, parcialidade, inconsistência e insegurança. Por outro lado, cada arena decisória do Direito molda e se reproduz por determinadas formas de interpretação e argumentação. E diferentes teorias do Direito estabelecem estilos interpretativos que pressupõem ou mesmo veiculam distintas pretensões de legitimação e justificação dos próprios tomadores de decisão. A mobilização de diferentes estilos argumentativos (ainda que por um mesmo juiz ou tribunal) pode ser vista como uma adaptação do raciocínio e do discurso às problemáticas sob julgamento, que são heterogêneas: questões de política pública, de direitos fundamentais, de prerrogativas funcionais, de competências institucionais. Algumas demandam raciocínios mais regrados, outras considerações mais empíricas e consequencialistas e outras, enfim, juízos mais abrangentes de moralidade política. Pode até ser que teorias especificamente voltadas à jurisdição (como é o caso especialmente de Dworkin) sejam dificilmente aplicáveis ao raciocínio administrativo, por exemplo, na concepção, implementação e controle de políticas públicas (ver Ribeiro, R. M.; Amato, 2024).

Se, em uma prática jurisprudencial inconsistente, a labilidade interpretativa dos argumentos de princípio é potencialmente favorecedora do escamoteamento de particularismos e privilégios, é também verdade que, sob uma Constituição que alberga tanto direitos sociais quanto mandamentos para a organização de diversos setores das políticas públicas (Arantes, 2021), é difícil operacionalizar a distinção rígida (dworkiniana) entre princípios e *policies*, segundo a qual argumentos de princípio remetem a direitos individualizáveis, amparados pela arena jurisdicional e capazes de "trunfar" as políticas públicas e prevalecer sobre as escolhas coletivas e as alocações de recursos visando ao bem-estar da comunidade (mais agregadamente abordado, de maneira estratégica ou não, pela racionalidade "distributiva" política e administrativa). Nessa linha é que a judicialização das políticas públicas — como a concessão individualizada

de medicamentos, tratamentos e vagas em creches e escolas — pode se converter não em controle de qualidade do gasto público, mas em instrumento de redistribuição regressiva de recursos escassos, operacionalizando uma invasão judicial do planejamento e da implementação administrativa (*e.g.* Verissimo, 2006).

Conclusão: um horizonte de crítica e imaginação

Os cursos de Direito Constitucional costumam apresentar uma narrativa mítica de descobertas de fórmulas institucionais imaginadas por certos autores iluminados (Sieyès, Locke, Montesquieu etc.) e implementadas, como que de uma vez por todas, nas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII — a inglesa, a americana e a francesa. No máximo, os manuais fazem menção breve ao contexto histórico de emergência de cada Constituição brasileira, sem jamais considerar nossa experiência e trajetória como matéria-prima para a elaboração conceitual e a construção de uma teoria constitucional (Pereira, 2018). Nos auto-observamos como herdeiros distantes da Europa e dos Estados Unidos, sempre em busca de atualizações e incorporações de novos autores e teorias, que muitas vezes já caíram em descrédito ou desuso em seus contextos originais de produção.

Classificações didáticas subestimam o anacronismo e as metamorfoses de certos conceitos-chave; raramente se discute, por exemplo, o quanto a separação de Poderes pensada pelos "clássicos" foi efetivamente implementada na Inglaterra, na França ou nos Estados Unidos[32]e, mais do que isso, o quanto tais modelos foram transformados pelo advento da democracia de massas no século XX, com a universalização do sufrágio, organização e a pluralização de partidos,

[32] Por exemplo, a ideia de um senado proposta por Montesquieu (como corpo de pessoas distintas, que não poderiam estar em pé de igualdade com as pessoas "comuns") é muito distinta do senado que existe na Constituição dos Estados Unidos (e que, por sua vez, inspirou as constituições brasileiras). O senado americano não foi criado por subserviência intelectual a Montesquieu; muito pelo contrário: Madison, que foi o principal artífice da Constituição dos Estados Unidos, opôs-se ao estabelecimento de um senado. Entretanto, por uma necessidade pratica (política) de viabilização da Constituição, o senado foi criado para garantir aos estados menores uma forma de se opor aos maiores (Dahl, 2006 [1956], p. 112-118; Farrand, 2023 [1913], cap. 7).

movimentos sociais e grupos de pressão, o advento de lideranças carismáticas, o adensamento da burocracia pública e o fortalecimento do controle judicial.

Da mesma forma, raramente desempacotamos os produtos ofertados — classificações de "formas e sistemas de governo", "formas de Estado", "gerações de direitos", modelos de "controle judicial de constitucionalidade" — para vermos seu conteúdo por trás dos rótulos. Se o fizermos, veremos tanto a complexidade de cada conceito (por exemplo, a variação infinita, no espectro entre parlamentarismo e presidencialismo, a partir de diferentes repartições de competências entre Legislativo e Executivo, ou entre chefe de Estado e chefe de governo) quanto a contingência histórica de cada experiência que a ele subjaz (o quanto uma interação de intenções de desenho institucional com acidentes da história explica, por exemplo, o desenvolvimento do parlamentarismo inglês, do presidencialismo americano ou do semipresidencialismo francês).

O desafio posto à construção jurídica é fugir, por um lado, à aplicação dogmática do código "constitucional/inconstitucional" e aos limites da função jurisdicional: em vez de idealizar o Direito atualmente vigente, vislumbrar com realismo suas falhas, usos e abusos; por outro, não recair no fácil discurso político "aspiracional" baseado na invocação militante e simbólica de "direitos", sem abordar as necessárias transformações na organização do poder, para além da mentalidade "judiciocêntrica" (ver Arguelhes; Süssekind, 2022).

Como sugerimos no tópico 1 deste texto, na articulação entre as expectativas, as instituições e a macroestrutura social emergem dois problemas centrais: institucionalização e desintegração. Abordando-os construtivamente, o desafio do pensamento jurídico voltado para a reforma estrutural da ordem posta é imaginar e implementar formas institucionais que tanto (1) garantam um amplo suporte nas expectativas apoiadas em expectativas generalizáveis (institucionalizadas) quanto (2) catalisem a desintegração e diferenciação social, abrindo-se à correção à luz da experiência e evitando o entrincheiramento perene de determinados e parciais interesses e ideais.

Nessa linha é que se pode sugerir uma afinidade entre a consideração de Luhmann (2013 [1997], p. 7) de que a diferenciação funcional depende de

"assegurar suficiente desintegração", ou seja, evitar o efeito-dominó de inclusões e exclusões cumulativas e conversíveis entre cada âmbito social; a diretriz identificada por Unger (2001b [1987], cap. 4) sobre o "desentrincheiramento", isto é, o grau variável em que cada ordem institucional admite sua abertura à revisão rotineira e independente de crise (por exemplo, a competição democrática comparada à disputa arbitrária pelo poder absoluto); e a combinação de alto grau de participação e alto grau de contestação que caracteriza as "poliarquias" ou os regimes de competição política pluralista na conceituação de Dahl (1971; 2005 [1961]), por oposição às oligarquias (baixo grau de inclusividade/participação) e às hegemonias (baixo grau de liberalização/contestação pública). A propósito, remetendo a Dahl (1971, p. 76-80), Levitsky e Way (2024, p. 16) analisam a atual crise global da democracia liberal a partir da hipótese de que "a democracia tem mais chances de surgir e sobreviver em uma 'ordem social pluralista', onde riqueza, renda, habilidades, status e outros recursos críticos estão dispersos pela sociedade". Por contraste: nossa República Velha, sediada no eclético Palácio do Catete, jamais seria caracterizável como uma poliarquia, por mais competitivo e profissionalizado que fosse seu sistema político[33]. Chegaremos a concretizar, aperfeiçoar e perenizar o sonho — simbolizado por Brasília — de combinar de maneira mutuamente reforçada e aprofundada democracia e desenvolvimento?

[33] De um lado, "a estrutura de oportunidade do sistema oligárquico potencializa o processo de profissionalização política porque cria para o indivíduo o melhor dos mundos possíveis, isto é, permite-lhe adotar uma ambição progressiva num ambiente de baixo risco (isto é, de competição restrita) e recompensas quase asseguradas. Nesses casos, é exatamente a restrição da competição que induz os agentes à profissionalização política. É importante observar que o caráter restrito da competição não significa uma relação harmoniosa entre os membros da elite política. Muito pelo contrário, as lutas políticas na Primeira República eram extremamente acirradas, renhidas e, não raro, resultavam em violência e aniquilação física do adversário. No entanto, uma vez vencida a etapa da luta entre os pares, tendo-se o beneplácito do governo e do partido dominante, os riscos de permanecer na carreira são significativamente reduzidos. No sistema político pluralista, a profissionalização política (carreiras estruturadas, longas e estáveis) tende a ser fruto da expansão da competição, que obriga o político a se especializar cada vez mais no seu campo de atuação e a abandonar qualquer atividade que desvie seus esforços da luta política; no sistema político oligárquico, a profissionalização é fruto do tamanho reduzido da elite política e da competição restrita, tornando a carreira política um caminho razoavelmente seguro, rentável e, por isso, extremamente atraente". De outra parte, "uma estrutura excludente e pouco competitiva só poderia se manter graças ao compromisso coronelista e aos seus aspectos institucionais e sociais, isto é, ao governismo e às relações sociais de tipo tradicional então predominantes no campo brasileiro." (Perissinotto; Massimo; Costa, 2017, p. 97-98)

Se admitirmos que aqueles conceitos — como poliarquia, desentrincheiramento ou desintegração — veiculam interpretações plausíveis do próprio ideário constitucional nas democracias atuais, podemos adotá-los como diretrizes para o exercício de "imaginação institucional" sugerido por Unger (2004 [1996]). Esse exercício centra-se na crítica imanente dos regimes constitucionais atualmente vigentes, a partir da distância entre suas justificativas pregadas e os resultados que entregam. Tal crítica é iluminada a partir do mapeamento dos diversos repertórios institucionais. O discernimento da variedade de opções de formas de organização do poder e atribuição de direitos pode nutrir-se da contraposição e da memória. Não apenas o direito comparado, mas também a história contextual de dada ordem jurídica são insumos fundamentais para avaliar e propor "inovações constitucionais" (Amato, 2018).

Essas inovações precisam se atentar, de um lado, para a diretriz da desintegração ou do desentrincheiramento, responsiva à alta concentração e conversibilidade de recursos que caracteriza nosso sincretismo estrutural. Isso significa valorizar formatações institucionais que alterem a predistribuição de recursos (poder, dinheiro, conhecimento) e abram as estruturas sociais à crítica e à revisão, em vez de reforçarem seu fechamento e opacidade. Interessam instituições ao mesmo tempo "desintegradoras" e "diferenciadoras", que reforcem a complexidade e a contingência, expandindo acesso a recursos sem deixarem de ser funcionalmente eficientes e especializadas.

De outro lado, é preciso responder ao problema da baixa institucionalização, do abismo entre instituições formais e informais, que se reflete na assimetria entre minorias organizadas (um corporativismo que promove uma "caça às rendas" rondando as brechas do poder e do Direito) e a maioria desorganizada e inorgânica (sujeita a clientelismo e opressões públicas e privadas). Esse déficit de institucionalização, como vimos, reflete-se em pelo menos três fenômenos constitucionalmente relevantes:

(i) a "parainstitucionalização", que pode ser entendida como o desenvolvimento de instituições informais que parasitam o funcionamento de instituições formais, enraizando tendências

"oligárquicas" e "hegemônicas" e as afastando da "poliarquia" (se quisermos aplicar os termos de Dahl, 1971);

(ii) o "sincretismo metodológico", que pode consistir no mero transplante acrítico de ideias e práticas interpretativas mais ou menos "fora do lugar";

(iii) as crises de desinstitucionalização, que manifestam uma instabilidade recorrente, visível em sucessivos "momentos constituintes", marcados por uma reversão e um desalinhamento de expectativas (ver o capítulo 12 deste livro para uma ilustração).

Em resposta ao problema da baixa institucionalização, portanto, seriam necessárias instituições que rotinizassem a transformação, sem depender de crises; que abrissem margens para a "hibridização" criativa de ideias, em vez da mera cópia acrítica; e que institucionalizassem ou internalizassem nas instituições formais abertura ao dissenso e à corrigibilidade. A diretriz é facilitar a participação e a contestação institucionalizadas, em lugar tanto do protesto inócuo quanto dos poderes oligárquicos ou hegemônicos. Assim, é crucial também diminuir a distância entre as instituições formais e as instituições informais, endogeneizando o impulso criativo "extraoficial" sem sancionar suas desigualdades e hierarquias. Em vez de simplesmente celebrar o "espontâneo", o "informal" e o "extraoficial" (o "Direito alternativo", o costume, o pluralismo jurídico e as ordens "não estatais") — do qual se nutrem as formas "parainstitucionais" que surgem à sombra do exercício dos poderes "oficiais" —, é preciso institucionalizar a experimentação, garantindo nas próprias instituições constitucionais margens para a variação (assim como garantias de isonomia, participação, publicidade etc.) nas formas de organização do poder, da economia, da cultura etc. (Unger, 2004 [1996], p. 220-223; 2017c [2014], p. 66-67). Assim se instrumentalizaria positivamente a tendência à informalidade — à criação de arranjos "parainstitucionais" que driblam a rigidez jurídica e burocrática da organização estatal —, institucionalizando-os com flexibilidade e isonomia, contra a modelagem predatória, parasitária e excludente que os sub e sobreincluídos "espontânea" e "extrainstitucionalmente" desenvolvem ao se

desviarem das instituições formais (muitas vezes na própria operacionalização dessas mesmas instituições).

Nessa linha, em vez do lugar-comum da identificação de particularidades institucionais (muitas vezes chamadas, pejorativamente, de "jabuticabas", de forma subserviente aos "paradigmas" estrangeiros, supostamente melhores), podemos adotar o sincretismo, em sua ambivalência, como ponto de partida para a crítica e a imaginação. Toda experiência social real é sincrética — uma combinação de diferentes elementos estruturais, institucionais, culturais. Assim, o sincretismo não é uma singularidade brasileira (ou latino-americana, ou do "sul global", ou da "periferia do capitalismo"). Mas o sincretismo brasileiro, assim como cada qual analisado em seu contexto e escala, com lentes de aumento, tem suas singularidades e sua dependência da trajetória.

O sincretismo como problema, como "ideia fora do lugar", é um sintoma da fricção entre uma cultura alienada e elitista (determinada pela alta integração sistêmica e indiferenciação funcional) e as condições mais abrangentes de reprodução das instituições e ideias, que se tornam excludentes e sem sentido para a maioria (Schwarz, 1987). O sincretismo puramente eclético serve de falso verniz de modernidade, cosmopolitismo e liberalismo sobre práticas obsoletas, provincianas e autoritárias, dando-lhes precária sobrevida.

"O Brasil mói os sistemas não só porque nele o sincretismo parece ser sempre ao mesmo tempo problema e solução, mas também porque ele transborda de vida", diz Unger (2018, p. 14). O sincretismo como solução é a via da permanente renovação, fecundação e catalisação das práticas, ideias, rotinas e estruturas. A solução sincrética positiva permite reforçar a inclusividade, a desintegração e a corrigibilidade das instituições. Produz soluções originais pela combinação de diferentes inspirações e as soluções encontradas são tanto adequadas a seu contexto mais imediato quanto exportáveis e reproduzíveis. Desarmam os vícios da estrutura social e rotinizam sua transformação, em vez de represarem os problemas, acumulando-os até situações de crise e ruptura.

A falta de uma tradição dominante, do peso da memória ou do apego a um "caráter" original e autêntico tanto podem ser um limitador cultural — por

não permitir a continuidade de esforços de construção intelectual e institucional, substituídos pela importação periódica e truncada de modismos — quanto um incentivo à criatividade, pela mistura entre o tradicional e o moderno, o nacional e o estrangeiro, o urbano e o rural, o *civil law* e o *common law*.

Assim, para analisar criticamente as diferentes manifestações do sincretismo, é preciso perguntar: em que medida dada "alquimia" sincrética de estruturas, instituições e ideias reforça vícios e assimetrias estruturais do país (retroalimentações positivas, reiteradas e entrincheiradas de inclusões e exclusões, privilégios e vulnerabilidades) ou constrói práticas e discursos capazes de desarmar tais dinâmicas circulares cumulativas? Quando o sincretismo é uma solução criativa, adequada e eficaz e quando é uma cópia autofágica, superficial e disfuncional? Quando é liberalizante e quando é liberticida?

Referências

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão:** raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALONSO, Ângela. **Ideias em movimento:** a geração 1870 na crise do Brasil Império. São Paulo: Paz e Terra, 2002

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações Constitucionais:** Direitos e poderes. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

AMATO, Lucas Fucci. Victor Nunes Leal e a sociologia do constitucionalismo brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-26, 2019.

AMATO, Lucas Fucci. Diferenciación funcional, del concepto al contexto empírico: escalas sistémicas, niveles estructurales y sincretismo entre formas de diferenciación social. **MAD - Revista del Magíster en Análisis Sistémico aplicado a la Sociedad**, v. 48, p. 15-38, 2023.

AMATO, Lucas Fucci. The legacy of Luhmann's sociology of law: a trialogue among social theory, jurisprudence and empirical research. **Oñati Socio-Legal Series**, v. 14, 2024a.

AMATO, Lucas Fucci. 1824 e o sincretismo constitucional brasileiro: estrutura social, ideias e instituições. *In:* LEAL, Saul Tourinho; SERAINE NETO, Wilson (orgs.). **Constituição política do Império do Brasil:** 200 anos do constitucionalismo no Brasil. 2024b.

AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de Poderes:** o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada. Texto ainda não publicado. 2024.

ARANTES, Rogério Bastos. STF e Constituição *policy-oriented*. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, v. 1, n. 1, p. 299-342, 2021.

ARAÚJO, Tiago Medeiros. **Raízes de institucionalidade:** uma tipologia filosófica e uma contribuição teórica. 2020. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e "engenharia social judicial". **Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, 2022.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. **Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 49, p. 57-77, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-738.

BORGES DE MEDEIROS, Antônio Augusto. **O poder moderador na República presidencial.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [1933].

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BOSI, Alfredo. O positivismo no Brasil: uma ideologia de longa duração. *In:* PERRONE-MOISÉS, Leyla (org.). **Do positivismo à desconstrução:** ideias francesas no Brasil. São Paulo: Edusp, 2004. p. 156-181.

BRIXIUS, Leandro José. ***O Poder Moderador na República Presidencial:*** uma análise sobre seu significado na trajetória política de Borges de Medeiros. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2023.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Integration and Disintegration: Protest, Social Movements and Legal Interpretation. *In:* CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). **Luhmann and Socio-Legal Research:** an empirical agenda for social systems theory. Abingdon: Routledge, 2021. p. 188-222.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos [Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939 - Código de Processo Civil].** Rio de janeiro, 24 de julho de 1939. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc Acesso em 24 jul. 2024.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001 [1940].

CAMPOS, Roberto de Oliveira. A opção política brasileira. *In:* SIMONSEN, Mario Henrique; CAMPOS, Roberto de Oliveira. **A nova economia brasileira.** 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1979 [1974]. p. 223-257.

CAMPOS SALES, Manuel Ferraz de. **Da propaganda à presidência.** Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983 [1908].

CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Vianna. *In:* MORAES, João Quartim de; BASTOS, Élide Rugai (orgs.). **O pensamento de Oliveira Vianna.** Campinas: Editora da Unicamp, 1993. 13-42.

CARVALHO, José Murilo de. **Forças Armadas e Política no Brasil.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **O pecado original da república:** debates, personagens e eventos para compreender o Brasil. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2017.

CARVALHO FRANCO, Maria Sylvia de. **Homens livres da ordem escravocrata.** 4. ed. São Paulo: Editora da UNESP, 1997 [1969].

CASTRO, Felipe Araújo. **Campo jurídico e conservação da ordem.** Belo Horizonte: Dialética, 2023.

COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 37, p. 1-28, 2022.

COUTO E SILVA, Golbery do. **Conjuntura Política Nacional O Poder Executivo & Geopolítica do Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1981.

DAHL, Robert A. **A Preface to Democratic Theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2006 [1956].

DAHL, Robert A. **Polyarchy:** participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

DAHL, Robert A. **Who governs?** Democracy and power in an American city. 2. ed. New Haven, London: Yale University Press, 2005 [1961].

DAHL, Robert A. **On Democracy.** New Haven, London: Yale University Press, 2020 [1998].

DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política nacional:** contribuição à sociologia política brasileira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

DWORKIN, Ronald. On gaps in the law. *In:* MACCORMICK, Neil; AMSELEK (eds.). **Controversies about the law's ontology.** Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991. p. 84-90.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2021 [1958].

FARRAND, Max. **A criação da Constituição:** a Convenção da Philadelphia de 1787 e a formação dos Estados Unidos. Tradução de Bruno Santos Cunha e Lucas Pieczarcka Guedes Pinto. São Paulo: Contracorrente, 2023 [1913].

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituinte.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. *In:* FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2021a. p. 11-21.

FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. **Journal of Democracy em português**, v. 10, n. 2, p. 1-20, 2021b.

FARIA, José Eduardo. **Direito, autoritarismo e mudança socioeconômica.** São Paulo: Andrago, 2023 [1981].

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no Direito constitucional brasileiro.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GUANABARA, Alcindo. **A Presidência Campos Salles:** Política e Finanças, 1898-1902. Brasília: Livraria do Senado Federal, 2002 [1902].

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. Tradução de Vera Barkow. *In:* KELSEN, Hans. **A democracia.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a [1929]. p. 23-107.

KELSEN, Hans. On the borders between legal and sociological method. *In:* JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). **Weimar:** a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2000b [1911]. p. 57-63.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960].

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito:** introdução à problemática jurídico-científica. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021 [1934].

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 [1948].

LESSA, Renato. **A invenção republicana:** Campos Sales, as bases e a decadência da primeira república brasileira. 3 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2015 [1988].

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. A supreendente resiliência da democracia. **Journal of Democracy em português**, v. 13, n. 1, p. 7-31, 2024.

LINS, Ivan Monteiro de Barros. **História do Positivismo no Brasil.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

LOTHIAN, Tamara. The political consequences of labor law regimes: the contractualist and corporatist models compared. **Cardozo Law Review**, v. 7, n. 4, p. 1001-1073, 1986.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society II.** Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia:** história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930). São Paulo: Alameda, 2014.

LYNCH, Christian Edward Cyril; PEREIRA, Wingler Alves. Capas pretas, um arsenal de livros, a Constituição: panorama histórico da autoridade do Supremo (1891-1988). **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 270-298, 2024.

MACHADO, Luiz Felipe Mata. **Julgar a lei, administrar o Estado:** uma outra história do controle abstrato de constitucionalidade. Londrina: Thoth, 2024.

MANOILESCU, Mihail. **O século do corporativismo:** doutrina do corporativismo integral e puro. Tradução de Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938 [1934].

MATTOS, Hebe. A vida política. *In:* SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.). **A abertura para o mundo, 1889-1930.** São Paulo: Objetiva, Fundación Mapfre, 2012. p. 85–131.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Francisco Campos, Carl Schmitt e a atuação do Estado na economia.** 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

MOSCA, Gaetano. **The ruling class.** Tradução de Hannah D. Kahn. New York: McGraw-Hill, 1939 [1896].

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1992].

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 [2011].

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In:* NEVES, Marcelo. **A cidadania inexistente.** Organização de Edvaldo Moita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022a [1992]. p. 1-39.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de

poder. *In:* NEVES, Marcelo. **A cidadania inexistente.** Organização de Edvaldo Moita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022b [1995]. p. 41-64.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. **Transições do regime autoritário:** primeiras conclusões. Tradução de Adail U. Sobral. São Paulo: Vértice, Revista dos Tribunais, 1988.

OLIVEIRA, Luciano. Direito, sociologia jurídica, sociologismo: notas de uma discussão. **Estudos Universitários**, v. 21, n. 4, p. 27-46, 2003 [1984].

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **O idealismo da constituição.** Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Instituições Políticas Brasileiras.** Brasília: Livraria do Senado Federal, 1999 [1949].

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Populações meridionais do Brasil.** Brasília: Livraria do Senado Federal, 2005 [1918].

PEREIRA, Wingler Alves. O dilema do pensamento constitucional brasileiro: *tupi or not tupi*. **Direito & Práxis**, v. 9, n. 1, p. 297-322, 2018.

PERISSINOTTO, Renato Monseff; MASSIMO, Lucas; COSTA, Luiz Domingos. Oligarquia competitiva e profissionalização política: o caso dos senadores brasileiros na primeira república (1889-1934). **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 60, n. 1, p. 79-110, 2017.

PINTO, Francisco Rogério Madeira. A Constituição castilhista de 1891 e a fundação do constitucionalismo autoritário republicano. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 118, p. 245-292, 2019.

PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 275, p. 125-154, 2017.

PRADO JR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo:** colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2011 [1942].

RÉ, Flávia Maria. **Ideias em ação:** liberalismo e reforma no pensamento político de Rui Barbosa. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

REALE, Miguel. Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 20, n. 77, p. 57-68, 1983.

RESENDE, Vinícius Naguti. **Entre o corporativo e o institucional:** retrato da magistratura brasileira após a Constituição de 1988. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento? Contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 219, p. 103-132, 2018.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti; AMATO, Lucas Fucci. Os princípios, os fins e os meios: políticas públicas e interpretação do Direito pela Administração. **Revista Direito e Humanidades (UEPB)**, v. 1, n. 1, 2024.

RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Gabriela Nunes. Estado e sociedade em Oliveira Vianna e Raymundo Faoro. **Caderno Centro de Estudos Pesquisas e Humanidades**, v. 18, n. 44, p. 223–227, 2005.

ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora:** genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945). Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021.

ROSENFIELD, Luis. Oliveira Vianna, teórico do Direito e da constituição. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, v. 184, n. 493, p. 144-163, 2023.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. **Teoria constitucional antiliberal no Brasil:** positivismo, corporativismo e cesarismo na formação do Estado Novo. 2006. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados - Revista de Ciência Sociais**, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System of the modern Roman law.** Tradução de William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867 [1840]. vol. 1.

SCHMITT, Carl. **The Crisis of Parliamentary Democracy.** Tradução de Ellen Kennedy. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985 [1923].

SCHMITT, Carl. State ethics and the pluralist state. *In:* JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. **Weimar:** a jurisprudence of crisis. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2000 [1930]. p. 300-312.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory.** Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008 [1928].

SCHMITTER, Philippe C. **Interest conflict and political change in Brazil.** Stanford: Stanford University Press, 1971.

SCHMITTER, Philippe C. Still the century of corporatism? **Review of Politics**, v. 36, n. 1, p. 85-131, 1974.

SCHWARZ, Roberto. Nacional por subtração. *In:* SCHWARZ, Roberto. **Que horas são?** Ensaios. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 29-48.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO PARANÁ. **Incineração das Bandeiras por Getúlio Vargas - 1937 - Disciplina - História**. Secretaria da Educação do Paraná. Disponível em: http://www.historia.seed.pr.gov.br/modules/video/showVideo.php?video=5567 . Acesso em: 5 ago. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; SIQUEIRA, Mayara de Carvalho. Pontes de Miranda, a Jurist between Two Dictatorships (1937-1979). **Forum Historiae Iuris**, 24 jul. 2024. Disponível em: https://forhistiur.net/media/pdf/2024-07-silveira-siqueira-de-carvalho-siqueira.pdf . Acesso em 31 jul. 2024.

TAVARES BASTOS, Aureliano Cândido. **A Província.** 3. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1975 [1870].

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Uma "biografia" do plebiscitarismo: a ascensão de Bolsonaro e suas consequências políticas. *In:* TEIXEIRA, Carlos Sávio; MONTEIRO, Geraldo Tadeu (orgs.). **Bolsonarismo:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Gramma, 2020, p. 309-329.

TORRES, Alberto. **A organização nacional:** primeira parte: a Constituição. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938 [1914].

TUCCI, José Rogério Cruz e. Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência. **Migalhas**, 4 maio 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/365117/evolucao-do-processo-civil-brasileiro-nos-200-anos-de-independencia . Acesso em: 05 ago. 2024. 2022.

TV CULTURA. Oscar Niemeyer. 12 jul. 1997. **Memória Roda Vida.** Disponível em: https://rodaviva.fapesp.br/materia_busca/8/niemeyer/entrevistados/oscar_niemeyer_1997.htm . Acesso em 31 jul. 2024.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via:** presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001a.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política:** os textos centrais. Tradução de Paulo César Castanheira. Chapecó: Argos; São Paulo: Boitempo, 2001b [1987].

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 257, p. 57-72, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. Parte II: O Movimento de Estudos Críticos do Direito. *In:* UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito:** outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a [1982]. p. 95-219.

UNGER, Roberto Mangabeira. A história universal do pensamento jurídico. Tradução de Thalia Cerqueira. *In:* UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito:** outro tempo, tarefa maior. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017c [2013]. p. 221-282.

UNGER, Roberto Mangabeira. Parte I: Outro tempo, tarefa maior. *In:* UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito:** outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017c [2014]. p. 25-94.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental:** repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Introdução. Problemas de Direito Corporativo, de Oliveira Vianna. *In:* OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. **Problemas de Direito Corporativo.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. p. 11-22.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil:** o processo judicial no pós-1988. 2006. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VISCONDE DO URUGUAI (Paulino José Soares de Sousa). **Ensaio sobre o Direito administrativo.** Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. Tomo II.

WERNECK SODRÉ, Nelson. **História militar do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Expressão popular, 2010 [1965].

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WILKINSON, John; REYDON, Bastiann; DI SABBATO, Alberto. Concentration and foreign ownership of land in Brazil in the context of global land grabbing. **Canadian Journal of Development Studies**, v. 33, n. 4, p. 417-438, 2012.

3. Escravidão no Direito: a "liberdade" dos tribunais no Brasil Império

Felipe Rodrigues Monteiro[34]

Introdução

A Constituição de 1824 representou um marco importante na organização do Estado brasileiro, estabelecendo a independência do Judiciário como um dos seus princípios fundamentais. No entanto, a realidade prática da época revelava uma complexa interseção de Poderes que, muitas vezes, comprometia essa determinação. A presença do Poder Moderador e as prerrogativas do Executivo, especialmente na nomeação e remoção de juízes, ilustram como a independência judicial estava sujeita a interferências significativas. Além disso, a legislação da época permitia que magistrados acumulassem funções e cargos políticos, o que fortalecia a conexão entre o direito e a política, evidenciando a fragilidade da separação de Poderes.

A lenta evolução das normas e práticas judiciais ao longo do século XIX, que culminavam no gradual distanciamento do Judiciário em relação aos outros Poderes, reflete a paulatina construção de uma magistratura mais autônoma. Desse modo, para compreender a autonomia decisória dos tribunais brasileiros durante o Império, um ponto de análise crucial é a relação entre a magistratura e a escravidão, um dos temas mais polêmicos da época, e mais sensíveis politicamente falando. A análise das ações judiciais envolvendo escravos revela pontos significativos sobre a "liberdade" dos tribunais.

Estudos registram que leis antigas começaram a ser reinterpretadas para conceder liberdade a escravos, demonstrando a capacidade dos juízes de adaptar legislações a novos contextos. A partir de 1860, escravos começaram a ser

[34] Bacharel e Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

tratados como verdadeiros autores e réus nos tribunais, refletindo um reconhecimento crescente de sua capacidade jurídica.

Apesar dessa crescente autonomia decisória do Judiciário, mesmo diante de um tema politicamente delicado, a concessão de liberdade não era uniforme em todo o território brasileiro. Análises indicam que as instâncias superiores do Judiciário tendiam a ser mais favoráveis aos escravos, enquanto as primeiras instâncias eram mais rigorosas, além do fato de que havia maior probabilidade de sucesso nas ações de liberdade nos centros urbanos, em detrimento das zonas rurais.

Esses exemplos ilustram que, embora o Judiciário imperial operasse sob restrições e influências externas, houve durante o século XIX avanços significativos na autonomia e na capacidade interpretativa dos magistrados, especialmente em questões sensíveis como a escravidão. Essa evolução gradual reflete a complexidade do sistema judicial do período e a crescente independência do direito. Tal conexão entre independência judicial e escravidão é o tema tratado neste capítulo como eixo de análise do ciclo constitucional de 1824.

1. A Constituição de 1824 e a (in)dependência do Poder Judiciário

As fontes primárias, que são os documentos produzidos por contemporâneos de determinado período, são as principais ferramentas de pesquisa historiográfica. Testemunhas oculares, debates parlamentares, documentos administrativos diversos, por exemplo, desempenham um papel fundamental na pesquisa histórica. Certamente a escolha das fontes pode trazer resultados distintos na pesquisa, e é por isso que, quanto maior a quantidade e variação daquelas, maior a possibilidade de se compreender o objeto analisado.

Se é verdade que uma análise fria da produção legislativa não conseguiria explicar toda a profundidade do direito, ignorá-la seria ainda mais problemático. Assim é que, a partir da Constituição de 1824 (Brasil, 1824), outorgada por D. Pedro I com seu Conselho de Estado após a dissolução da Assembleia

Constituinte de 1823, é possível verificar a independência expressa do Judiciário, enunciada pelos artigos 9.º, 10, 151, 155 e 179, §12, como se lê abaixo:

> Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.
>
> Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.
>
> Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.
>
> Art. 155. Só por Sentença poderão estes Juízes perder o Logar.
>
> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
> XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

Em que pese os dispositivos serem em certa medida claros, outros fatores somavam-se à equação, colocando em questionamento a autonomia dos magistrados. Por exemplo, é comum na literatura das ciências sociais citar as prerrogativas da Coroa como mecanismos que barravam a atuação do Judiciário; isso porque, na mesma pessoa do Imperador, encontravam-se dois Poderes: o Executivo e o Moderador. Quanto ao primeiro, cujas funções eram basicamente exercidas pelos Ministros de Estado (e, sobre a temática em questão, realizadas pelo Ministério da Justiça[35]), cabia a nomeação e a remoção de juízes:

> Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes attribuições:
> III. Nomear Magistrados.
>
> Art. 153. Os Juízes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

[35] Na verdade, o nome oficial do órgão à época do Império era "Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça", visto que os Ministérios eram referidos como "Secretarias". Sua extinção ocorreu com o Decreto de 30 de outubro de 1891. Para mais detalhes sobre a referida organização, conferir Sá Netto (2011).

Tendo em vista que apenas por sentença poderiam os magistrados "perder o Logar" (de acordo com o art. 9.º da Constituição), isto é, perder o cargo, a remoção foi frequentemente indicada como uma alternativa à manipulação da magistratura (Flory, 2015, p. 184). Em um país de extensões continentais, com pouquíssimos centros urbanos, não seria difícil imaginar as razões pelas quais um juiz temeria ser transferido para uma comarca longínqua, até porque, naquele período, ao contrário dos dias atuais, os magistrados recebiam emolumentos, isto é, uma parcela das custas por cada movimentação processual, cuja soma era maior nos agitados centros urbanos.

Apenas a partir da década de 50 dos oitocentos, com a regulamentação exigida pelo art. 153 da Constituição (Decretos n.º 559, de 28 de junho e 687, de 26 de julho de 1850), é que tais prerrogativas passam a ser mitigadas, visto que os juízes passariam a ter o direito de solicitar transferências de comarca ou de serem removidos em estritas hipóteses legais (Lopes, 2017, p. 122).

> **Decretos n.º 559, de 28 de junho de 1850.**
> Art. 2º Os Juízes não poderão ser removidos, sem requerimento seu, para Comarca de classe anterior; e na mesma classe, senão nos casos seguintes:
> § 1º Se tiver apparecido rebellião, guerra civil ou estrangeira, ou mesmo sedição ou insurreição dentro da Provincia, ou conspiração dentro da Comarca.
> § 2º Se o Presidente da Provincia representar sobre a necessidade da sua remoção, com especificadas razões de utilidade publica. Neste caso será ouvido o Conselho d'Estado, precedendo audiencia do Magistrado, sempre que della não resultar inconveniente; dando-se em todo o caso; ao Juiz removido conhecimento das razões da remoção.

No entanto, não se extinguiu a possibilidade de perseguição, tendo ocorrido casos de aposentadorias compulsórias, no lugar da impossibilidade da remoção (Lopes, 2009, p. 71). Ainda outras funções eram realizadas pelo referido Ministério, porém, não constavam na Constituição: é o caso das alterações na estrutura funcional do Judiciário. Segundo José Reinaldo Lima Lopes (2010, p. 117): "Os juízes gozavam de garantias constitucionais, mas sua administração, ingresso na carreira e vida funcional estavam totalmente nas mãos do Executivo

(Ministro da Justiça e Imperador)", um arranjo não exclusivo do Brasil, mas também encontrado na França e nos Estados Unidos à época.

De fato, numerosos eram os casos de acúmulo de funções (mesmo com relação a outros Poderes), por vezes ocorrendo conflitos de jurisdição, visto que os empregos públicos não requisitavam dedicação exclusiva[36]. Outro ponto a ser destacado era a permissão para os magistrados exercer cargos políticos, os quais não eram incompatíveis com o exercício da magistratura. A situação era tão séria que, no início do Império, havia um problema grave de escassez de magistrados que, entre outros motivos, resultava do fato de muitos juízes estarem atuando nos parlamentos[37].

Não era difícil entender essa relação entre política e direito, tendo em vista o fato de que ser bacharel em direito (à época chamado de *letrado*) evidenciava o contraste do país, cujo analfabetismo era a regra[38]. Sendo a nomeação dos juízes de direito vinculada ao governo, certamente abria a eles caminhos para a vida política[39].

---

[36] Por isso que Andrei Koerner (2010, p. 35) declara que "[...] a atividade dos magistrados não era nem exclusiva nem predominantemente judicial". De acordo com Thomas Flory (2015, p. 161): "Em muitos casos, sem dúvida, os prefeitos e os magistrados paroquiais eram as mesmas pessoas." No início do século XIX, as incompatibilidades (quando existiam), eram as mínimas possíveis. Poucas restrições havia na primeira metade dos oitocentos. Por exemplo, no exercício da função política, "[...] o magistrado ficava afastado de suas funções enquanto durasse a sessão legislativa, nada mais" (Lopes, 2017, p. 144).

[37] "O governo central ficava sem representantes nas localidades e os postos judiciais, sem os seus titulares. [...] Os juízes de direito eram substituídos pelos juízes municipais, o que trazia uma dupla consequência negativa, pois de todo o modo permanecia a incerteza quanto ao julgador e, enquanto exerciam a substituição, os juízes municipais seriam, por sua vez, substituídos por juízes de paz." (Koerner, 2010, p. 75). Entretanto, o autor também acredita que "[...] o absenteísmo resultava não só do exercício de outros cargos, mas também, do mecanismo das remoções." (Koerner, 2010, p. 111). De acordo com Flory (2015, p. 40), muitos casos foram arquivados na ausência de magistrados suficientes e não era incomum que juízes se vissem obrigados a exercer simultaneamente cargos em varas distintas, visto que o Ministério da Justiça evitava impor mais responsabilidade aos juízes, já devido à escassez e consequente morosidade.

[38] Ver dados da época sobre analfabetismo em Carvalho (2022, p. 79). Koerner (2010, p. 45) observa: "A carreira política dos jovens bacharéis em direito frequentemente iniciava no cargo de juiz municipal. [...] Para os bacharéis cujas famílias não possuíam influência suficiente para ingressá-los diretamente na política, a magistratura era uma alternativa para o início da carreira." Também de acordo com Flory (2015, p. 191): "A posição privilegiada que os juízes ocupavam como beneficiários do apoio das elites locais e do governo central, por exemplo, tornava-os quase imbatíveis se decidissem concorrer a cargos públicos".

[39] "Bem conhecido no local, mais ou menos bem quisto, tendo sido indicado pelo Imperador por meio de alguém – um presidente de província, um deputado, um ministro – que lhe lembrava o nome na Corte, o juiz era percebido com uma espécie de candidato natural para cargos de

Por outro lado, no que tange ao exercício do Poder Moderador, o Imperador ouvia os seus Conselheiros de Estado e, desse modo, figuravam entre suas funções a suspensão, o perdão e a moderação das sentenças judiciais:

> Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:
> VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
> VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.
>
> Art. 154. O Imperador poderá suspende-los por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juízes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.

A prerrogativa de perdão e moderação de penas foi "[...] usada pelo poder moderador frequentemente para suspender penas de morte e outras, principalmente quando havia dúvidas sobre o procedimento da justiça local [...]" (Lopes, 2020, p. 481). Já a suspensão era uma possibilidade muito mais gravosa[40], relacionada a algum crime de responsabilidade previsto no Código Criminal de 1830.

Aliás, constituía-se em crime de prevaricação, segundo o art. 129, § 6.º, do referido Código, a recusa ou demora no exercício das funções dos empregados públicos (dentre os quais se enquadravam os magistrados). Não obstante, o mesmo crime também poderia ocorrer, segundo o §1.º, caso os empregados públicos julgassem ou procedessem contra a literal disposição da lei (cabendo, portanto, ao Judiciário e ao Executivo a "interpretação doutrinária" ou "especial" ou, ainda "concreta", em oposição à ampla "interpretação autêntica", típica do Poder Legislativo, como aponta Lopes, 2010, p. 189).

O crime demonstrava a visão formalista, característica do século XIX, segundo o qual a lei era entendida como completa, sendo necessário ao

responsabilidade. A carreira era, portanto, facilmente politizada e politizável." (Lopes, 2009, p. 59).

[40] "Exigia-se, portanto, que o Presidente da província distinguisse adequadamente entre um caso de remoção por conveniência, respeitadas as condições impostas pela lei, e os casos de suspensão, nos quais seu dever era dar início à queixa crime perante a Assembleia provincial. Essa série de questões não chegava propriamente ao Judiciário." (Lopes, 2009, p. 71).

magistrado apenas aplicá-la[41]. Interpretações fora dos termos da lei, seja para menos ("interpretação restritiva"), seja para mais ("interpretação extensiva") eram proibidas pelo Alvará de 4 de dezembro de 1769. Essa visão tenderá a mudar apenas nos fins do século XIX, quando a menção a princípios constitucionais passa, aos poucos, a tornar-se um método na interpretação das leis (Lopes, 2010, p. 2-3, 8).

No entanto, na prática, surgiu um costume de suspender os casos e consultar o Governo sobre a interpretação cabível. Desse modo, muitas dúvidas sobre a aplicação "subiam" até chegar ao Conselho de Estado, que "reiteradamente respondia que os juízes e tribunais eram independentes e não havia mais a instituição da consulta. Eram chamadas de abusivas essas dúvidas levantadas" (Lopes, 2020, p. 489). A celeuma foi tão grande que resultou em um Aviso Circular, n.º 70 de 07 de fevereiro de 1856, que estabeleceu certas restrições aos Presidentes de Província para encaminharem as dúvidas dos magistrados[42]. A inércia de tais magistrados levou a casos inclusive de remoção, suspensão e aposentadoria compulsória (Lopes, 2009, p. 52).

Somente em 1875, com o Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, e com o Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876, é que o Supremo Tribunal de Justiça[43] passaria a deter a prerrogativa de definir a interpretação correta da lei, em última instância, autorizando a interpretação em casos de dúvidas na execução de leis civis, comerciais e criminais causadas por julgamentos divergentes daquele tribunal, das relações ou de juízes (art. 2.º de ambos Decretos). Entretanto, até o fim do Império a Corte não utilizou essa prerrogativa[44].

---

[41] "Os juízes estavam encarregados de aplicar a lei, é certo, mas podiam ser responsabilizados pela sua não aplicação, pois como todos os empregados públicos, eram considerados responsáveis pelos erros e abusos cometidos no exercício de suas funções, pelo menos por parte da doutrina" (Lopes, 2010, p. 189-190).

[42] E, em 11 de fevereiro de 1882 outro aviso semelhante também seria emitido aos Presidentes de Província (Lopes, 2009, p. 52).

[43] Pelos quais "[...] só poderiam ser revogadas ou modificadas pelo Poder Legislativo ou por outro Decreto, o que não era feito sem antes ouvir o Conselho de Estado." (Obeid, 2023, p. 72).

[44] "Assim, a interpretação da lei continuou sendo feita pelo governo, por meio de avisos e circulares a juízes e tribunais" (Koerner, 2010, p. 65).

A limitação da magistratura, se comparada aos dias atuais, ocorria não apenas em relação à amplitude interpretativa, mas também quanto à matéria. Nesse sentido, o que hoje se compreende como Direito Público estava fora da alçada decisória do Poder Judiciário, pelo menos numa análise que se diria hoje "em abstrato"[45]. Desse modo, sua atuação restringia-se à punição de crimes e à resolução de litígios privados, pelo menos até 1866, quando se abre uma tendência a ampliar a esfera de atuação dos tribunais e, em 1871, com a Lei da Reforma do Judiciário, confirmando a mudança que estava se consolidando (Lopes, 2010, p. 213).

É relevante salientar que, tanto no exercício do Poder Moderador quanto no do Poder Executivo, o Imperador detinha a autoridade final. No entanto, em ambos casos havia procedimentos estabelecidos, o que torna difícil associar a figura de D. Pedro II a um "déspota esclarecido", pois, "apesar de dispor de um poder não controlado, na prática o Moderador, decidindo os casos concretos que lhe subiam via ministro da justiça e Seção de Justiça do Conselho, decidia-os com critérios jurídicos (legais e constitucionais)" (Lopes, 2010, p. 6). Tal comportamento cabe bem à descrição de Nelson Werneck Sodré, segundo a qual D. Pedro II "foi, sempre, um neutro"[46].

Por exemplo, de acordo com estudos conduzidos por José Reinaldo de Lima Lopes (2020, p. 485), D. Pedro II, na maior parte das vezes, seguia as recomendações do Conselho de Estado, em sua Seção de Justiça[47], opiniões que, ademais, também não eram realizadas ao bel prazer, antes "eram sempre expressas com fundamento em lei ou na Constituição, dando-lhes sabor de verdadeiros julgamentos"; daí se poder entender o Conselho de Estado como um

[45] Questões envolvendo o interesse do Estado e o privado poderiam chegar na forma "difusa" (em um caso concreto) de conflito, e nunca a respeito de uma "coletividade", mas de interesses privados individuais (Lopes, 2009, p. 74). Aliás, o que se entende hoje de um "controle de constitucionalidade" era tarefa da Assembleia Geral que, de acordo com o Ato Adicional de 1834, em seu art. 11, IX, tinha a tarefa de "velar na guarda da Constituição e das leis na sua Província".
[46] "Representava um símbolo de virtudes médias do brasileiro - que não gosta de condenar, que ama os livros, que aprecia a erudição, que não quer fazer mal a ninguém." (Sodré, 1998, p. 328).
[47] Da totalidade dos assuntos que subiam àquela Seção, "o Imperador confirmou 84% das opiniões (741 consultas) da Seção de Justiça expressas por unanimidade ou por maioria." (Lopes, 2010, p. 125).

órgão *sui generis* que, em que pese ser formalmente vinculado ao Poder Moderador (político), circundava as extremidades do Direito.

Ora, o próprio entendimento da magistratura como um Poder independente foi tomando forma aos poucos pelos próprios magistrados. Não é difícil entender o motivo, diante do recente passado colonial[48]. Nesse sentido, é apenas no último suspiro do Brasil Império que o Supremo Tribunal de Justiça passa a se impor perante os demais Poderes, quando, em 6 de fevereiro de 1889, a Corte emitiu uma resposta em forma de protesto contra um Aviso de 17 de dezembro de 1888, que lhe censurava a falta de fundamentação nas concessões de Revista:

> [...] o Supremo Tribunal de Justiça, por si, e como órgão mais elevado do poder judicial, protesta solenemente contra o aviso circular que foi dirigido ao seu Presidente pelo ministro da Justiça, por ser atentatório da soberania e independência do mesmo poder, não reconhecendo superioridade no Executivo, de igual categoria política e com separada esfera de atribuições, para receberem deste outro poder os juízes e tribunais judiciários censuras e ordens sobre o modo por que devem eles exercer as funções de sua exclusiva competência, e com a única inferioridade da hierarquia judicial. (Nequete, 2000, p. 99)

O que se pode concluir até agora é que, de fato, em relação ao período Republicano posterior (e, principalmente, aos dias atuais), o Judiciário detinha uma "configuração tímida" (Continentino, 2017, p. 2525), o que não significava sua dependência, pois, por diversas vezes, o órgão mais elevado do Poder Moderador (o Conselho de Estado) repreendia os magistrados por se esquivarem de decidir. Visto sob esse ângulo, por mais que o Judiciário não tivesse autonomia administrativa, podia decidir "livremente", em que pese isso não significasse um "juízo de conveniência, mas porque o antigo sistema de recorrer ao soberano (rei)

[48] "[...] nem sempre o Judiciário era considerado um poder de Estado, sendo às vezes referido apenas como um departamento ou ramo. Os juízes facilmente percebiam-se como servidores do governo e por algum cargo de magistratura começavam uma carreira pública que não terminava necessariamente dentro da própria magistratura. Essa prática foi muitas vezes rechaçada pelo próprio Conselho de Estado." (Lopes, 2010, p. 132).

para que ele desse a interpretação autêntica da lei já não existia" (Lopes, 2020, p. 488)[49].

2. A escravidão nos Tribunais

Ora, uma forma interessante de analisar empiricamente a autonomia decisória dos Tribunais é observar a relação entre a magistratura e a escravidão, visto que era um dos temas mais polêmicos do Império e que, a partir da segunda metade do século XIX, passou a ser uma fonte de conflitos ainda maior, diante do aumento da pressão abolicionista. As limitações do Poder Judiciário abordadas estão em estreita conexão com o tema da escravidão, visto que, por exemplo, pesquisas relatam a ocorrência de remoções de magistrados favoráveis à causa abolicionista:

> A presença de magistrados favoráveis aos interesses escravistas nas áreas cafeeiras poderia ser analisada como parte das relações estratégicas entre o governo central e os fazendeiros. Para evitar conflitos com estes, o governo colocava nessas áreas magistrados favoráveis aos interesses escravistas, e removia para regiões com menor população escrava aqueles cujas decisões eram favoráveis à liberdade dos escravos. (Koerner, 2010, p. 134)

Keila Grinberg, ao analisar 402 ações envolvendo liberdade escrava que tramitaram na Relação da Corte entre 1808 e 1888, entendeu pela necessidade de destrinchá-las em: (1) "ações de liberdade", pelas quais o escravo buscava ser liberto; (2) "ações de manutenção de liberdade", ajuizadas por libertos que, temendo serem tornados escravos novamente, buscavam salvaguardar seu direito e (3) as "ações de escravização", iniciadas por senhores que pretendiam reaver sua propriedade sobre o escravo que havia sido, de acordo com eles, indevidamente liberto[50].

Das 402 ações, 101 eram "ações de reescravização", classificação criada por ela, que englobaria os dois últimos tipos de ações supracitadas. A autora

[49] "[...] a função de aplicar a lei contenciosamente foi entregue precipuamente ao Poder Judiciário e sua decisão passou a ser exclusiva, vale dizer, os outros ramos do Estado não poderiam mais interferir nela [...]" (Lopes, 2020, p. 481).

[50] Importante salientar que, de acordo com a própria autora, tal divisão fora posterior às suas primeiras pesquisas, que não haviam feito tais considerações (cf. Grinberg, 2006, p. 106).

percebeu que, a partir de 1850, um determinado Alvará de 1682 (cujo §5.º limitava a cinco anos o direito do senhor de reivindicar a propriedade dos seus escravos que haviam fugido para o Quilombo de Palmares) passou a ser citado frequentemente, especialmente porque, em 1862, o Supremo Tribunal de Justiça, com base nessa norma, concedeu um recurso de Revista a uma escrava que já vivia como livre há mais de seis anos (Grinberg, 2003, p. 111), realizando uma interpretação expansiva e "[...] desprezando seu significado original, descontextualizando-o de um evento específico e localizado no tempo, para utilizar as razões expostas na letra da lei, atualizando-as" (Grinberg, 2003, p. 113).

Segundo a autora, o acórdão foi paradigmático, pois o referido Alvará (que estava praticamente esquecido) passou a ser citado em diversas ocasiões, o que demonstra o impacto da jurisprudência do STJ (Grinberg, 2003, p. 111)[51] e, ao mesmo tempo, esclarece como o direito à época já tinha autonomia interpretativa suficiente, mesmo diante de contextos conturbados, pois "não foi à toa que, justamente na década de 1860, os magistrados do Supremo Tribunal de Justiça se tenham lembrado de usar um alvará de 200 anos atrás" (Grinberg, 2003, p. 117).

Outro interessante estudo, dessa vez de Mariana Armond Dias Paes (2019, p. 109), em que foram analisadas 41 ações que tramitaram no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro de 1874 a 1888, chegou à conclusão de que, pelo menos a partir daquele período, "[...] os escravos brasileiros, formalmente, tinham direito de ação", embora houvesse limitações[52]. A partir daquela época, os escravos passavam a progressivamente deter capacidade jurídica: "juízes, advogados,

[51] "Ao que tudo indica, a análise feita por Nequete subestimou os efeitos da jurisprudência criada pelos dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. [...] Como se sabe, o primeiro acórdão foi amplamente divulgado, tendo sido publicado na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros em 1863 e na compilação Jurisprudência dos tribunais, organizada por Manuel da Silva Mafra e publicada em 1868. Os efeitos da divulgação não tardaram: além das já citadas referências a esse alvará encontradas nas ações de manutenção de liberdade, ele apareceu em mais 11 processos da Corte de Apelação do Rio de Janeiro; à exceção de um, ocorrido em 1830, todos são posteriores a 1862." (Grinberg, 2003, p. 116-117).

[52] "Na prática, os mais diversos tipos de procedimento eram utilizados para se discutir o estatuto jurídico de alguém. Mesmo os processos que não tinham, a princípio, a função de discutir o estatuto jurídico de alguém, poderiam ser usados para tal." (Dias Paes, 2019, p. 110).

escrivães e as próprias partes tratavam os libertandos como verdadeiros autores e réus" (Dias Paes, 2019, p. 110)[53].

É certo que há uma grotesca diferença entre ser tratado como autor e réu, ao invés de uma *res* (coisa) semovente (que se move por si mesma), como eram observados os escravos, majoritariamente, ainda na primeira metade dos oitocentos. Ainda assim, não significava que a liberdade fosse amplamente concedida em todo o território brasileiro. Na verdade, para fins sociológicos, é possível traçar uma tendência à concessão de liberdade nas instâncias superiores, em oposição às primeiras instâncias do Judiciário. Keila Grinberg (2003, p. 120), por exemplo, percebe que a possibilidade de vitória dos escravos nas ações de escravidão e manutenção de liberdade eram maiores "pelo menos na Corte de Apelação, Tribunal de Segunda Instância".

Esse também é o ponto de vista de José Reinaldo Lima Lopes (2009, p. 68), para quem "as instâncias locais tendiam a condenar e a tratar mais duramente os escravos do que as instâncias superiores". Por exemplo, com relação à Lei nº 4 de 10 de junho de 1835, que previa a não existência de recurso para o escravo que cometesse determinados delitos contra a vida do seu senhor, o STJ buscava restringir a interpretação, o que possibilitava maior amplitude de casos em que caberia a aplicação recursal prevista no Código de Processo Criminal de 1832, ou seja, os que não resultassem em morte.

No mesmo sentido, segundo o autor, merece destaque uma decisão de 22 de junho de 1867, pela qual o Supremo firmou o entendimento de que o *habeas corpus*, além de poder ser usado por escravos (intermediados por algum cidadão brasileiro), garantiria não apenas a liberdade física, mas também a proteção contra o constrangimento ilegal diante da soltura do paciente. Significava que, pelo menos na seara criminal, "o Supremo tendia mesmo a posições liberalizantes ao resguardar a ordem do juízo" (Lopes, 2009, p. 68-69).

Outro caso que também pode contrariar a "liberdade" do Judiciário quanto ao assunto era o perdão e a moderação de sentenças, visto que foram

[53] "Após o ajuizamento da ação, contar com o auxílio do curador, do depositário ou do Procurador da Coroa na causa poderia ser fundamental para o resultado do pleito." (Dias Paes, 2019, p. 110).

prerrogativas amplamente utilizadas, por exemplo, nos crimes cometidos por escravos, quase sempre atenuados ou completamente perdoados[54].

Para contrabalancear esses resultados, analisa-se agora a Lei Feijó, de 7 de novembro de 1831, que havia declarado livres, com algumas exceções, os escravos introduzidos no país a partir da sua vigência, mas que "era desrespeitada em massa, cotidianamente, com a orientação do governo, e com a anuência dos magistrados" (Koerner, 2010, p. 131). Ora, a partir da década de 1870, também devido ao auxílio de novos arcabouços legislativos (como a Lei do Ventre Livre) e, portanto, de maiores parâmetros interpretativos, marcou-se o início de um movimento de juízes de primeira instância que, a pedido de curadores de órfãos e incapazes, começaram a reinterpretar retrospectivamente a Lei Feijó, passando a libertar escravos pela argumentação de que sua condição era ilegal, devido à sua entrada no país após a promulgação da referida norma (Lopes, 2010, p. 3).

No entanto, via consulta em sessão de 24 de outubro de 1874, o Conselho de Estado, decidindo sobre a finalidade da referida norma, reputava as decisões tomadas como sendo interpretações extensivas, método proibido pelo Alvará de 4 de dezembro de 1769. Segundo José Tomás Nabuco de Araújo (pai do futuro Joaquim Nabuco), cuja opinião seguiu a maioria do Conselho, a Lei de 1831 tratava da apreensão de traficantes, feita para cumprir, domesticamente, um tratado internacional assinado pelo Brasil, e não da consequência indireta da

[54] Vale a leitura do interessante estudo de Pirola (2016), que observou que: "[...] entre março de 1854 e setembro de 1863, identifiquei 106 réus escravos que foram beneficiados por algum tipo de graça imperial. Desse total, apenas 6 (5,6%) deles alcançaram o perdão completo da pena. A grande maioria, 97 (91,5%) foi beneficiada com a comutação da pena de morte em galés perpétuas ou prisão perpétua. Dois réus escravos (1,8%) alcançaram a comutação da pena inicial para a de 20 anos de prisão e 1 (0,9%) deles conseguiu comutar a sentença de primeira instância para seis anos de prisão. [...] Para o período de abril de 1874 até dezembro de 1879, o livro de registro da correspondência do Ministro da Justiça lista 117 réus escravos beneficiados pela graça imperial. Desse total, 13 deles (11,1%) alcançaram o perdão completo da pena. A grande maioria, contudo, continuou sendo contemplada com a comutação da pena de morte em galés ou prisão perpétua, 97 réus (82,9%). Outros 7 (5,9%) escravos conseguiram penas menores que a perpétua (3 deles tiveram a sentença convertida em 20 anos de prisão com trabalho, 2 em 12 anos de prisão com trabalho, 1 em 1 ano de prisão com trabalho e 1 em seis meses de prisão com trabalho). Finalmente, apenas dois escravos, durante todo esse período, não obtiveram clemência alguma do monarca, sendo executados em praça pública" (Pirola, 2016, p. 134-135).

liberdade escrava (que seria um subproduto do tráfico ilegal)[55]. Por outro lado, José Reinaldo de Lima Lopes (2010, p. 291) demonstra que, em outros casos sobre o tema da escravidão, o Conselho de Estado julgava favoravelmente, embora regulando "[...] a conta-gotas a ampliação progressiva dos benefícios da liberdade".

Ora, também é possível identificar maior probabilidade de concessão de liberdade nos centros urbanos do que nas zonas rurais do período[56]. Assim, na Corte, as chances de se conseguir liberdade eram as mais elevadas do país[57]. Nas cidades, mesmo sendo obrigados a darem ao senhor um "jornal" (espécie de diária), os escravos acabavam adquirindo dinheiro extra com mais jornadas de trabalho, vendendo sua força de trabalho a empregadores ou exercendo atividades autônomas, por empréstimo ou com ajuda de terceiros. É provável, portanto, que nos centros urbanos houvesse maior sensibilidade em relação aos senhores cruéis: "Era antiga na Corte a preocupação com os senhores que se excediam nos castigos físicos impostos a seus cativos." (Chalhoub, 2011, p. 250).

Chalhoub (2011, p. 170-171) também demonstra que, na primeira metade do século XIX, um escravo liberto poderia voltar à sua antiga situação com uma simples escritura lavrada. Isso muda no final de 1840, quando "sentenças do tribunal da relação da Corte e do Supremo Tribunal de Justiça mostravam que os magistrados passavam a exigir que a suposta ingratidão do negro fosse

[55] O posicionamento (embora tenha sido favorável à causa escrava em outras decisões) é, no mínimo, curioso, visto que relata os malefícios da campanha abolicionista, o que será feito justamente por seu filho anos mais tarde (cf. Lopes, 2010, p. 178).

[56] "Emília V. da Costa afirma que houve uma crescente penetração da justiça, e orientação crescentemente favorável à abolição nos anos finais da escravidão. Porém, esse processo parece não ter sido homogêneo nas diversas localidades, pois os estudos sobre o movimento abolicionista na região cafeeira relatam também muitos casos de apoio dos magistrados aos proprietários de escravos, desqualificando crimes, censurando informações, reprimindo escravos, perseguindo abolicionistas etc." (Koerner, 2010, p. 134).

[57] "[...] segundo Robert Slenes [*The demography and economics of Brazilian slavery: 1850-1888*, tese de Ph.D, Stanford University, 1976, pp. 495, 501, 504, 542] os negros da cidade do Rio nas últimas décadas da escravidão sempre tiveram uma chance mais do que razoável de conseguir a liberdade: nada menos do que 36,1% da população escrava da matrícula de 1872-3 recebeu a liberdade até a matrícula de 1886-7. Esses 36,1% são impressionantes se considerarmos que a porcentagem de negros alforriados no mesmo período na província de São Paulo foi de 11%, na província do Rio de 7,8%, na província de Minas de 5,6%." (Chalhoub, 2011, p. 198).

sobejamente provada em juízo para que a revogação da alforria tivesse efeito legal".

Assim, a estrutura social da escravidão na segunda metade dos oitocentos certamente continuava condicionando o direito, porém os tribunais já detinham autonomia decisória suficiente para afirmar sua interpretação mesmo em questões delicadas. Obviamente, não se pode comparar o Judiciário brasileiro do século XIX com a sua amplitude dos dias de hoje. Além disso, as análises restringem-se ao campo da escravidão, que nem no seu todo pode ser analisada, visto que as pesquisas de ações judiciais de liberdade escrava estão apenas no começo, mas já são suficientes para jogar um foco de luz sobre o direito imperial brasileiro.

Conclusão

Embora o Judiciário do Brasil Imperial estivesse longe de gozar da autonomia decisória plena que caracteriza o sistema judicial contemporâneo, ele demonstrou uma significativa capacidade de exercício independente ao longo do século XIX. A Constituição de 1824 estabeleceu a independência do Judiciário como princípio fundamental, mas a prática desse princípio foi frequentemente limitada por interferências externas, como o Poder Moderador e a influência política na nomeação e remoção de juízes. Apesar dessas limitações, a lenta evolução das normas e a adaptação das leis aos novos contextos, como evidenciado pelo tratamento dos casos de escravidão, mostram uma crescente capacidade dos tribunais de operar com certa liberdade decisória.

A análise das decisões judiciais revela que, mesmo com a presença de restrições e pressões políticas, o Judiciário imperial conseguiu avançar na sua autonomia e flexibilidade interpretativa, especialmente em questões delicadas e controversas. A diferença na aplicação das leis entre instâncias e regiões (com tendências mais progressistas nos escalões superiores e nas zonas urbanas) demonstra uma evolução gradual em direção a uma maior independência judicial. Assim, é possível afirmar que, embora o Judiciário do Império não tivesse a liberdade decisória plena dos padrões modernos, houve um progresso

notável, durante aquele período, na construção de uma magistratura mais autônoma e eficaz.

Referências

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1824.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem / Teatro das sombras**. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial. **Teatro de Sombras:** a política Imperial. 16 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

CHALHOUB, Sidney. **Visões de liberdade:** uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 4, p. 2521–2543, 2017.

DIAS PAES, Mariana Armond. **Escravidão e direito:** o estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888). São Paulo: Alameda, 2019.

FLORY, Thomas. **Judge and Jury in Imperial Brazil 1808-1871:** Social Control and Political Stability in the New State. Austin: University of Texas Press, 1981.

GRINBERG, Keila. Re-escravização, direitos e justiças no Brasil do século XIX. *In:* LARA, Silvia; MENDONÇA, Joseli (eds.). **Direitos e justiças:** ensaios de história social. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. pp. 101-128.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Supremo Tribunal de Justiça no Império (1840-1871)**. *In:* SLEMIAN, Andréa; LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo (orgs.). O judiciário e o império do Brasil: o Supremo Tribunal de Justiça (1828-1889). **Artigo Direito GV**, n. 35, p. 40-76, 2009.

Disponível em: https://repositorio.fgv.br/items/6a8dc29d-0621-41c3-b694-5bc051f98990. Acesso em: 14 jun. 2024.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos:** Conselho Estado e direito no Brasil oitocentista. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX**. 1.ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Tribunais**. *In*: AIDAR, Bruno; SLEMIAN, Andréa; LOPES, José Reinaldo de Lima (orgs.). **Dicionário histórico de conceitos jurídico-econômicos: (Brasil, séculos XVIII-XIX)**. São Paulo: Alameda, 2020. v. II, p. 471-498.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da Independência:** Império. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. 1 v.

OBEID, Rafael Issa. **Religião e Estado no Brasil:** análise histórico-constitucional. São Paulo: Almedina, 2023.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. Cartas ao Imperador: os pedidos de perdão de réus escravos e a decisão de 17 de outubro de 1872. **Almanack**, v. 13, 130–152, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/alm/a/xXqJRKTBsQNywZLFf4LxqYH#> Acesso em 05 maio 2024.

SÁ NETTO, Rodrigo de. **O Império brasileiro e a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (1821-1891)**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2011. (Publicações históricas; 100) (Cadernos Mapa; n. 2 – Memória da Administração Pública Brasileira). Disponível em: <https://goo.gl/58g7u8>. Acesso em: 10 maio 2024.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Panorama do Segundo Império**. 2 ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998.

4. Leal e Luhmann: considerações sobre a dualidade inclusão/exclusão e a posição sistêmica do Judiciário na Primeira República Brasileira

Raphael Marques de Barros[58]

Introdução

Este capítulo examina a posição sistêmica do Poder Judiciário durante a Primeira República brasileira (1889-1930), através da análise das obras de Victor Nunes Leal e Niklas Luhmann. A partir da crítica de Leal em *Coronelismo, enxada e voto* e da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, o estudo explora como a estrutura judiciária foi influenciada pelas oligarquias locais e pelo coronelismo, resultando em um Judiciário permeado por interesses políticos e partidários. A Constituição de 1891, apesar de inspirada no modelo norte-americano, não conseguiu garantir a independência judicial devido às limitações materiais e institucionais do Brasil da época. Essa situação de nominalismo constitucional, na qual a prática jurídica não corresponde às normas estabelecidas, persistiu e influenciou a organização e o funcionamento do sistema judiciário. A análise também reflete sobre as consequências dessa herança histórica no contexto atual, destacando a exclusão social e a necessidade de uma verdadeira integração constitucional.

Seja por conta das enormes falhas apresentadas pelo modelo constitucional proposto à época ou das influências materiais indevidas que desfrutavam das enormes lacunas e omissões, o período da Primeira República Brasileira, de 1889 a 1930, é fértil para uma análise sociológica constitucional.

[58] Bacharel e Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Truísmos acerca dessas falhas e influências e do peso das mesmas para a manutenção da ingerência das oligarquias dominantes da época sobre o Poder Judiciário dificultam um estudo mais determinado acerca da organização judiciária da Primeira República:

> A despeito do mencionado, contudo, e embora tenha projetado importantes figuras no cenário nacional, como Rui Barbosa, Evaristo da Costa e Pedro Lessa, o Judiciário é dos três Poderes o que aparenta menos ter sido estudado para o período da Primeira República. Esse quadro, em parte, se explica em função de interpretações que tendem a predominar nas análises sobre o período, segundo as quais a justiça e o Judiciário são vistos como uma espécie de prolongamento do poder das oligarquias estaduais. (Pinto; Castro, 2019, p. 40)

Por meio de uma análise da diferenciação sistêmica do Poder Judiciário à época, é possível traçarmos observações que se mantêm até o atual momento. Podemos, por exemplo, apontar o recrudescimento criminal em presídios como um aspecto de falta histórica de diferenciação sistêmica, intensificada, de certa forma, pela atual legislação sobre o porte e tráfico de drogas e execução penal (Lopes; Ladeira, 2023; Rodas, 2017); a falta de capacidade institucional do sistema carcerário na inclusão dos presos em um sistema que garanta sua sobrevivência é a força para a sua inserção de sistemas paralelos, que absorverão estes presos (Luhmann, 2022). Essa falta de uma diferenciação sistêmica concreta, como veremos, não é um fenômeno recente no Brasil.

Em 1948, Victor Nunes Leal, futuro ministro do Supremo Tribunal Federal, publicou sua obra-prima *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. A obra é uma análise dialética da realidade jurídica brasileira da Velha República, sob o regime da Constituição de 1891, contrastando a organização nominal normativa disposta no ordenamento jurídico brasileiro à sua efetividade, com base num exame dos fenômenos materiais que afetam essa eficácia, diversos dos quais permanecem presentes até o Brasil atual. Nesse sentido, é uma peça com mais de três quartos de século que parece tão atual e relevante hoje quanto de seu lançamento: "Ainda hoje se observam, no interior, principalmente nos lugares mais remotos, manifestações

muito visíveis de poder privado, pela influência dos chefes locais e senhores de terras sobre seus dependentes." (Leal, 2021, p. 109).

O presente capítulo pretende revisitar a análise feita por Victor Nunes Leal, em particular a respeito da organização judiciária e policial. A partir da precisa análise de Leal, conjugada à organização do sistema do direto, conforme a teoria dos sistemas sociais proposta por Luhmann, será possível termos um entendimento maior a respeito da situação da diferenciação funcional do sistema do direito durante a Primeira República.

Passaremos inicialmente por uma breve descrição do funcionamento do Judiciário na Primeira República e pelas considerações de Victor Nunes a respeito desse funcionamento. Em seguida, faremos uma comparação sistêmico-teórica sobre as considerações de Leal, abordando questões sobre o funcionamento do sistema social do Direito e das organizações como as que compõem o Judiciário e matérias sobre inclusão e exclusão sistêmica durante a Primeira República.

1. Nunes Leal e o Judiciário Brasileiro durante a Velha República

1.1. Avaliações sobre o estado da República

Primeiramente, algumas considerações acerca do estado da nação brasileira durante os 41 anos de sua primeira experiência republicana. Beira o trivial afirmar a desigualdade econômica e social no Brasil, seja na virada do século XX seja atualmente. Há, porém, elementos característicos marcantes da Primeira República, em particular as enormes discrepâncias de poder entre grandes produtores primários, os grandes proprietários e produtores agrícolas, e o restante da população, motivo para alcunhar-se o período de oligarquia.

Existia no Brasil da Primeira República uma dificuldade da concretização da ideia de cidadania, dificuldade essa que não era alheia aos próprios representantes eleitos, como demonstra o discurso do então deputado Gilberto Amado à Câmara dos Deputados em 1925:

> O povo brasileiro, politicamente considerado, como realidade viva, seria composto das 200 ou 300 mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias, os fazendeiros, os senhores de engenho, de cujo seio saíam os advogados, os médicos, os engenheiros, os altos funcionários,

> os diplomatas, os chefes de empresa, únicas pessoas que sabiam ler, tinham alguma noção positiva do mundo e das coisas e poderiam compreender o que vinha a ser monarquia, república, sistema representativo, direito de voto, governo etc. (Faria, 1979, p. 159).

No mesmo sentido, aponta José Murilo de Carvalho:

> Se entendermos as observações de Couty e Amado como indicação de que não havia no país povo politicamente organizado, opinião pública ativa, eleitorado amplo e esclarecido, podemos concordar com elas e considerá-las fiel descrição do Brasil em 1881 e em 1925. (Carvalho, 2021, p. 65)

Assim, deve-se ter em mente que a população brasileira à época possuía pouco ou nenhum acesso às instituições político-jurídicas descritas abaixo, com uma pequeníssima parcela da população incluída efetivamente nas operações estabelecidas pelos sistemas sociais representados por essas instituições.

Nessa terra de excluídos, a figura política proeminente à época é a do "coronel", um proprietário de terras com condições materiais superiores às dos seus arredores, razão pela qual comanda expressivo poder social e político. Nesse sentido, a situação de extrema miséria e desigualdade sofrida pela população brasileira à época permitia uma influência política desmedida por grandes proprietários rurais locais, que ao mesmo tempo serve em manter a situação de exclusão dessa massa de miseráveis, como incluí-los em suas próprias esferas de poder e em sistemas paralelos de resolução de conflitos e favores. A situação do "coronel" seria, portanto a de um poder paralelo aos sistemas institucionais esperados de uma sociedade com alta diferenciação funcional:

> Dentro da esfera própria de influência, o "coronel" como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. (Leal, 2021, p. 24)

Nesse cenário, figuras políticas proeminentes possuem como base de seu apoio político necessariamente a figura do "coronel", tornando tal situação estática ao pensarmos nos incentivos presentes para a sua manutenção em todas as esferas político-institucionais.

1.2. O Judiciário Brasileiro conforme desenhado pela Constituição de 1891 e considerações de Victor Nunes Leal

Tendo em vista o panorama acima, como se encaixa o Poder Judiciário após a proclamação da Primeira República? Em síntese do que está por vir, afirma Leal:

> Essas debilidades da organização judiciária e policial resultam do isolamento, da pobreza do país, da escassez de suas rendas públicas, da fragilidade humana e, em grande parte, do interesse menos escrupuloso das situações políticas estaduais. É sobretudo esse interesse que determina a entrosagem de juízes, promotores, serventuários da justiça e delegados de polícia no generalizado sistema de compromisso do "coronelismo". (Leal, 2021, p. 109)

A Constituição de 1891 apresentou um sistema dual para o Poder Judiciário, com uma instância federal, cuja competência e organização eram estabelecidas pela própria constituição federal (e pelo Decreto 3.084/1898, mais especificamente), e uma instância estadual, com competência residual e organização pela constituição de cada estado da federação, com uma grande variedade de formas, mas contendo, em essência, tribunais de apelação, juízes de direito, juízes municipais, tribunais do júri e juízes de paz. A soberania federativa, inclusive, se manifestava sobre legislações dos respectivos processos que corressem perante as justiças estaduais.

Dessa forma, afirma Leal (1945, p. 792):

> A República organizou a justiça segundo o modelo norte-americano, cuja influência foi tão marcante na estrutura das nossas novas instituições políticas. De lá importamos o regime presidencial, com uma extensa separação dos poderes, e a forma federativa de organização do Estado.

A Constituição de 1891, não estabelecia garantias a serem aplicadas aos juízes da esfera estadual, de modo que os governos estaduais foram, pelo menos até a reforma constitucional de 1926, livres para limitarem eventuais direitos desses juízes, reduzindo sua independência. De qualquer forma, tais garantias não se aplicavam a juízes temporários eleitos ou nomeados, supostamente para treinamento para a investidura futura, de modo que uma massa de profissionais que substituía juízes vitalícios até mesmo em julgamentos era largamente

desvalida das defesas necessárias para um judiciário efetivamente independente. Tal estratégia organizacional permitira uma estreita ligação entre esses juízes leigos e as correntes políticas estaduais locais, que se utilizavam de diversos meios para subordinar a magistratura (Leal, 2021, p. 104). Leal aponta também que os próprios Ministérios Públicos estaduais possuíam insuficiências, sendo palcos de atuações político-partidárias através da livre nomeação e demissão de seus membros pelo Poder Executivo.

Assim, Leal aponta que o sistema legal brasileiro possuía estreita ligação com a situação política brasileira expressa no mecanismo coronelista. Isso é, naturalmente, um reflexo de uma incompatibilidade institucional com a realidade material brasileira. Conforme apontado acima, o modelo norte-americano foi utilizado como inspiração para a organização judiciária brasileira na Primeira República. Deve-se ter em mente que a posição estadunidense diferia, como ainda difere, imensamente da posição brasileira quanto das condições materiais que sustentaram seu desenvolvimento constitucional.

Essa discrepância entre a realidade material e a realidade normativa postulada pela Constituição permite a produção das enormes e bem notadas deformidades sistêmicas nos sistemas estabelecidos, servido tal Constituição, efetivamente, como letra morta, lei apenas em nome. Assim, afirma Marcelo Neves sobre a falta de eficácia e o caráter nominalista da Constituição de 1891:

> A violação ou deturpação da Constituição por todo o período em que ela esteve "formalmente" em vigor (1891 – 1930) pode ser apontada como o mais importante traço da realidade jurídico-política da Primeira República.
> [...]
> Essa política simbólica contribuía de certo modo para que a existência de outras possibilidades fosse ocultada e o caminho para a transformação social fosse obstruído. Mediante uma combinação contraditória de utopia constitucional e fatalismo político, a realidade constitucional permanecia essencialmente inalterável. (Neves, 2021, p. 192-183)

A imensa e desigual concentração de terras, principal fator produtivo da economia agrária brasileira, criticada por diversas vezes por Leal, aliada aos imensos fracassos da implementação de uma política eleitoral verdadeiramente democrática (com a exclusão de mendigos, analfabetos e a falta do voto secreto)

são fatores impeditivo para uma política localista como a desenvolvida pela Constituição de 1891. O poder exercido em todas as esferas jurídico-políticas pela figura do "coronel" impede uma efetiva diferenciação funcional entre os sistemas sociais presentes.

Nesse sentido, para entendermos os efeitos e causas desse nominalismo constitucional para com o Poder Judiciário da Primeira República, tentaremos colocar esse panorama organizacional sob as lentes da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

2. Luhmann e Leal

2.1. Uma breve introdução ao sistema jurídico

Para que possamos compreender como as descrições de Leal se aliam às de Luhmann, devemos, resumidamente, compreender como estas últimas se referem ao sistema jurídico.

Para Luhmann, sistemas sociais são compostos por comunicações, relevantes para a sua função. No sistema jurídico, essas comunicações dizem respeito à legalidade ou ilegalidade somente, sem considerações acerca de aspectos morais, religiosos e, em certos aspectos, até mesmo materiais. Estes sistemas são autorreferenciais, o que significa dizer que utilizam as suas próprias comunicações para as operações que realizam. No caso do sistema jurídico, essa utilização serve para o enquadramento dessas comunicações dentro de um código binário de legalidade e ilegalidade.

Estes sistemas são operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos, o que lhes permite interagir com outros sistemas sociais, mantendo a coerência interna através de comunicações estritamente jurídicas. Nesse sentido, decisões jurídicas são tomadas com base em programas condicionais, garantindo que apenas as comunicações especificamente jurídicas serão tratadas no sistema e não, por exemplo, questões estéticas ou morais. Esta estrutura normativamente fechada impede, em um sistema devidamente diferenciado funcionalmente, que as expectativas sociais externas influenciem as operações jurídicas. Por outro lado, os sistemas jurídicos são cognitivamente abertos através de acoplamentos

estruturais, onde ocorrem interações com outros sistemas, como o sistema político. Por exemplo, a legislação envolve a comunicação entre os sistemas jurídico e político, mas cada sistema trata a comunicação de forma diferente com base nos respectivos códigos e programas.

Para dizermos que um sistema jurídico observado é de fato funcionalmente diferenciado, devemos ter uma aplicação singular do código legal/ilegal, excluindo de qualquer consideração valores como a moral ou status social, e a presença de programas condicionais universalmente e especificadamente aplicáveis. A inserção de outros códigos ou programas no sistema afeta essa diferenciação. Nesse sentido:

> Where law's institutions (courts, tribunals, statutory drafting, prosecution services), for example, put into effect the policies of the government without giving due consideration to their legal applicability, overtly base their decisions upon the supposed reliability of witnesses who have wealthy connections, delegate responsibility for deciding cases to panels of scientific experts, actively seek to promote people's wellbeing or protect them from harm or leave matters to be decided by God's will, the legal system will have become dedifferentiated. (King; Thornhill, 2006, p. 18)

A diferenciação funcional só é possível quando os fundamentos desse sistema se desvencilham de estruturas estratificadas de poder, abandonando uma estrutura de poder e legislatura de acordo com posição social ou riqueza para adotar uma organização social estritamente funcional, isso é, em que cada sistema social possua seus próprios códigos e programas sendo aplicados sem uma interferência indevida de demais sistemas de comunicação.[59]

2.2. O crisol da lei

Primeiramente, devemos examinar como o papel dos tribunais, ocupado no centro do sistema do direito (em oposição à periferia, nas bordas do sistema), afeta e é afetado pelas condições do Brasil na Primeira República.

[59] "[T]he law has evolved from a state of segmentation where the social structure was essentially based on parental and tribal relationships, to a state of stratification, where law and the exercise of power were ranked according to social prestige, wealth or domination by a superior class over others, to the last stage of differentiation where the social organisation is neither horizontal nor vertical, but functional." (Valois, 2013, p. 62)

De acordo com Luhmann, as cortes de justiça e tribunais apresentam um papel central na estrutura sistêmica legal. Isso, entretanto, não é uma constatação hierárquica, mas a dinâmica de suscetibilidade a irritações sistêmicas externas. A noção de sistemas sociais como sistemas autopoiéticos operacionalmente fechados e cognitivamente abertos pressupõe que subsistemas periféricos estejam mais suscetíveis a irritações vindas de seu ambiente (pressões sociais ou a necessidade de consenso, por exemplo).

Nesse sentido, enquanto matérias contratuais ou até mesmo a produção legislativa por órgãos políticos, ambas pertencentes ao sistema jurídico, são influenciadas por questões alheias ao direito, como disputas políticas e considerações econômicas, o proferimento de decisões judiciais em uma sociedade de alta complexidade e suficiente diferenciação sistêmica deve fazer referência tão somente à comunicação legal que a pressupõe, alheio a irritações ambientais.[60]

Assim, podemos afirmar que os tribunais deveriam ser os crisóis do sistema jurídico, alheios a "impurezas" advindas de interferências externas ao sistema jurídico, uma situação organizacional em que se deveriam se encontrar por possuírem a obrigação de decidir pelo princípio de vedação ao *non liquet*.

Dada a multitude de influências a que eram submetidos os tribunais da Primeira República, descritas por Leal acima, podemos afirmar que uma variedade de irritações ambientais afetava suas decisões, irritações essas que não se adequam à maneira de acoplamentos estruturais entre os sistemas. Nesse sentido, a posição central desses tribunais no sistema jurídico da época era deslocada para uma posição mais periférica, ou seja, mais sujeita à influência de outros sistemas sociais, como o sistema econômico e político.

[60] "It is in the periphery that irritations are translated into legal form - or not. Here the system demonstrates its autonomy by not having to decide. Here one can find safeguards against not being able to use law simply as a slavish extension of operations outside the law. The centre needs this protection-especially because it operates under the opposite premises. Courts work under a much higher degree of cognitive self-isolation compared with legislators and contracting parties." (Luhmann, 2004, p. 293)

Naturalmente, não se trata aqui de questionar a reprodução da comunicação,[61] mas de que essas influências ambientais afetam, em verdade questões do Poder Judiciário como organização em si:

> Consequently, the organization of courts as a sub-system is at the centre of the legal system. Only here can one use the special feature of organization systems-to decide about the inclusion and exclusion of members-in order to create special ties for judges. For it is part and parcel of accepting the office of a judge that one accepts limitations on one's conduct which do not apply to everybody else, and that means above all producing new rules of law but subject to the applicable methodological and substantive standards. Only organization can guarantee the universality of competence to decide all legal questions. (Luhmann, 2004, p. 293)

Entendidas como sistemas absorventes de incerteza e produtores de decisões, organizações como os tribunais também funcionam como sistemas autopoiéticos. Nesse sentido, apesar de regularmente funcionarem a partir de decisões operacionalmente fechadas, também são subsistemas que sofrem mais ou menos irritações incorporadas nas decisões do sistema jurídico. A partir da influência que fatores políticos e materiais possuem nos membros das organizações judiciais (livre nomeação de juízes substitutos e promotores, retenção de vencimentos entre muitos outros), é seguro afirmarmos que as decisões proferidas por essas organizações também possuem suas motivações deturpadas, de modo a afetar, em alguma medida, os programas utilizados pelo sistema jurídico para a determinação de certas decisões para o código lícito/ilícito. Isso tem como causa e consequência um efetivo deslocamento dos tribunais do centro do sistema jurídico para uma posição mais periférica.

Nesse sentido, temos aqui, por conta e apesar das diversas disposições legais estabelecidas, um processo de assimetrização normativa externa do sistema jurídico no decorrer do processo de concretização, como coloca Marcelo Neves (2021, p. 116), uma democracia aparente com alta discrepância entre a atividade legiferante e a observação e execução das normas. Como sustenta Lucas Fucci Amato (2019, p. 13):

[61] Afinal, do ponto de vista argumentativo; as razões psicológicas ou internas que levam o juiz à sua decisão seriam irrelevantes do ponto de vista sistêmico (Luhmann, 2004, p. 332).

> Constituições "nominalistas" ou "simbólicas" não preservam a autonomia do direito, pois sacrificam a concretização jurídica das normas à expressividade política das declarações constitucionais. Hipostasiam-se os textos constitucionais. Na prática, a interpretação do direito não é regida pela atribuição autorreferente (lastreada em normas, programas decisórios do direito) do código lícito/ ilícito, mas corrompida pelo poder (governo/ oposição), pelo dinheiro ou pela propriedade (ter/ não ter) e pelas boas relações (código amigo/inimigo).

Tal nominalismo constitucional possui, naturalmente, reflexos para a capacidade de diferenciação funcional do sistema do direito, em particular no que se refere às cortes. A desconexão entre a realidade material e as disposições constitucionais esvazia a capacidade dos tribunais de julgarem de acordo com os programas e códigos específicos do sistema jurídico. Como afirmamos acima, isso leva à transposição sistêmica dos tribunais, afastando-os do centro do sistema jurídico em direção à periferia, bem como corrompendo o próprio fechamento operacional do sistema.

Como exemplo, tem-se a utilização do próprio Poder Judiciário como facilitador do sistema coronelista no estado do Rio Grande do Sul:

> O Estado castilhista-borgista teve mais autonomia política para a execução de seus projetos do que em outras regiões do país. Porém, esta autonomia fora negociada com os poderes locais através de inúmeros mecanismos políticos, principalmente o Poder Judiciário. Este último serviu como instrumento de cooptação e coerção das lides político-partidárias municipais e regionais, seja para concessão de favores e cargos públicos, seja para absolvição de processos criminais, como demonstram os inúmeros telegramas que Borges de Medeiros trocava com seus correligionários de diferentes regiões do Estado. (Berte, 2013, p. 8-9)

Todo o panorama acima leva a crermos em um grau de desdiferenciação funcional do sistema jurídico durante a Primeira República,[62] de modo a ser impossível falarmos em decisões e elementos produzidos pelo sistema jurídico à

[62] É possível até mesmo considerarmos que, até o momento da primeira república, dada a ênfase com que irritações intrassistêmicas alheias a um sistema diferenciado do direito (como prestígio e poder material e econômico) tinham nas decisões proferidas pelas cortes, que uma diferenciação total não teria ainda ocorrido, caso em que não se falaria em desdiferenciação, mas sim da manutenção de um caráter estratificado do sistema jurídico.

época que sejam universalmente e especificadamente aplicáveis, considerando as distorções causadas pelas irritações vindas do sistema político e econômico.[63]

2.3. Modernidade Periférica e Dualidade Inclusão/Exclusão

Há de se ter no pano de fundo da presente análise, a dificuldade de inserção da população em geral (à época com seus 20-30 milhões de habitantes) no âmbito institucional promovido por sistemas sociais presentes e diferenciados em sociedades-sistema presentes no centro da sociedade mundial. Porém, há aqui também uma sociedade moderna e complexa, que se encontra na periferia da sociedade mundial (Neves, 2021, p. 104-105). O Brasil, já à época da Primeira República, era um país integrado subordinadamente na sociedade mundial, inserido funcionalmente de maneira subalterna na economia mundial. Nesse sentido, devemos traçar considerações sobre como essa condição, do Brasil em geral e da Primeira República mais especificamente, de pertencimento à periferia da modernidade estrutura e é estruturada pelas relações do Poder Judiciário com eventuais interesses privados.

Talvez o ponto de maior relevância acerca da posição periférica do Brasil da Primeira República seja um exame acerca do quão marcantes são questões acerca de sub-integração e marginalidade de grandes parcelas da população, com a inerente sobreintegração de grupos privilegiados. Ao observarmos o fenômeno do Coronelismo apontado por Leal pelas lentes de Luhmann, vemos que a relação de favores em que ele consiste é caracterizada por pequenos favores para a população carente e dependente, excluídos; apoio político para representantes eleitos e pressões sobre magistrados por decisões que não afetem o status quo, "opera à base de uma incapacidade autocriada da ordem oficial, que precisa estar igualmente pressuposta" (Luhmann, 2022, p. 33). A incapacidade institucional é causa e consequência do próprio nominalismo constitucional presente, gerando

[63] "At issue always are reasons, which are at once universally and specifically applicable. Universally means here that the rule can be applied to all cases of a certain type, that it must be applied recursively to valid law, and that the number of cases to be decided according to this rule in the future remains indeterminable." (Luhmann, 2004, p. 325)

uma massa de excluídos que forma a força desse sistema paralelo de inclusão. Sobre isso, Luhmann (2022, p. 134) aponta:

> [A realidade das redes de favorecimento] encontra-se em formas próprias de inclusão/exclusão. Quem quiser alcançar algo, precisa cooperar. Quem se exclui ou é excluído apenas pode levar uma existência privada. As consequências reconhecíveis da exclusão servem, simultaneamente, como motivo para nova participação. O outro lado da forma é o componente indispensável da forma. E a diferenciação de prestígio, influência, acesso direto ou indireto é a forma pela qual esse sistema torna possível a construção de carreiras.

Dessa forma, a subintegração de uma parcela imensa da população, entendida como a falta de acesso positivo a sistemas sociais modernos, como o direito, faz com que o Poder Judiciário interaja com essa vasta parcela da população de forma negativa, isso é, como réus, devedores, de modo que qualquer acesso positivo, ou seja, que atenda aos seus interesses ou qualquer modo que satisfaça suas expectativas, normativas ou não, necessite necessariamente de apoio por parte de redes paralelas de favorecimento, sistemas como os empregados pelos "coronéis" da Primeira República.

Assim, apesar do nominalismo constitucional afirmar um preceito fundamentalmente democrático em 1891, é evidente que essa "integração marginalizada", como afirma Neves (2021, p. 134), da mais ampla parte da população brasileira, torna qualquer semblante de universalismo, necessário para a diferenciação funcional do sistema, seja uma mera ilusão, ilusão da qual o Poder Judiciário serviria como sustentáculo.

Considerando as grandes disparidades econômicas entre os estratos populacionais, as comunicações produzidas pelos tribunais necessariamente levavam em consideração, dentre seus programas, a falta de acesso à justiça do período. Com parcelas da população incapazes de acessar um sistema jurídico desdiferenciado, a integração marginalizada serviria de modo a perpetuar a falta de diferenciação funcional, uma alimentando a outra.

Conclusão

A partir da nossa análise, podemos perceber como a situação instaurada pelo fenômeno do Coronelismo é um estruturante estrutural para a situação de nominalismo constitucional no Brasil da Primeira República. A ausência de correlação entre a realidade constitucional e a normatividade constitucional for um fator decisivo para a deturpação de diversos âmbitos sociais, inclusive o do sistema do direito. A presença de tamanhas influências sobre os tribunais acaba por empurrar o subsistema das cortes para a periferia do sistema do direito, de modo a torná-lo hipersensível às pressões políticas e partidárias.

Interessantemente, diversas das constatações realizadas ao longo do presente texto são passíveis de serem feitas não somente a respeito do Brasil da Primeira República, mas também do Brasil que temos hoje. Um tanto cliché, mas é possível ainda perceber na sociedade moderna presente no país uma imensa parcela de excluídos e marginalizados sistêmicos. À moda do Coronelismo, esses excluídos e marginalizados vivem e sobrevivem em sociedade a partir da inclusão em sistemas paralelos àqueles esperados da sociedade moderna com eficaz diferenciação funcional, como é o caso, por exemplo, de vastas populações sob domínio de milícias. Naturalmente, o caso difere na medida em que o sistema político não tem essas redes como sustentáculo, mas esse não pertencimento continua por ter diversas consequências, excluindo essas parcelas populacionais de se integrarem efetivamente aos demais sistemas sociais modernos. Da mesma forma como era durante a Primeira República (talvez até pior), esses excluídos continuam a participar do sistema jurídico de modo negativo, com o sistema composto pelo Poder Judiciário sendo responsável pelo aprisionamento de mais de 830.000 pessoas no país (Lacerda, 2023).

Nesse sentido, entendemos que é absolutamente necessária uma alteração não somente da normatividade constitucional que rege o sistema político-jurídico do país, mas também da realidade concreta na qual essa normatividade se apresenta. Como afirma Luhmann (2022, p. 37):

> Assim como antes, vale a constatação de que os seres humanos existem fora da sociedade, como sistemas autopoiéticos unitários, reproduzidos

> por operações orgânicas e psíquicas, e isso tanto no âmbito da inclusão quanto no da exclusão. Isso não se altera e não pode, nem mesmo por motivos naturais, alterar-se. O que se pode alterar, no entanto, são as condições de pertencimento dadas pela forma de inclusão e, por conseguinte, as consequências do não pertencimento.

Entendemos ser impossível pensarmos na concretização efetiva dessa normatividade constitucional sem um alinhamento entre ela e a realidade que pretende reger. Dessa forma, é necessária uma realidade constitucional que permita essa integração e inclusão apropriadas.

Referências

AMATO, Lucas Fucci. Victor Nunes Leal e a sociologia do constitucionalismo Brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-26, 2019. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/archive>. Acesso em: 15 dez. 2023.

BERTE, Felipe. Relações entre coronelismo e justiça na Primeira República Rio-grandense (1889-1930). **Autos & Baixas:** revista da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 2, p. 1–18, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/ bdtse/3723>.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** O longo caminho. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

PINTO, Surama Conde Sá; CASTRO, Tatiana de Souza. O Poder Judiciário na Primeira República: **Locus - Revista de História**, v. 25, n. 2, dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/ locus/article/view/28711>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FARIA, Gilberto de Lima Azevedo Souza Ferreira Amado de. **Gilberto Amado, discursos parlamentares.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1979.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law.** Oxford: Hart, 2006.

LACERDA, Lucas. Com 832 mil presos, Brasil tem maior população carcerária de sua história. **Folha de São Paulo,** 20 jul. 2023. Disponível em: <https://www1.folha. uol.com.br/cotidiano/2023/07/brasil-tem-832-mil-

presos-populacao-carceraria-e-maiorque-a-de-99-dos-municipios-brasileiros.shtml>. Acesso em: 15 jan. 2024.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

LEAL, Victor Nunes. Organização judiciária dos territórios. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, n. 2, p. 789, abr. 1945. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8527>. Acesso em: 9 jan. 2024.

LUHMANN, Niklas. Inclusão e Exclusão. Tradução: Stefan Fornos Klein. *In:* DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (eds.). **Dossiê Niklas Luhmann.** Editora UFMG, 2022.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system.** Oxford; New York: Oxford University Press, 2004.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica:** uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. WMF Martins Fontes, 2021.

LOPES, Raquel; LADEIRA, Pedro. Comando Vermelho e PCC avançam para presídios de quase todos os estados. **Folha de São Paulo**, dez. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/12/comando-vermelho-e-pccavancam-para-presidios-de-quase-todos-os-estados.shtml>. Acesso em: 15 dez. 2023.

RODAS, Sérgio. Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres. **Conjur**, jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017- jan-08/guerra- drogassobrecarrega-prisoes-alimenta-massacres/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

VALOIS, Martine. The Function of Judicial Independence in Modern Legal Systems: Preserving the Boundaries of Law. *In:* COMTOIS, Suzanne; DE GRAAF, Kars J. (eds.). **On Judicial and Quasi-judicial independence.** Haia: Eleven International Publishing, 2013.

5. Raízes do Brasil centralizador: reflexões sobre as origens da interpretação concentradora do federalismo brasileiro

Lucas Reis Verderosi[64]

Introdução

Não é incomum que nos deparemos com autores que acusem o crime da interpretação centralizadora de nosso federalismo[65].

É o caso, por exemplo, de João Costa-Neto e João Pedro de Souza Mello (2022) no artigo "O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos", em que chegam a alcunhar de homicídio do federalismo a forma como o Supremo Tribunal Federal aplica as regras de competência e auto-organização insertas em nossa Carta.

Nas palavras dos autores (Costa-Neto; Mello, 2022, p. 3): "É uma tragédia em cinco atos. O tema é um homicídio. A vítima é o federalismo."

Esses autores tratam naquele texto, tomado aqui como ponto de partida, das razões pelas quais o federalismo brasileiro é disfuncional ou centralizador. Buscam, além disso, investigar criativamente a "*cena do crime*", apontando detalhes sobre a autoria desse "delito", a arma utilizada, a omissão de socorro, a ocultação do cadáver (*i.e.* subterfúgios retóricos que escondem o *animus necandi*) e, ao final, uma possível ressurreição do federalismo com algumas decisões que difusamente sinalizam para um caminho de descentralização política, especialmente em meio às medidas adotadas no combate à epidemia de Covid-19.

---

[64] Bacharel e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Procurador da Prefeitura Municipal de São Paulo.

[65] No presente estudo, os termos "federação" e "federalismo" serão utilizados de forma intercambiável.

Quer-nos parecer, entretanto, que a principal e verdadeiramente desafiadora investigação a ser feita é de outra ordem: entender o que motivou essa postura por parte dos exegetas, seja no Poder Judiciário, seja na doutrina.

A tarefa que buscaremos endereçar nesse artigo consiste na investigação das raízes desta interpretação centralizadora de nosso federalismo. Com isso, será possível compreender esse mal em sua essência, debatendo suas efetivas inspirações e aspirações sob o ângulo propriamente da Sociologia da Constituição.

Parece-nos que há, ao menos, três alicerces principais do problema.

O primeiro já foi cantado em verso e prosa e tem matiz historiográfico e sociológico: o amálgama entre a influência do modelo de ocupação colonial de nosso território e a maneira como fomos governados até instituirmos, de maneira um tanto quanto artificial, um federalismo centrífugo.

O segundo alicerce diz também com a organização histórica da distribuição de poderes efetivos no Brasil, mas agora da perspectiva da desconfiança havida por parte dos poderes centrais com a capacidade e probidade das autoridades regionais e locais.

O terceiro aspecto ilumina todo o processo a partir do espelhamento existente entre os ciclos pendulares da economia política e o intervencionismo estatal, esse último muito associado às sístoles e diástoles da distribuição interna de Poder em nosso constitucionalismo.

1. A ocupação

Há muitas nuances a ponderar, e muitos Brasis a considerar, quando avaliamos o comportamento de determinada forma de organização institucional, tal como é o caso do federalismo brasileiro. Em breve retrospectiva da história brasileira, percebemos como as instituições, ao interagirem com as variadas relações de dominação, moldaram as estruturas políticas de nossa sociedade, tanto em seus aspectos econômicos quanto no modelo de distribuição vertical e horizontal de poder.

Sérgio Buarque de Holanda (2016, p. 171), em sua obra "Raízes do Brasil", ao tratar da "fundação de cidades como instrumento de dominação", valeu-se dos precedentes estudados por Max Weber para fazer uma distinção fundamental entre a dominação *portuguesa* sobre a colônia brasileira e a *espanhola* no restante da América.

Percebeu o arguto sociólogo (Holanda, 2016, p. 171) que "para muitas nações conquistadoras, a **construção de cidades** foi o mais decisivo **instrumento de dominação** que conheceram", o que nos conduz à inevitável conclusão de que as comunidades locais, nesse tipo de colonização, serviram a um propósito de *controle central*.[66]

Com efeito, temos já uma amostra de como o assenhoreamento do território brasileiro[67], desde o início da colonização, foi voltado para o beneplácito do poder superior, inicialmente da metrópole, tal que a instituição de centros locais de decisão servia, de modo primacial, aos interesses de fora, do epicentro de poder[68].

---

[66] Colacionamos a íntegra do excerto (Holanda, 2016, p. 171): "Essa primazia acentuada da vida rural concorda bem com o espírito da **dominação portuguesa**, que renunciou a trazer normas imperativas e absolutas, que cedeu todas as vezes em que as conveniências imediatas aconselharam a ceder, que **cuidou menos em construir, planejar ou plantar alicerces, do que em feitorizar uma riqueza fácil e quase ao alcance da mão**. Com efeito, a habitação em cidades é essencialmente antinatural, associa-se a manifestações do espírito e da vontade, na medida em que se opõem à natureza. **Para muitas nações conquistadoras, a construção de cidades foi o mais decisivo instrumento de dominação que conheceram**. [...] Na América portuguesa, entretanto, a obra dos jesuítas foi uma rara e milagrosa exceção. [...] Comparado ao dos castelhanos em suas conquistas, o esforço dos portugueses distingue-se principalmente pela predominância de seu caráter de exploração comercial, repetindo assim o exemplo da colonização na Antiguidade, sobretudo da fenícia e da grega; os castelhanos, ao contrário, querem fazer do país ocupado um prolongamento orgânico do seu." Com efeito, enquanto nas colônias espanholas observou-se, já em meados do século XVI, a criação de Universidades, tal como a Universidade de São Domingos, de São Marcos em Lima (fundada com as mesmas características da de Salamanca), bem com os cursos da Cidade do México, nenhum curso superior foi criado no Brasil até 1808, data da fundação da Escola de Cirurgia da Bahia. Coincidentemente, no mesmo ano, o Brasil teve seu status colonial revogado e foi alçado à território-membro do Reino Unido de Brasil e Portugal. Tudo isso a demonstrar as insofismáveis diferenças comparativas com a colonização portuguesa que, de resto, tinha, na colônia, "simples lugar de passagem, para o governo como para os súditos" (g.n.).

[67] O próprio termo "brasileiro", que nos remete aos ofícios de extração de bens naturais tais como "madeireiro", "carvoeiro", "mineiro" etc., em vez de "brasiliano" ou algo que o valha já nos ensina muito sobre como a ocupação do território nacional era voltado para a extração "para fora" ou para "o centro".

[68] Tais características da ocupação colonial têm consequências geográficas e até topográficas, já que, como alerta Buarque de Holanda (2016, pp. 172-173), os centros de povoação na América

Mais adiante, o Segundo Reinado do Brasil Imperial foi marcado pela preocupação com a integridade do território, desiderato compactuado pela elite burocrática de então. Naquele momento, embora o Brasil fosse formalmente um Estado nacional unitário, já com ordem jurídica emancipada e independente[69], a formação intelectual e social homogênea de nossa elite burocrática constituiu um fator decisivo para a **concentração política**, tal como ensina José Murilo de Carvalho (2008, pp. 71-72):

> A importância política da concentração é iniludível. Boa parte do impulso autonomista, ou mesmo separatista, de províncias e regiões pôde ser prevenida pela formação comum e pelos laços de amizade criados durante o período escolar. Homens como o visconde do Uruguai e o marquês do Paraná, por exemplo, dois sustentáculos da reação conservadora, o primeiro nascido em Paris, o segundo em Minas Gerais, tornaram-se amigos em Coimbra, o mesmo acontecendo com vários outros. Os políticos que receberam sua formação no Brasil antes da Independência, sobretudo os padres, tendiam a se preocupar muito menos com a unidade do país e com o fortalecimento do poder central.

Fica claro a esta altura que a forma como as instituições brasileiras foram forjadas trouxe o Brasil para sua configuração socioeconômica atual, que certamente impacta na maneira que vivenciamos a distribuição real de poder. Desde as capitanias hereditárias, passando pelo Império e, como veremos, pela Primeira República e a sua "política de governadores", até o federalismo cooperativo da Constituição Federal de 1988[70], esse desenho institucional impediu, na prática, uma efetiva descentralização de poder até os dias de hoje.

---

espanhola tenderam sempre a fixar-se em elevadas altitudes, de forma que os europeus, mesmo em zona tropical, pudessem gozar de clima ameno e assemelhado àquele do velho continente; enquanto que, no Brasil, a ocupação foi toda voltada ao além-mar, de sorte que se criaram muitas dificuldades, ou até proibições, para a entrada "terra adentro". Apenas no século XVIII, com o ouro das Gerais, é que se inicia a ocupação do interior do país, em um processo de espoliação das riquezas subterrâneas por reinos estranhos, restando uma parte do quinhão a Portugal e apenas migalhas às cidades brasileiras. Tal como ensina o historiador (Holanda, 2016, p. 179): "Então, e só então, é que Portugal delibera intervir mais energicamente nos negócios de sua possessão ultramarina, mas para usar de uma energia puramente repressiva, policial, e menos dirigida a edificar alguma coisa de permanente do que a absorver tudo quanto lhe fosse de imediato proveito."

[69] Ainda, claro, que tal independência e soberania possam ter sido escamoteadas por muitos processos históricos sobre os quais não convém por ora tratar.

[70] Para entender como o federalismo cooperativo da CF/88, baseado em distribuição concorrente de competências tende à centralização, cf. ZAGO, Mariana Augusta. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**. Tese de Doutorado apresentada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, pp. 97-98.

2. A desconfiança

Como vimos, diversas instituições jurídicas e políticas brasileiras carregam a marca do descompasso entre sua formulação original e o modo como foram internamente incorporadas em nosso país.

Alexis de Tocqueville (2010, p. 138), em 1831, já intuía, por exemplo, que as instituições democráticas e descentralizadas nem sempre poderiam ser implementadas em país cuja cultura centralizadora as precedia:

> This point deserves attention, for if a democratic republic similar to that of the United States were ever founded in a country where the power of a single individual had previously subsisted, and the effects of a centralized administration had sunk deep into the habits and the laws of the people, I do not hesitate to assert, that in that country a more insufferable despotism would prevail than any which now exists in the monarchical States of Europe, or indeed than any which could be found on this side of the confines of Asia.[71]

Não seriam necessárias muitas considerações para demonstrar que tal regra também é aplicada ao federalismo no Brasil.

A título ilustrativo, podemos citar o coronelismo e a política de café com leite, que sucederam a proclamação da República e a dissolução do Estado unitário, após 15 de novembro de 1889, com a instituição, inaugural, de uma forma federativa de Estado em nosso país.

Victor Nunes Leal (2012, pp. 59-60), escrevendo após a Constituição de 1946, em seu clássico "Coronelismo, Enxada e Voto", relembra alguns dos vícios do Estado federal brasileiro na vigência da primeira Constituição republicana:

> Para que o processo se desdobrasse por essa forma, **o bode expiatório teria de ser inevitavelmente o município, sacrificado na sua autonomia**. Entre nós, tanto o Executivo como o Legislativo e o Judiciário federais favoreceram a concentração de poder nos Estados à custa dos municípios**. Aliás, a simples ideia de que os municípios, deixados à sua livre determinação, acabariam nas mãos de oligarquias locais — que se manteriam, em caso de contestação, pelo suborno e pela violência — conduzia muito naturalmente à conclusão de que era preciso dar ao Estado os meios de impedir aquela**

[71] Ou seja, segundo A. Tocqueville (2010, p.138), se os EUA tivessem convivido com concentração de poder em algum momento de sua história, poderiam ter se tornado mais despóticos do que qualquer monarquia absoluta europeia.

> **possibilidade**. Porém o que costuma passar despercebido é que o governo estadual, habitualmente, não empregava tais instrumentos contra os amigos; só os utilizava contra os adversários. [...] Assim se vê como os nossos juristas-idealistas, que pretendiam limitar o poder dos municípios para impedir as oligarquias locais, acabaram dando aos governadores os meios de que se serviram eles para montar, em seu proveito, essas mesmas oligarquias locais, fundando, assim, as oligarquias estaduais que davam lugar, por sua vez, a esta **outra forma de entendimento — entre os Estados e a União, que se conhece em nossa história por 'política dos governadores'**. [...] As considerações precedentes parecem deixar fora de dúvida que o **nosso federalismo se tem desenvolvido à custa do municipalismo: o preço pago foi o sistemático amesquinhamento do município**, apesar da abundante literatura louvaminheira, que não basta para amenizar o seu infortúnio. (g.n.)

Nesse cenário, as relações locais de poder induziram uma apropriação muito específica das estruturas federativas pelas oligarquias regionais, que se fundiam àquelas locais, em uma teia de relações que ganhou o nome de coronelismo.

O mesmo Victor Nunes Leal (2012, p. 33), ao tratar das atribuições dos Municípios, parece pontificar um lugar superior da administração central, no cenário federativo brasileiro após a Constituição de 1946: "Parece fora de dúvida que as condições da vida moderna não são muito favoráveis ao desenvolvimento das atribuições municipais, ou, em outras palavras, são mais favoráveis à extensão dos poderes centrais."

Assim, a forma como as instituições federativas foram sendo incorporadas ao nosso sistema jurídico, nas relações efetivas de poder, é essencial para compreendermos a arquitetura da tomada de decisão e do exercício do mando político e econômico a partir do centro até a periferia do poder, em uma articulação de vassalagem que se perpetua, desde o final do século XIX, ainda sob a égide da Constituição de 1891[72], até os dias de hoje, em que vigora a prática

[72] Não se desconhece que no Brasil, já durante as Forais até a vigente Constituição Federal, o Município sempre teve papel central, tanto nas políticas públicas de impacto sensível na comunidade, como no planejamento, regulação e fomento das atividades econômicas empreendidas na cidade. O que se está a examinar aqui é a resistência a compreender este protagonismo quando a federação é interpretada, especialmente no Judiciário, quanto à distribuição de competências, auto-organização e assim por diante. Tal resistência também se reflete e afeta os estados membros.

do "orçamento secreto"[73].

Em outras palavras, não podemos nos esquecer da realidade política atavicamente centralizadora e compadresca que grassa no Brasil desde a ocupação colonial pela metrópole lusitana. Mesmo com a incorporação do modelo federal, a mudança na forma do Estado não foi capaz de alterar tal conjuntura, que se manteve inabalada quanto às dinâmicas de exercício real de poder.

Segundo o Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017), o federalismo brasileiro, inaugurado pelo Decreto n.º 01, de 15 de novembro de 1889, é decorrência de dois imperativos lógicos que já haviam sido debatidos na fracassada constituinte de 1823: (i) extensão territorial aliada à dificuldade de comunicação entre as províncias; e (ii) conveniência política de instituir polos governamentais autônomos e, assim, criar freios e contrapesos contra a hegemonia da capital.

Para ele, o Brasil sempre teve seu desenvolvimento, econômico e sociocultural marcado pela dissimetria entre as diferentes regiões do país. De tal sorte que a Constituição Brasileira de 1891, tendo ignorado essa realidade e instituído uma federação de igualdade absoluta entre todos os Estados, também deu causa à perpetuação dessa marca histórica, visto, por exemplo, que iguais fontes tributárias não poderiam atender a circunstâncias de vida tão díspares, tendo em vista a diferença de volume de recursos disponíveis.

A consequência nefasta dessa dissimetria, conclui, o autor, é a centralização.

O professor Ferreira Filho (2017) vale-se do exemplo das Superintendências, criadas sob a égide da Constituição de 1946, cujo objetivo era a aceleração do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais. Especificamente, cita o caso mais conhecido da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), que dispunha de recursos que

[73] Sobre outras formas de amesquinhamento autoritária do federalismo, cf. FARIA, José Eduardo. "A ofensiva do centralismo autoritário contra o federalismo". In: **Degradação democrática**: o Brasil em risco, 2022.

superavam a soma dos recursos dos Estados abrangidos por ela, recursos esses geridos e comandados pelo poder central.

Deixa o constitucionalista de lembrar, porém, que o próprio Celso Furtado (1989), idealizador e primeiro superintendente do referido órgão[74], explica as razões motivadoras da escolha da centralização da gestão dos recursos: tratava-se de verdadeiro "*by-pass*" das oligarquias locais, ou seja, da maneira encontrada para tentar evitar que as divisas fossem distribuídas de maneira improba ou pouco eficiente.[75]

Dizia o ilustre economista (Furtado, 2013, p. 423) em conferência intitulada "*Obstacles to Change in Latin America*", proferida em Londres no ano de 1965:

> Em 1959, a fim de poder enfrentar o grave problema do Nordeste, onde eram crescentes as tensões sociais provocadas pela pobreza crônica e pelas secas periódicas, o governo federal teve de criar uma nova máquina administrativa, que se sobrepôs às numerosas agências federais já atuando na região. Estas últimas, no entanto, **estavam sob controle de grupos políticos locais e era praticamente impossível resgatá-las**. **O controle da máquina administrativa federal por grupos políticos locais constitui sério obstáculo a toda tentativa de racionalização dessa máquina.** (g.n.)

Décadas mais tarde, em 1999, o mesmo Celso Furtado parece paulatinamente revisar e evoluir sua compreensão sobre o federalismo. Ao plantar as sementes do que seria uma nova visão sobre a necessária regionalização política sem mediações impositivas ou controle diretivo por órgãos federais, que acabavam por centralizar as fontes de decisão efetiva, coube a ele inaugurar uma nova percepção sobre o tema, que parece ter influenciado,

---

[74] Nas palavras do próprio Celso Furtado (1989, p. 52): "Kubitschek também compreendeu que não se tratava de criar mais um órgão burocrático. O que se tinha em vista era uma **mudança estrutural no aparelho administrativo federal**, no que dizia respeito à sua atuação direta ou indireta no Nordeste. Os investimentos do governo passariam a articular-se em função das diretrizes de um plano diretor plurianual. A execução, **sempre que possível**, estaria descentralizada, sem que isso quebrasse a unidade de propósito do conjunto, a qual seria obtida fazendo-se com que os principais órgãos estivessem representados no conselho deliberativo da agência de planejamento."

[75] Ademais, uma série de denúncias haviam revelado, antes das medidas do governo JK (1956-1961), os escândalos da "indústria da seca": corrupção na administração das verbas federais e das frentes de trabalho contra a seca, construção de açudes nas fazendas dos "coronéis", falta de acesso dos pequenos agricultores à irrigação, entre outros. A severa seca de 1958 resultou no aumento do desemprego rural e da miséria, bem como no êxodo da população nordestina, e contribuiu decisivamente para a criação do órgão no governo JK.

inclusive, Roberto Mangabeira Unger ao desenhar suas ideias de "experimentalismo democrático"[76].

Conclui Celso Furtado (1999, pp. 54-55):

> O centralismo político significa entre nós prevalência do poder econômico e, por conseguinte, subordinação das regiões economicamente mais débeis aos interesses daquelas que assumiram a vanguarda do processo de industrialização [...] A solução do problema que vimos de assinalar terá que ser buscada em novas formas de articulação entre poderes central e estadual, na linha do que foi tentado com criação da SUDENE. Mais precisamente, numa **regionalização do poder central, o qual não seria apenas delegado, mas passaria a encarnar uma efetiva vontade regional** [...] A fórmula que se encontrou nos anos 50 não significou entorse para o quadro constitucional da época [...] No caso de uma reformulação constitucional não seria fora de propósito discutir a possibilidade de uma esfera regional de poder. (g. n.)

De maneira sutil, o economista cepalino dá pistas de que, embora a Sudene tivesse sido criada para uma finalidade específica e em um contexto prenhe de desconfiança em relação às elites locais, seria recomendável superar o modelo antes adotado por ele mesmo para uma regionalização efetiva da decisão política em si.

Fica claro, de todo modo, que, no Brasil, não é nova uma espécie de contraposição entre o princípio republicano, axioma pretensamente moralizador do Estado, e o princípio federativo, na medida em que a desconfiança em relação

[76] Sobre o tema do experimentalismo democrático, especialmente sobre o experimentalismo federativo, Roberto Mangabeira Unger (2011, p. 68) estabelece a sua importância nos seguintes termos: "A terceira diretriz é a **radicalização do potencial experimentalista** do regime federativo. Para isto, é preciso superar a contradição no federalismo clássico entre sua doutrina experimentalista e seu arcabouço institucional que suprime o experimentalismo potencial do regime ao teimar em repartição rígida de competências entre os três níveis da federação. A primeira etapa é flexibilizar o federalismo. Não basta ter competências comuns ou concorrentes; é preciso organizar um federalismo cooperativo que facilite iniciativas conjuntas e experimentos compartilhados da União, dos estados e dos municípios. E o segundo passo — mais radical — é romper com o princípio de que todas as localidades precisam gozar de um grau uniforme de direito de divergência. Se queremos estimular partes da federação ou até mesmo setores da sociedade e da economia a construir contra modelos em que a sociedade possa vislumbrar outra imagem de seu futuro, precisamos permitir que a **divergência em um lugar possa ser radical** sem que todas as localidades ou todos os setores tenham de gozar sempre do mesmo **grau de liberdade para divergir das soluções centrais**." (g.n.). Sobre o diálogo entre Celso Furtado e Roberto Mangabeira Unger, cf. TEIXEIRA, Carlos Sávio. A economia política da transformação do nordeste: de Furtado a Unger. *In*: CADERNO CRH, Salvador, v. 27, n. 70, jan./abr. 2014, pp. 201-214.

aos poderes regionais e centrais prevalece, ainda, que de forma oculta, nas formulações de políticas públicas e decisões judiciais.

3. O pêndulo econômico

Bernard Schwartz (1984) consagrou a percepção segundo a qual o federalismo dual seria o "complemento necessário" à doutrina econômica e social do *laissez-faire*, refletindo o máximo de descentralização política e um mínimo de intervenção do Estado.

Como veremos, mesmo em outros países, a forma como a federação se comporta reflete, por vezes, a dinâmica da atuação do Estado na economia, em uma valsa de jusantes e montantes na centralização e descentralização, de modo que esse aspecto deve sempre ser levado em conta, quando buscamos entender a *interpretação do federalismo*.

A distribuição dual de competências, inclusive em seu berço norte-americano, foi sofrendo evoluções e aperfeiçoamentos na própria jurisprudência da Suprema Corte, incorporando os conceitos de poderes implícitos (caso McCulloch *vs* Maryland) e superando o federalismo dual, com as mudanças jurisprudenciais ocasionadas em 1937, a partir dos julgamentos das políticas estatais do *New Deal* (*e.g.* caso Poulty *vs* EUA).[77]

Após 1937[78], inaugurou-se uma onda centralizadora operada pela jurisprudência da *Supreme Court*[79], dimanada principalmente da competência da União para regular o comércio interestadual.[80] Conforme resume Paulo Mohn (2010, p. 218):

---

[77] Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 828-831.

[78] Segundo Carlos Bastide Horbach (2013, p. 6): "O primeiro grande movimento de centralização se verifica nos Estados Unidos nos anos anteriores à Guerra Civil."

[79] O pêndulo federativo parece ter sofrido recentes oscilações, como informa Carlos Bastide Horbach (2013, p.6): "Com a investidura de William Rehnquist na função de *Chief Justice* iniciou-se um deliberado movimento de regresso aos poderes estaduais; que somente tem surtido efeito após as indicações do Presidente George W. Bush para o tribunal, já no período, portanto, da Corte Robert.".

[80] Nos termos da *Commerce Clause* (Artigo I, Seção 8, Cláusula 3) da Constituição dos EUA de 1787: "*The Congresss shall have Power To [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.*"

> Ocorre que, como demonstra Schwartz (1993, pp. 30-31), a teoria do laissez-faire e o federalismo dual mostraram-se inadequados para atender aos problemas apresentados pela Grande Depressão de 1929, pois era requerida uma maior **intervenção do governo federal para recuperar a economia nacional**. Se antes o governo deveria ser apenas regulamentador e negativo, passou-se a exigir dele uma atuação positiva, de intervenção nos assuntos econômicos e sociais em escala nacional [...] a Suprema Corte passou a [...] **reconhecer a competência federal em matérias de interesse local que tivessem repercussão nacional. Disso resultou uma necessária cooperação entre os níveis federativos, marcada pelo predomínio do poder federal**. (g.n.)

O crescimento do intervencionismo econômico e social do Estado – divorciado do liberalismo econômico do século XIX – resultou na hipertrofia do poder central nas primeiras décadas do século XX, a partir das revoluções industriais, ascensão do socialismo na Rússia, depressões econômicas, *New Deal* e guerras mundiais.

Tal processo pôde ser observado no Brasil de Vargas, na ditadura de 1964, e ainda é sentido na forma como percebemos nossa federação[81].

Peguemos de empréstimo, para identificar a origem dessa concepção, a revisão bibliográfica de Raul Machado Horta (2011, pp. 191-192) em seu "Tendências do Federalismo Brasileiro":

> A depressão econômica, o crescimento dos serviços sociais e a revolução tecnológica figuram entre as causas que Wheare relaciona para explicar o crescimento dos poderes federais, sob o prisma da economia desenvolvida. Beard, sem se afastar do quadro daquela economia, demonstra que o governo federal ampliou seu campo de atuação na medida em que se intensificaram as relações entre a economia nacional e as agências governamentais. Não é diversa a compreensão de Roger Pinto, Nicola Jaeger, R. N. Bhargava, Carl J. Friedrich, André Mathiot, Bernard Schwartz e Georges Burdeau,

[81] Após a Constituição de 1946, que definiu a autonomia municipal de maneira ampla, tivemos a experiência da Emenda Constitucional n° 01, de 1969, que significou uma quase que total absorção dos poderes na União, mais especificamente na figura do Poder Executivo, com possibilidade, inclusive, de expedição de Decretos-Leis pelo Presidente (artigo 55, I). Essa tendência, justificada por imperativos econômicos e de segurança, ganhou a alcunha eufemística de federalismo de integração, como se fora uma espécie de "evolução" do federalismo cooperativo, conforme destaca a Professora Fernanda Dias Meneses de ALMEIDA (2010, p. 28): "Falou-se então, eufemisticamente, num federalismo de integração (BUZAID, 1971, p. 40), para designar esta etapa em que a União pontificou, aquinhoada com extenso e significativo rol de competências – as mais importantes, sem dúvida -, que lhe permitiam amplamente condicionar, planejar, dirigir e controlar a atuação dos Estados."

> quando analisam as razões determinantes do crescimento dos poderes federais.

Por sua vez, Gilberto Bercovici (2004, pp. 56-57), em seu "Dilemas do Estado Federal Brasileiro", exprime como o federalismo cooperativo seria justificado pela necessidade de um Estado intervencionista, voltado para implementação de políticas públicas, dado que "***as esferas subnacionais não têm como analisar e decidir***, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional".

Em seguida, o autor (Bercovici, 2004, p. 58) conclui que: "[...] O real problema da descentralização ocorrida pós-1988 é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, ou seja, a falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto."

Ainda, para demonstrar a desconfiança em relação aos poderes locais, Marta T. S. Arretche (1999, p. 136) constata que:

> No Brasil, **há municípios cujos atributos estruturais lhes permitiriam assumir a gestão de políticas sociais sem incentivos** derivados de estratégias de indução advindas dos níveis mais abrangentes de governo. Nestes casos, estratégias de indução podem até mesmo ser desnecessárias. **Mas, a grande maioria dos municípios brasileiros caracteriza-se por baixa capacidade econômica, expressiva dependência das transferências fiscais e fraca tradição administrativa**. Nestas condições, programas de descentralização desenhados de forma a minimizar os custos financeiros e administrativos de gestão passam a ter um peso decisivo na decisão das administrações locais. Dado que a esmagadora maioria dos municípios brasileiros tem baixa capacidade financeira e administrativa, o sucesso de um programa abrangente de reforma do Estado que implique o (re)desenho do modelo nacional de **prestação de serviços sociais depende, necessariamente, da implementação de estratégias deliberadas e adequadas de incentivo à adesão dos governos locais. Ou seja, não basta aumentar as fontes autônomas de recursos das unidades locais da Federação ou transferir recursos de uma maneira geral para que essas unidades passem a assumir funções de gestão das políticas sociais. Da mesma forma, não basta a existência de recursos administrativos, frequentemente herdados de políticas implementadas de forma centralizada**, para que estes sejam postos na operação de programas e serviços sociais. (g. n.)

Somados aos fatores político-econômicos enumerados acima, seguimos uma tendência, aqui e alhures, de creditar ao poder central uma racionalidade superior e uma capacidade maior como planejador, apto a conferir

homogeneidade e justa distribuição de políticas públicas, não mais como concentrador despótico de poderes, com tendências a se tornar corrupto e ineficiente, mas como detentor de melhores condições técnicas para atuar na ordem econômica e social com o fito de atender às demandas que passaram a ser prementes desde o início do século passado e se mostram ainda atuais.[82]

Em outras palavras, se é fato que, quanto maior a necessidade de intervenção (ou atuação) do Estado no domínio econômico e social, maior a tendência de centralização do poder, é provável também que o subdesenvolvimento brasileiro[83] tenha sido utilizado como justificativa alvar para a perpetuação desta forma de interpretar o federalismo no Brasil.

Considerações finais

Desde o início deste artigo, não era nossa intenção, nem poderia ser, esgotar a miríade de fatores que justificam a tendência de interpretação centrípeta do nosso sistema federativo. Tampouco pretendemos atribuir valores relativos de influência para cada fenômeno.

Nossa ideia aqui foi rascunhar, em poucos linhas, no campo da Sociologia da Constituição, onde são encontráveis algumas pistas que indiquem a motivação para aquilo que João Costa-Neto e João Pedro de Souza Mello (2022) chamam de "homicídio do federalismo no Brasil".

Não é possível determinar uma lei de ferro para o centralismo com o qual a federação brasileira e sua distribuição de competências são interpretadas, mas é preciso perscrutar algumas possíveis chaves explicativas sob o ponto de vista histórico e sociológico para esse fenômeno.

Não é demais lembrar que as ideias de um experimentalismo federativo radical são imprescindíveis para pôr em prática a criatividade institucional que, não sendo uma panaceia, representa uma esperança para finalmente implementar os objetivos da República constantes do art. 3º de nossa Carta

[82] Tomamos, como exemplo, as políticas anticíclicas financiadas por muitos governos ao redor do mundo durante a epidemia de Covid-19.
[83] Em certa medida tributário desta mesma doença centralizadora.

Maior, em especial, a promoção do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais.

Nada disso será possível, porém, se não compreendermos e remediarmos os obstáculos que impedem a descentralização política e a efetivação de nosso federalismo.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010.

ARRETCHE, Marta. Políticas Sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 14, n. 40, 1999, p. 111-151.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem e teatro das sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. 2022. In: **Revista General de Derecho Constitucional**. v. 37, 2022, p. 1-28.

FARIA, José Eduardo. **Degradação democrática: o Brasil em risco**. Londrina: Engenho das Letras, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jus, 2017.

FURTADO, Celso. **A fantasia desfeita**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FURTADO, Celso. **Essencial Celso Furtado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil, 2. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HORBACH, Carlos B. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: UniCEUB, v. 3, n. 2, dez. 2013.

HORTA, Raul Machado. Tendências do federalismo. In: BARROSO, L. R. *et al*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais**. v. 1, São Paulo, 2010.

*LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada** e **voto**.* O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Só a união salva o Rio: reflexões políticas e constitucionais sobre a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 2018. *In:* BOLONHA, Carlos *et al.* (orgs.). **Federalismo**: desafios contemporâneos. Porto Alegre: Fi, 2019.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. In: **Revista de informação legislativa** - RIL, Brasília, v. 47, n. 186, abr./jun. 2010, p. 153-169.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. São Paulo: Forense Universitária, 1984.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. A economia política da transformação do nordeste: de Furtado a Unger. **CADERNO CRH**, Salvador, v. 27, n. 70, jan./abr. 2014, p. 201-214.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Chapter XVI: Causes Mitigating Tyranny in The United States – Part I.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático - *The constitution of democratic experimentalism*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 57-72.

ZAGO, Mariana Augusta. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**. 2016. Tese de Doutorado (Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

6. Liberdade de imprensa, liberdade de expressão e a Constituinte de 1933-34

Carlos Alfredo Lopes Graieb[84]

Introdução

A liberdade de expressão ou, mais precisamente, a liberdade de imprensa, foi uma questãorecorrente da Constituinte brasileira de 1933-34. O tema aflorou dezenas de vezes nas 160 sessões parlamentares dedicadas à redação da Carta, como mostram os 22 volumes dos Anaisda Assembleia Constituinte editados pela Imprensa Nacional entre 1935 e 1937.[85]

A incorporação dessas duas liberdades ao texto constitucional, na forma de direitos e garantias, foi por óbvio objeto de debates – assim como a regulamentação da profissãojornalística e o julgamento dos "*crimes de imprensa*", entre outros temas conexos.

Observa-se com alguma surpresa, no entanto, que o assunto que mais ocupou os constituintesfoi o exercício da livre expressão *durante* os seis meses em que o colegiado se reuniu. Protestos contra a censura a jornais foram levados ao plenário em diversas ocasiões. Em maisde uma delas, mostraram que os próprios discursos parlamentares podiam sofrer canetadas docensor quando transcritos na imprensa. Subjacente a esses protestos estava a ideia de que as limitações impostas à opinião pública prejudicavam o próprio processo constituinte.

Dessa forma, sob o prisma das liberdades de expressão e de imprensa, a Constituinte de1933-34 convida a uma dupla ou, até mesmo, a uma tripla

[84] Bacharel e Mestrando pela Faculdade de Direito da USP. Jornalista.

[85] A consulta foi feita à versão digitalizada no site do Senado Federal (https://www25.senado.leg.br/web/atividade/anais/constituintes#1934). Além dos índices disponíveis nos próprios livros, uma busca digital se valeu das seguintes palavras e expressões: "liberdade de expressão", "censura" e "imprensa". Todas as referências a esse material obedecerão ao formato (Volume/Página).

abordagem sociológica. De um lado, uma "*sociologia do poder constituinte*", voltada à análise dos interesses em jogona convocação da Assembleia e na eleição de seus deputados, bem como aos mecanismos necessários para legitimar os trabalhos e o seu produto final, a nova Carta.

Em segundo lugar, no âmbito propriamente dito de uma "*sociologia da constituição*", indaga-se sobre a redação do artigo dedicado às liberdades de expressão e de imprensa sobre as idas e vindas que resultaram na incorporação de certos termos ao texto e no descartede outros. Neste passo, temos em mente o "paradoxo" detectado por Chris Thornhill (2017).Segundo ele, ao mesmo tempo que o conteúdo normativo das constituições é "estruturalmente vital para as sociedades modernas, compondo um domínio de construção de normas do qual dependem a integridade e a coesão da sociedade", elas não podem ser vistas somente como agregados de regras compostos racionalmente, mas também como produtos de mecanismos sociais profundos de legitimação simbólica.

Finalmente, uma "*sociologia da imprensa*" certamente traria resultados relevantes. Ela não cabe neste artigo, mas vale a pena ter em mente qual poderia ser o seu foco. Em uma palestrade 1910, Max Weber apontou, de forma pioneira, para as potencialidades de um estudo dos meios de comunicação. Entre as diversas questões que ele levantou, estava a ligação entre imprensa, grupos políticos e grupos econômicos.

> As relações dos jornais com partidos políticos, aqui e em outros países, suas conexões com o mundo dos negócios e com os grupos numerosos e interesses que influenciam e são influenciados pelo público – tudo isso éuma enorme área para um trabalho sociológico que hoje está apenas em um estágio inicial de desenvolvimento. (WEBER, 1976, p. 98).

A sociologia dos meios de comunicação se tornou há tempos uma disciplina pujante, dona demétodos e conceitos próprios, mas a menção a Weber, com sua ênfase nos jornais, é conveniente: o mundo dos constituintes de 1933-34 ainda tinha na imprensa escrita o seu veículo fundamental, uma vez que o rádio só explodiria em popularidade na década seguinte.Dos jornais conservadores aos operários, as publicações cobriam uma boa gama de posicionamentos políticos. A Constituição de 1934, ademais, se preocupou tanto com o exercício do

jornalismo, reservando à União a competência para regulamentar a profissão, quanto com a propriedade dos órgãos de imprensa, vedando que fosse exercida por estrangeiros e que as empresas se estruturassem como sociedades anônimas.

Buscaremos neste trabalho desenvolver as duas abordagens descritas acima, sobre o poder constituinte e a própria Constituição de 1934. Antes disso, no entanto, cabe esboçar o pano defundo contra o qual se deram a convocação e a realização da Assembleia.

1. Da Revolução de 30 à Constituinte

A Revolução de 30 pôs fim a quase quatro décadas de regime republicano constitucional. O movimento que tinha à frente Getúlio Vargas desencadeou-se em 3 de outubro de 1930. Cercade um mês mais tarde, em 11 de novembro, o Decreto 19.398 estabeleceu as bases jurídicas de um Governo Provisório. Embora mantivesse vigente a Constituição de 1891, o decreto determinava logo em seu primeiro artigo a "reorganização constitucional do país" por meio de uma Constituinte e, até que isso acontecesse, submetia todo o ordenamento jurídico às modificações e restrições exaradas pelo Governo Provisório ou seus delegados. Ficavam suspensos os direitos e garantias constitucionais.

A despeito de ser mencionada logo na primeira hora da revolução, a Assembleia Constituintesó começaria a ganhar vida em 14 de maio de 1932, quando um novo decreto marcou para 3 de maio do ano seguinte as eleições que escolheriam os seus integrantes. Foi criada, além disso, uma comissão para redigir um anteprojeto de Carta.

Nesse meio tempo, o governo havia feito pleno uso de seus poderes. Entre outras medidas, ele deu certidão de nascimento às entidades sindicais, tanto de patrões quanto de trabalhadores. Instituiu dois novos ministérios – o do Trabalho, Indústria e Comércio e o daEducação e Saúde Pública. Criou um novo braço do Judiciário, a Justiça Eleitoral, apoiada em um Código Eleitoral que regulamentava os pleitos e estendia o direito de voto às mulheres.

Nenhuma das realizações que o regime podia mostrar, no entanto, estava apta a estabilizar a situação política do país, que atravessava um verdadeiro

"momento maquiavélico" (FARIA, 1989). Havia censura à imprensa. Havia cisões no Exército. Havia a pressão do movimento tenentista, a essa altura imbuído de ideias estatizantes e autoritárias, que resistia a qualquer proposta de reconstitucionalização. Havia inquietação nas oligarquias estaduais,

especialmente a mineira e a gaúcha, pontas-de-lança da Revolução ao lado da Paraíba: elas seressentiam do poder dado aos tenentes e ameaçavam retirar seu apoio a Vargas.

Havia, por fim, o antagonismo declarado de São Paulo, o grande derrotado nos acontecimentos de 1930. Mesmo depois de agendada a eleição dos parlamentares que deveriam aprovar uma nova Carta, o estado pegou em armas, em 9 de julho de 1932. É que aRevolução Constitucionalista pretendia restaurar, mais do que tudo, o protagonismo dos paulistas no cenário nacional. A empreitada fracassou nesse objetivo e levou muitos de seus participantes ao exílio. Mas, sim, fez com que Vargas se ativesse aos planos anteriormente traçados para a instauração da Constituinte.

A comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de Constituição, que ficou conhecida comoComissão do Itamaraty (porque se reunia no palácio desse nome, no Rio de Janeiro), foi nomeada no final de 1932. Seu presidente era o diplomata Afonso de Melo Franco, Ministro de Relações Exteriores do Governo Provisório. Ao lado do advogado Themístocles Cavalcanti, coube a ele preparar o capítulo de Direitos e Deveres Fundamentais e Cidadania,onde se encontram as normas relacionadas à liberdade de expressão do anteprojeto.

Em maio de 1933, conforme previsto, os 214 deputados das bancadas estaduais foram escolhidos em votação direta. Além deles, 40 representantes classistas, indicados pelos sindicatos reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, foram eleitos em26 de junho: 18 de empregados, 17 de empregadores, 3 das profissões liberais e 2 do funcionalismo público. Vargas e os líderes do tenentismo haviam sido aliados na defesa dessedispositivo. Havia um motivo estratégico para isso. Os delegados classistas deveriam contrabalançar a influência dos grupos regionais, que se mantinham poderosos. No fim, isso não teve importância maior, porque o governismo obteve uma margem confortável

em quasetodo o país: elegeu, por exemplo, 13 de 16 deputados no Rio Grande do Sul; 20 de 22 na Bahia; 31 de 37 em Minas Gerais (GRYNSZPAN e PANDOLFI, 1997).

A aposta num modelo corporativista de representação de interesses, no entanto, transcendia as necessidades do momento. Essa aposta receberia sua formulação teórica mais bem acabadana obra de Oliveira Vianna, em especial em *Problemas do Direito Corporativo,* de 1938. Mas sua ideia motriz já havia sido exposta pelo próprio Vargas, em 1931: "Em vez do individualismo, sinônimo de excesso de liberdade, e do comunismo, nova modalidade de escravidão, deve prevalecer a coordenação perfeita de todas as iniciativas circunscritas àórbita do Estado, e o reconhecimento das organizações de classe como colaboradoras da administração pública." (1938, p. 120).

A Comissão do Itamaraty encerrou seus trabalhos em 3 de novembro de 1933, pouco antes dadata marcada para a reunião da Assembleia Constituinte, 15 de novembro. Nesse dia, realizou-se a sessão solene de abertura dos trabalhos. Vargas leu uma longuíssima e enfadonha "*Mensagem*" aos parlamentares, destrinchando uma a uma, com números etabelas, as tarefas realizadas pelo Governo Provisório até ali. Disse que entregava o anteprojeto de Constituição aos parlamentares sem alterações e que se abstinha de opinarsobre ele – declarações que precisavam ser tomadas com um grão de sal, uma vez que o documento havia sido preparado pelo seu círculo de poder. No dia seguinte, às 14 horas, começaram os debates da Constituinte.

As circunstâncias do início da década de 1930 no Brasil foram bem descritas pelo cientistapolítico Francisco Weffort: "um Estado em crise que se forma e se reforma na busca de respostas à nova situação criada pela crise da economia agrária, pela crise local (e mundial) das instituições liberais, pelos esforços de industrialização autônoma de uma sociedade tradicionalmente agrária e dependente, pela dependência social dos setores médios e pela crescente pressão popular"[86]. A breve vida da Constituição de 1934, derrogada

[86] Trecho da tese de doutoramento do autor, *Classes Populares e Política*, citado em FAUSTO, 1997, p. 24.

menos de 40 meses depois de sua promulgação pelo golpe que deu origem ao Estado Novo, demonstrariaque o país não conseguiu extrair dela os recursos necessários para gerir tamanha complexidade.

2. Os debates da Constituinte

A assembleia teve início com discussões que diziam respeito à natureza e aos limites dos seus próprios poderes: tratava-se de definir se os delegados tinham autonomia para reformar o regimento da Constituinte, estabelecido por decreto pelo Governo Provisório.

Essa questão interna imediatamente se complicou, ganhando contornos políticos. MedeirosNetto, representante da Bahia que viria a ser líder da maioria no plenário, desviou-se da questão do regimento e propôs que os constituintes ratificassem os termos do Decreto 19.398,que havia organizado juridicamente o Governo Provisório e suspendido as liberdades civis, até a promulgação da nova Carta. A intenção era blindar os poderes de Vargas dequestionamentos, mas o efeito foi o contrário.

Aproveitando a sugestão de que a Assembleia dispunha de autoridade para referendar os atos do regime ditatorial, os deputados Sampaio Corrêa e Acúrcio Torres, ambos do Rio de Janeiro, trouxeram à tona o problema de uma Constituinte realizada sob regime de censura à imprensa e com diversas lideranças políticas exiladas.

> A obra de construção jurídico-constitucional de um povo só pode e só deve ser elaborada com o país inteiramente pacificado, sem estados de sítio, com ampla liberdade de imprensa ede opinião. Assim ainda penso hoje: não compreendo, a minha alma de brasileiro recusa-se a admitir possível, eficiente discussão do projeto constitucional enquanto existirem brasileiros com direitos políticos cassados, fora das fronteiras do país, e outros, e muitos outros. e muitos, tendo cerceada a manifestação livre de sua opinião através da imprensa ainda hoje censurada, disse Corrêa (V1/173).

Torres, por sua vez, sugeriu que os deputados estavam autorizados a decretar tanto o fim da censura, tornando possível "a mais ampla crítica com relação à política e à administração do país", quanto uma ampla e irrestrita anistia (V1/193).

O debate sobre a extensão dos poderes da Constituinte não surgiu de maneira imprevista. Tanto é assim que um parecer sobre o tema foi encomendado a ninguém menos que Hans Kelsen, cujas obras começavam a se difundir no Brasil. O convite foi feito por Roman Poznanski, advogado influente e, à época, secretário geral do Instituto Brasileiro de Direito Público. Kelsen despachou sua resposta em 14 de outubro de 1933, de Genebra. Embora elasó viesse a ser publicada numa revista jurídica brasileira em janeiro do ano seguinte, é certoque circulou entre alguns deputados, porque foi citada na quarta sessão da Constituinte por Henrique Dodsworth, representante do Distrito Federal.

O primeiro dos quatro quesitos endereçados a Kelsen dizia respeito, justamente, ao fato de oregimento interno da Constituinte ter sido estabelecido por decreto do Governo Provisório. Ele tinha o direito de fazer essa imposição? Isso não representava uma ofensa à soberania da Assembleia? Poderia essa Assembleia rejeitar o regimento e elaborar um novo?

Kelsen respondeu nos termos de sua teoria pura do direito. Ao contrário do Governo Provisório, afirmou ele, a Assembleia Constituinte, não se havia originado diretamente da Revolução de 30. Ela não dispunha das qualidades de um órgão originário e supremo. Haviasido constituído pelo caminho legal, ou seja, por decretos do Governo Provisório, e por isso sua existência e suas competências decorriam inteiramente daqueles atos decisórios. "A Assembleia Nacional Constituinte não possui outros direitos além dos que lhe foram outorgados pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Por isso ela não tem o direito de revogar oregimento e substituí-lo por outro", escreveu Kelsen (1934, p. 36).

Esse caminho, sólido do ponto de vista formal, não foi aquele adotado pelos constituintes. Eles preferiram uma solução ambígua, informada pelas conveniências políticas: agiram comose tivessem autoridade "soberana" para reformar o regimento interno e também se pronunciarem a respeito dos poderes do Governo Provisório – mas usaram tal "soberania" para ratificar as prerrogativas ditatoriais de Getúlio Vargas, como havia proposto Medeiros Netto.

Reafirmados esses poderes, tornaram-se vazias as ideias de implementar a anistia ou derrubara censura. Mas isso não impediu que os dois assuntos, e especialmente o da liberdade de imprensa, continuassem vindo à baila nos discursos dos deputados críticos ao regime.

Em 16 de dezembro de 1933, na 27ª sessão da Constituinte, Acúrcio Torres (que seria, ao lado de Henrique Dodsworth, o delegado mais combativo no tratamento desse tema) subiu àtribuna para denunciar a prisão do diretor do jornal carioca *A Nação*, cuja circulação, além disso, havia sido suspensa. Com ironia, Torres observou que a notícia que havia desencadeado a censura – o pedido de demissão do Ministro da Fazenda, Oswaldo Aranha –era verdadeira e fora confirmada em nota oficial. O governo, no entanto, se arrogava o controle da divulgação "de tudo quanto possa, a seu ver, trazer intranquilidade à opinião pública" (V2/334). Pior ainda, usava dois pesos e duas medidas nesse controle. Por isso, odeputado apresentou um requerimento para que o Ministro da Justiça comparecesse à Assembleia para explicitar os métodos utilizados na censura – aquela "indébita e irritante fiscalização do pensamento" (idem).

O requerimento só seria levado a discussão no plenário duas sessões mais tarde, em 19 de dezembro. O primeiro a falar foi o gaúcho Vitor Russomano, que justificou as punições ao *A Nação* dizendo que sua direção havia mandado imprimir uma versão do jornal diferente da aprovada pelo agente do governo plantado na redação. Ele fez, além disso, uma defesa genérica da censura – segundo ele, uma "necessidade vital" naquelas circunstâncias históricas, mas exercida "serenamente" e "sem ferir os melindres da própria nacionalidade". Henrique Dodsworth levou então a questão para outro plano, dizendo que a suspensão do jornal carioca havia sido o pretexto para o pedido de explicações, mas não sua causa fundamental, a saber: o programa político da Revolução de 30 havia prometido a supressão de todas as medidas coercitivas da liberdade de pensamento. Cabia então explicar "por que, vitoriosa, a revolução retrocedeu no seu ponto de vista".

Essa discussão prosseguiu com diversas intervenções e apartes – entre eles, a afirmação tão lapidar quanto brutal do getulista Amaral Peixoto, segundo

o qual "um poder ditatorial não pode existir com liberdade de imprensa". Finalmente interveio Oswaldo Aranha, constituinte e integrante do Governo Provisório, dizendo que estava de acordo com a demanda de Acúrcio Torres, para mostrar que o regime não temia prestar contas de seus atos. Foi a senha para a aprovação do requerimento.

No dia 22 de dezembro, os constituintes receberam um ofício do ministro da Justiça Francisco Antunes Maciel. De um lado, ele indicava os supostos critérios de aplicação dacensura, em sete tópicos:

> críticas ao governo, em termos acrimoniosos; agressões e referências pejorativas aos seus membros ; notícias que, de qualquer forma, possam prejudicar a ordem pública e estimular subversões; agressões pessoais, a quem quer que seja; críticas aos governos estrangeiros e seus representantes; quaisquer informações quepossam produzir alarme ou apreensões, mesmo no terreno financeiro e econômico; merosboatos, de tendenciosidade manifesta.

Críticas à administração redigidas em linguagem "serena e elevada", no entanto, seriam toleradas. O segundo aspecto relevante do ofício é queo ministro alegou tê-lo redigido apenas por cortesia e não porque os atos do regime fossem passíveis de fiscalização. Por isso, ele se julgava desobrigado de responder a novas inquirições.

Dessa maneira, fixou-se um padrão. Atos do regime voltados contra jornais eram mencionados todas as vezes que chegavam ao conhecimento de deputados não alinhados ao governismo, às vezes por meio de telegramas despachados dos estados no calor da hora. Em algumas ocasiões, as discussões se tornaram acirradas, como quando a circulação de *O Globo* foi interrompida por dois dias (V7/153-183) – um episódio que, incidentalmente, demonstrouque a transcrição dos discursos dos constituintes também era alvo dos censores. Ou quando a redação do jornal *O Estado,* de Pernambuco, foi invadida pela polícia (V9/83-84 e 165-167). Deputados socialistas como Acir Medeiros também fizeram registrar ataques a jornais proletários como *O Trabalho* (V13/463) e restrições a encontros operários. Em 9 de abril de 1934, ele discursou dizendo que "a liberdade da palavra, Sr. Presidente, não existe. Se existisse, para a realização de assembléias nas organizações sindicais, não haveria necessidade de licença

prévia da Chefatura de Polícia" (V13/466). Requerimentos com pedidos de esclarecimento endereçados ao governo, no entanto, não voltaram a ser aprovados. Nem o Governo Provisório voltou a justificar suas ações.

3. A positivação da liberdade de imprensa na Constituição de 34

Pode-se dizer que o Brasil já dispunha de uma tradição constitucional sobre liberdade de imprensa em 1934. As Cartas de 1824 e 1891 haviam abraçado o modelo liberal e garantidoessa franquia, em termos quase idênticos, em um parágrafo ou inciso do artigo dedicado aosdireitos fundamentais.

Constituição de 1824:

> Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, quecometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

Constituição de 1891:

> Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna,sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

Durante a Constituinte de 1933-34, o dispositivo sobre liberdade de imprensa, mais uma veztratado como parágrafo ou inciso do artigo relativo à "inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade", teve três encarnações: a do anteprojeto, a do substitutivo e a do texto final. Entre as 1244 emendas apresentadas pelos parlamentares, localizamos apenas uma, preparada por um grupo de delegados gaúchos, que se estendeu no tratamento da liberdade de imprensa e pretendeu dedicar-lhe um artigo autônomo. Essa proposta não deixououtros rastros.

As diferenças entre as três redações são pequenas, mas não irrelevantes.

Anteprojeto:

> Em todos os assuntos é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou outra qualquer maneira, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que praticar, nos casos e pela forma que a lei prescrever. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direitode resposta.

> O aparecimento de livro ou periódico independe de licença de qualquer autoridade, limitando-se a lei exclusivamente a tomar medidas quanto a publicações, espetáculos ourepresentações imorais.

Substitutivo:

> É livre a manifestação do pensamento, independente de censura, sob a responsabilidade de cada um pelos abusos que cometer; a) não é permitido o anonimato; b) é assegurado o direito de resposta; c) a lei adotará medidas restritivas e proibitivas de publicações, espetáculos e representações imorais, bem como de qualquer propaganda de guerras, preconceitos de raça, cor ou religião, e de processos violentos para modificação do regimepolítico e social.

Texto final:

> Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Dois fatos chamam atenção no texto final: a introdução da censura a "espetáculos e entretenimentos" e a proibição de certo tipo de discurso político, "propaganda de guerra oude processos violentos para subverter a ordem política ou social".

Em comparação com as versões antecedentes, a redação final foi mais amena ao excluir publicações do rol dos produtos passíveis de censura e ao garantir que essa só seria aplicávela espetáculos e diversões públicas. A menção aos conteúdos "imorais" também sumiu, mas é indubitável que a mira do constituinte permanecia voltada contra aquilo que poderia ofender os bons costumes.

Ausente do anteprojeto, a ideia de que certos tipos de discurso devem ser tolhidos surge demaneira surpreendente no substitutivo, com a proibição à propaganda política calcada nos preconceitos de raça, cor e religião. Caso tivesse sido adotada, a proposta teria sido uma considerável inovação constitucional – a França, por exemplo, só teria uma lei semelhante em 1939 e outros países europeus, como Alemanha e Itália, em breve seguiriam na direção contrária,

criando leis raciais discriminatórias. Não conseguimos localizar a origem dessa proposta nos Anais da Constituinte – ricos, contudo, em manifestações pessoais de parlamentares que se dizem avessos aos preconceitos raciais, mas preocupados com o influxode certos grupos de imigrantes, como os orientais ou negros, ao Brasil. Também não foi possível identificar o modelo e os motivos por que ela foi abandonada. Como observou Ângela Maria de Castro Gomes, muitas decisões sobre o substitutivo, na reta final, foramtomadas em "pequenas reuniões onde alguns líderes mais expressivos acomodavam os desacordos, num exercício de transação de idéias, em torno de fórmulas conciliatórias".

Caso bem diferente é o da repressão a discursos violentos contra a ordem política ou social, proposta do substitutivo acolhida pelo texto definitivo da Constituição. Essa ideia tem raízes profundas no direito ocidental, que o liberalismo havia buscado cortar a partir de finais do século 18. As constituições brasileiras de 1824 e 1891 haviam acatado, nesse ponto, a pregação liberal e a presença desse dispositivo na nova Carta representou uma ruptura comaquela incipiente tradição. O que nos leva à seção final deste trabalho.

Conclusão

Segundo Gilberto Bercovici (2009, pg. 405), a Constituição de 1934 foi interpretada comfrequência nos termos propostos por Carl Schmitt a propósito da Constituição de Weimar. Ambas seriam marcadas por ambiguidades e "compromissos dilatórios", ou seja, pela utilização de fórmulas que apenas jogavam para mais tarde a solução de impasses sociais,políticos e econômicos. A contradição fundamental no caso da Carta brasileira, afirma Bercovici, advinha da "mistura de liberalismo e medidas sociais" – essas últimas, materializadas em dispositivos sobre educação, cultura, saúde ou trabalho, sem esquecer a menção inédita a um "direito à subsistência" plantado entre as garantias tradicionais à liberdade, à segurança individual e à propriedade, no *caput* do mesmo artigo 113 queprotegia a liberdade de imprensa.

Para o tema deste trabalho, no entanto, importa sobretudo a disjunção entre uma ordem política liberal calcada na pluralidade de partidos e na crítica

permanente realizada pelos jornais, e o projeto corporativista que pretendia organizar a sociedade em associações representativas dos interesses profissionais e classistas, sob a tutela do Estado.

Segundo Oliveira Vianna (1927, p. 96), que viria a se tornar um dos grandes teóricos (eideólogos) brasileiros do corporativismo, a opinião pública era canalizada de duas maneiras no Brasil: pela imprensa e pelos partidos políticos. Os jornais, porém, não seriam mais que "uma expressão da opinião dos partidos", o que tornaria esses últimos a única fonte contínua de opinião pública no Brasil. Por isso, Vianna torce para que os grupos econômicos – da indústria, do comércio, da lavoura – aprendam a se apresentar diante do governo como "uma massa de interesses conscientes de si mesmos". Isso permitiria vislumbrar um futuro onde haveria verdadeiros partidos políticos e não partidos dominados por "oligarquias broncas".

Essa percepção dos vínculos entre jornais, partidos e oligarquias – embora simplificadora da realidade mesmo no momento em que foi feita (ela negligencia, por exemplo, a existência de uma imprensa operária) – sugere razões por que o Governo Provisório, depois de ceder às pressões para convocar a Constituinte, resiste em levantar a censura durante os trabalhos da assembleia, a despeito das repetidas alegações por diversos delegados de que as restrições à liberdade de imprensa em meio a um processo constituinte enfraquece esse mesmo processo.

O problema poderia ser formulado nos termos da teoria da democracia de Habermas (1996), segundo a qual um quarto tipo de legitimação do poder (para além dos três tipos ideais de Weber) resulta da "divisão de trabalho" entre os processos de deliberação institucionalizados nos parlamentos, de um lado, e os processos informais de comunicação da esfera pública, de outro. O Governo Provisório, no entanto, apostou num mecanismo de legitimação que prescindiu dessa contribuição da esfera pública. Preferiu manter os jornais sob controle (ou sob ameaça) em vez de atender a esse tipo de demanda normativa. Lembremos da frase seca do constituinte Amaral Peixoto: "um poder ditatorial não pode existir com liberdade de imprensa".

A maneira como as liberdades de expressão e de imprensa foram estabelecidas na Constituição de 34 também é marcada pela dubiedade. São liberdades atenuadas pela imposição da censura aos espetáculos – que, obviamente, vai demandar um aparato burocrático para se realizar – e de limites incertos para o discurso político. Convém lembrar que a Constituição tinha outros artigos que permitiam ao Estado influir sobre ojornalismo, como a reserva de competência para regulamentar a profissão.

Se essa forma ambígua de incorporação de um direito liberal clássico ao texto constitucional representava um "compromisso dilatório" entre as vontades do chefe do Governo Provisório e seu círculo e a pressão de grupos liberais e oligarquias, a tensão seresolveu pouco mais de três anos depois, no final de 1937, quando Vargas deu um novo golpe de Estado e, dessa vez, inscreveu claramente a censura na Constituição que outorgou ao país.

O Estado Novo demonstrou que também a censura poderia ter um papel legitimador: devidamente casada com a propaganda, ela permitiria que as mensagens do Estado fossem amplificadas, silenciando as vozes ao redor. Poria em movimento um "mecanismo de passividade", cujo objetivo é "cultivar um sentimento de resignação face ao regime, demonstrando sua força, coesão e invulnerabilidade". A Constituição de 37 decretou que a imprensa, por exercer uma função pública, não poderia recusar a veiculação de materiais enviados pelo governo. A partir dali, ela teria um papel acessório a cumprir na realização do "projeto nacional" varguista.

Referências

ANAIS DO SENADO, CONSTITUINTE DE 1934, https://www25.senado.leg.br/web/atividade/anais/constituintes#1934 - Consultado em11/12/2023

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo (1990) **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra.

ARAÚJO, Gabriel Frias (2017) **Da Revolução à Constituição:** Legalidade, legitimidade e os dilemas da Constituinte na formação do Estado Moderno Brasileiro em Vargas (1930-1934). Dissertação (Mestrado em Direito) – UNESP/Franca.

BERCOVICI, Gilberto (2009) Tentativa de Instituição da Democracia de Massas No Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1946). *In:* FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira (orgs.). **História do Direito em Perspectiva.** Curitiba: Juruá. p. 375-413.

DUKALSKIS, Alexander e GERSCHEWSKI, Johannes (2017) What autocracies say (and what citizens hear): proposing four mechanisms of autocratic legitimation, **Contemporary Politics**, UK: Routledge.

FARIA, José Eduardo (1989) **O Brasil Pós-Constituinte**. São Paulo: Graal.

FAUSTO, Boris (1997) **Revolução de 1930 - História e Historiografia**, São Paulo: Companhia das Letras.

GOMES, Ângela Maria de Castro (S/D) **A Assembleia Constituinte de 1934**, Atlas Histórico do Brasil, FGV-CPDOC, https://atlas.fgv.br/verbete/5740 - Consultado em 10/12/2023.

GRYNSZPAN, Mario e PANDOLFI, Dulce Chaves (1997) Da Revolução de 30 ao Golpe de37: A depuração das elites, **Revista de Sociologia e Política,** v. 9, p. 7-23

HABERMAS, Jürgen (1996) **Between Facts and Norms:** Contributions to a DiscourseTheory of Law and Democracy. Cambridge: The MIT Press.

KELSEN, Hans (1934) A Competência da Assembleia Nacional Constituinte, **Política: Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia**, vol. 1/1, Rio de Janeiro, p.34-43.

POLETTI, Ronaldo (2012) **1934**, Constituições Brasileiras - Vol. III, Brasília: Senado Federal.

THORNHILL, Chris (2017), The Sociology of Constitutions, **Annual Review of Law and Social Science**, v. 13, p. 493-513.

VANNUCCHI, Marco Aurélio (2019), O corporativismo como estratégia: governo Vargas,apoio social e a constituinte de 1933-1934, **Ler História**, v. 75, p. 65-87.

VARGAS, Getúlio (1938) **A Nova Política do Brasil**, Vol. 1, Rio de Janeiro: José Olympio.

VARGAS, Getúlio (1938-II) **A Nova Política do Brasil**, Vol. 2, Rio de Janeiro: José Olympio.

VIANNA, Oliveira (1927) **O Idealismo da Constituição**. Rio de Janeiro: Terra de Sol.

WEBER, Max (1976) Towards a Sociology of the Press, **Journal of Communication**, v.23, n. 3, p. 96-101.

7. A Constituição Riograndense de 1947 e a representação interventiva nº 94: entre criatividade e centralismo

Pedro Hiroshi Watanabe di Gesu [87]

Considerações iniciais

Este artigo trata de um episódio um tanto quanto desconhecido[88] do perene debate entre presidencialistas e parlamentaristas do Brasil: a promulgação, em 08 de julho de 1947, pela Assembleia Constituinte do Estado do Rio Grande do Sul, de uma constituição estadual de inspiração parlamentarista (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947). Uma explicação plausível para a relativa obscuridade do episódio reside na modestíssima vigência do sistema parlamentarista: provocado pelo Procurador-Geral da República, Themístocles Cavalcanti, mediante representação do Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Walter Jobim, em 17 de julho de 1947, o Supremo Tribunal Federal acolheu a representação interventiva nº 94 e declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos parlamentaristas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947), determinando sua modificação, realizada pela Assembleia Legislativa Estadual em 14 de agosto de 1947, pela emenda constitucional nº

[87] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2020). Aluno do Mestrado em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

[88] Uma evidência interessante da obscuridade do episódio está na obra História Constitucional dos Estados Brasileiros, de Paulo Bonavides e Flávio Sátiro Fernandes. A seção do livro dedicada à Constituição Riograndense de 1947 nada diz a respeito de sua natureza originariamente parlamentarista, limitando-se a mencionar que "aos 14 de agosto do mesmo ano, pouco mais de um mês após sua promulgação, já recebia sua primeira emenda – aliás, bastante substancial" (BONAVIDES; FERNANDES, 2014, p. 56). Uma exceção ao relativo esquecimento do episódio está na monografia de Diego dos Santos (2022), que buscou reconstitui-lo do ponto de vista histórico e serviu de importante ponto de partida para as reflexões deste artigo.

01/1947 (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947; BONAVIDES; FERNANDES, 2014, p. 56).

Mas se a constituição parlamentarista gaúcha vigorou por pouco mais de um mês, por que dedicar-lhe um estudo como este? Minha resposta é que o episódio antecipa dilemas e equívocos que até hoje persistem no direito constitucional brasileiro. Como buscarei demonstrar, no processo constituinte gaúcho de 1947 já era possível encontrar os principais motes dos debates acerca do sistema de governo e os limites da "criatividade institucional"; e da liberdade de auto-organização dos Estados e o chamado "princípio da simetria". O texto apresentará a seguinte ordem: começarei com uma exposição e contextualização do texto constitucional riograndense de 1947, seguida de um relato de como sua constitucionalidade foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Na sequência, apresentarei uma análise, sob os dois enfoques mencionados acima, sugerindo lições que podem ser extraídas do exemplo gaúcho.

1. A Constituição Riograndense de 08 de julho de 1947

A Constituição Riograndense de 08 de julho de 1947 estabelecia, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Hannemann Guimarães, "sem rebuços, o regime parlamentar, com todas as suas consequências, com todos os seus caracteres" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 80).[89-90] Seu texto dispunha que o "Poder Executivo" seria "exercido pelo Governador e pelo Secretariado" (art. 65) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 13), sendo este composto de um "Chefe do Secretariado" selecionado pelo Governador entre os membros da Assembleia Legislativa (art. 78) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 14), responsável pela indicação dos "demais

[89] Na realidade, o enquadramento do sistema como "*parlamentarista*" não é tão simples, pois a Constituição Riograndense mantinha a eleição direta do Governador (art. 68) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 13). Esse detalhe não é de pouca importância, já que pode influenciar na "legitimidade" reconhecida ao governador (UNGER, 2001, p. 151). No entanto, é fácil de explicá-lo no voto do Ministro Hannemann Guimarães, já que o "conceito de semipresidencialismo só foi identificado rigorosamente nos anos 1970" (ELGIE, 2011, p. 10).

[90] No mesmo sentido, Raul Machado Horta: "A Constituição do Rio Grande do Sul, exprimindo a vocação de correntes historicamente comprometidas com a pregação do regime parlamentar, estruturou, de forma completa, o parlamentarismo estadual [...]" (HORTA, 1988, p. 98).

Secretários de Estado", "nomeados e demitidos pelo Governador" (art. 77 e art. 93, inc. I) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 14 e 16), que deveriam em qualquer caso "satisfazer as condições de elegibilidade dos membros da Assembleia Legislativa" e se sujeitar "às mesmas incompatibilidades e proibições" (art. 79) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 15); previa também que "Logo depois de constituído", caberia ao Secretariado comparecer "perante a Assembleia" e apresentar o "programa de governo" (art. 80) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 15) e "dar à Assembleia Legislativa, às suas comissões, e ao Governador do Estado, todas as informações que, a respeito dos serviços de suas secretarias" fossem "solicitadas" (art. 91) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 15), dependendo de sua confiança e devendo "demitir-se" quando lhes fosse "negada" (art. 82) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 15); para isso, o texto ainda regulava a "moção de desconfiança ao Secretariado ou a qualquer de seus integrantes" (art. 83 e art. 93, inc. I) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 15-16) e estabelecia como contrapeso a possibilidade de dissolução da Assembleia Legislativa, "a fim de apelar para o pronunciamento do eleitorado", mediante solicitação de "Secretariado colhido por uma moção de desconfiança" (art. 84 e art. 93, inc. IV) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 15-16); o texto era ainda explícito ao definir que incumbiria ao Secretariado "exercer a direção da administração" (art. 94, inc. I) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 16), inclusive "organizar, reformar ou suprimir os serviços públicos do Estado" (art. 94, inc. IV) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 16); e "expor, em mensagem lida pelo Chefe do Secretariado, perante a Assembleia Legislativa, por ocasião da abertura da sessão anual, a situação dos negócios do Estado, propondo as providências que julga[sse] necessárias" (art. 94, inc. VI) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 17); e que o Governador do Estado não teria "responsabilidade política", que caberia "aos Secretários pelos assuntos relativos às respectivas pastas" (art. 99) (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 18).

Qual é a explicação para essa peculiar arquitetura? Em importante estudo histórico do episódio, Diego dos Santos demonstrou que a vitória do parlamentarismo na assembleia constituinte gaúcha não se deu, propriamente, no plano das ideias, mas resultou de uma inusitada combinação de votos dos deputados do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), do Partido Libertador (PL) e do Partido Comunista Brasileiro (PCB) (SANTOS, 2022). Como voltaria a acontecer na história nacional,[91] a vitória parlamentarista se deu muito mais em razão da conjuntura política do que de uma preferência programática dos deputados constituintes.

De acordo com Santos, a adesão dos petebistas foi pragmática e instrumental: derrotados nas eleições para o governo do Estado, vencidas por Walter Jobim, do Partido Social Democrático (PSD), os petebistas haviam conquistado a maioria na Assembleia Legislativa e viam na aliança com o Partido Libertador um caminho para realização de sua política social:

> De acordo com Kenny Braga (2004, p. 32), Pasqualini sugeriu à bancada do PTB que fizesse o acordo com PL, mesmo acreditando que o parlamentarismo pudesse ser derrubado pelo Supremo Tribunal Federal. Em troca do apoio ao parlamentarismo, o PL votaria com o PTB na aprovação de um capítulo que tratasse 'Da Ordem Econômica e Social', visando garantir ao Poder Executivo condições para promover reformas sociais e para a promoção de trabalhadores do campo e da cidade, preocupações do programa solidarista de Pasqualini (SANTOS, 2022, p. 87).

A adesão dos comunistas ao projeto parlamentarista se deu em bases ainda mais precárias. De acordo com Santos, o apoio dos comunistas constituiu uma retaliação à cassação do registro de seu partido pelo Governo Federal de Eurico Gaspar Dutra, correligionário do governador Walter Jobim:[92]

> No caso do PCB é evidente que o que pesou na escolha foi a política anticomunista do governo do General Dutra, que cassou o registro político do partido no mês anterior à votação da Constituição gaúcha. Lendo o posicionamento do partido, o deputado Júlio Teixeira

[91] Faço referência, é claro, ao episódio da emenda constitucional nº 04, de 1961, "*solução postiça*" à crise instaurada pela renúncia de Jânio Quadros e oposição à ascensão de João Goulart à presidência da república (SCHWACZ; STARLING, 2018, p. 436). Como veremos a seguir, essa não é a única coincidência entre os dois acontecimentos.

[92] A propósito, é relevante registrar que Dutra buscou influenciar o processo constituinte gaúcho, chegando a discursar, em Porto Alegre, contrariamente à proposta parlamentarista (SANTOS, 2022, p. 116-119).

> lamentou a insistência do PSD em apoiar aquilo que ele chamou de 'ditadura do sr. General Eurico Gaspar Dutra. [...] Diante disso, justificando o voto da bancada, afirmou o deputado comunista:
>
> É evidente, sr. Presidente e srs. Deputados, que nós não nos sujeitamos a esta situação e, muito menos, iríamos dar apoio aos que negam existência legal para nós. Estamos colocados assim junto aos que se opõem ainda ao arbítrio e à violência e daí por que negamos, neste momento, qualquer apoio às forças que se portam antidemocraticamente [....] Sr. Presidente, srs. Deputados. Acima de tudo devemos voltar os nossos olhos para os interesses do povo e, sob este aspecto, ainda considero feliz a nossa posição porque, se este povo que compareceu a esta Casa, ovacionou o parlamentarismo da maneira que o fez, então é porque, realmente, o parlamentarismo constitui uma forma democrática de governo e o povo a deseja e nós deveremos, mais uma vez, estar ao lado do povo (SANTOS, 2022, p. 147-1478).

Entre os três, somente o Partido Libertador aderia programaticamente a proposta. De acordo com Santos, além de naturalmente desejarem participar do governo, os libertadores enxergavam nos estados uma possível vitrine para a causa parlamentarista (2022). Por trás dessa iniciativa havia um dos maiores defensores do parlamentarismo no Brasil: Raul Pilla [93] (SANTOS, 2022). No ano anterior, Pilla, deputado constituinte pelo Partido Libertador, introduzira, sem sucesso, uma emenda parlamentarista ao projeto de constituição federal, derrotada em um acachapante placar de 154 a 69 (NOGUEIRA, 2005, p. 473-474). Ao longo de sua vida política, Pilla mais algumas vezes tornaria à carga em defesa do parlamentarismo no governo federal, obtendo, enfim, passageiro sucesso com a Emenda Constitucional nº 04/1961 (BRASIL, 1961; QUEIROZ, 2015; PAIXÃO e BARBOSA, 2013). Antes disso, contudo, Pilla assumiria o papel de "*porta-voz*" do parlamentarismo nas constituições estaduais.

Em abril de 1947, quando se iniciavam os trabalhos das constituintes estaduais (SANTOS, 2022), Raul Pilla esteve na Biblioteca Municipal de São Paulo, a convite da Associação dos Advogados de São Paulo, para defender a constitucionalidade da adoção do parlamentarismo nas novas constituições dos estados (SANTOS, 2022; O PARLAMENTARISMO, 1947). Em fala intitulada "O

[93] Tão conhecido é o protagonismo de Raul Pilla na defesa do parlamentarismo que seu nome chega a ser usado, por Paulo Bonavides e Paes de Andrade, como sinônimo de defesa do sistema de governo, quando dizem que Agamenon Magalhães "foi o Raul Pilla da Constituinte de 1933" (BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 1991, p. 303).

Parlamentarismo nas Constituições Estaduais",[94] Pilla afirmou que "se ainda não realizamos a reforma salvadora no governo da União, nada impede a realizemos nos Estados" (PILLA, 1947a). Sua exposição fiava-se na independência organizativa dos estados: para Pilla, a Constituição de 1946 era presidencialista "somente quanto ao governo da União, que lhe cumpria organizar, não quanto aos Estados, que, sendo autônomos, possuem uma relativa liberdade de organização":

> Ninguém nega seja presidencial a Constituição de 18 de setembro. É uma triste verdade: reincidimos no erro, apesar da dolorosa experiência de mais de meio século. Mas pouco importa isto, quando à organização política dos Estados. O sistema presidencial, institui-o a Constituição para a União, e não para os membros dela: os poderes que organizou foram os federais, e não os estaduais. Muita gente parece não haver claramente percebido este fato elementar. [...]
> Insistamos: é presidencialista a Constituição de 18 de setembro: é-o, porém, somente quanto ao governo da União, que lhe cumpria organizar, não quanto aos Estados, que, sendo autônomos, possuem uma relativa liberdade de organização. Desconhece-lo seria negar a própria ideia federativa e encaminhar-se para o centralismo absorvente e dominador (PILLA, 1947a).

Pilla sabia que o sucesso dessa tese dependia da interpretação do art. 7º, inc. VII, da Constituição de 1946, em que prevista a intervenção federal para "assegurar a observância" dos princípios da União, especialmente os princípios da "a) forma republicana representativa", "b) independência e harmonia dos Poderes"; e "c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes" (BRASIL, 1946). Contra o fantasma da intervenção federal, Pilla dedicou-se em sua fala a demonstrar a compatibilidade do parlamentarismo com os princípios sensíveis. Seu primeiro argumento tinha viés histórico. Em 1926 e 1934, o presidencialismo havia sido, respectivamente, incluído e excluído dos princípios da União; e essa supressão fora mantida pela Constituição de 1946:

> A princípio, para os primeiros constituintes republicanos, sinônimos eram república, federação e presidencialismo, como o eram também, de outra parte, monarquia, centralização e parlamentarismo. E embora se não houvesse enumerado os princípios constitucionais da União, a todos parecia coisa líquida e certa que somente segundo o modelo

[94] Devo a desta palestra também ao estudo de Diego dos Santos (2022).

> presidencial se poderiam organizar os Estados. Tal pensamento chegou a cristalizar-se na reforma de 1926, que incluiu o regime presidencial entre os princípios constitucionais. Mas já sob inspiração diversa se elabora a constituição de 1934. A própria organização do poder federal abandona a rígida e esquemática separação anterior e permite o comparecimento dos ministros ao Congresso; e sob a influência da corrente parlamentarista, já numerosa no seu seio, a Assembleia Constituinte relega à disposição restritiva de 1926 e exclui o governo presidencial dentre os princípios constitucionais. Finalmente, avolumava-se, em 1946, a corrente parlamentarista, que por pouco não prevalece, e às unidades federadas se deixa expressamente maior liberdade de organização, inclusive a de adotar o sistema parlamentar. (PILLA, 1947b).

No entanto, Pilla tinha diante de si a necessidade de afastar as "objeções inconsistentes" de que o parlamentarismo colidia com os demais princípios sensíveis, especialmente a "independência e harmonia dos Poderes" (PILLA, 1947c, 1947d). De acordo com Pilla, o problema do argumento era tentar vincular as expressões "independência" e "harmonia" com o presidencialismo, perdendo de vista que:

> Não há, em direito constitucional, dois princípios diversos - o da divisão dos poderes, mais geral e característico da democracia representativa, e o da independência dos poderes, mais restrito e próprio do governo presidencial: não há dois princípios distintos, senão um só e mesmo princípio, que tem recebido indiferentemente qualquer das referidas denominações (PILLA, 1947d).

Apoiando-se em Montesquieu, Madison e Blackstone, Pilla argumentou que

> [...] todos sustentam e preconizam o mesmo princípio e que este não é o da independência absoluta (que seria, aliás, impraticável) senão somente o da simples separação ou divisão, justamente para que, influenciando-se mutuamente, reagindo uns sobre os outros, sejam eles obrigados a conter-se na sua própria esfera. (PILLA, 1947d)

Pilla também respondeu a segunda objeção de que a possibilidade de dissolução da assembleia intrínseca ao parlamentarismo era incompatível com o princípio da temporariedade das funções eletivas. Para Pilla, o argumento o problema do argumento era confundir a limitação das funções eletivas com sua fixação:

> [..] no texto invocado não há fixação, senão somente limitação - limitação para cima, e não para baixo -- do período dos mandatos eletivos. Quer isto dizer que o mandato do governador não poderá durar mais de cinco anos e o de deputado mais de quatro: mas se assim o entenderem as

> respectivas assembleias constituintes, tais mandatos poderão ter a duração de quatro, três, dois anos (PILLA, 1947c).

Havia ainda outra dimensão da objeção. Em razão do art. 2º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946[95], os mandatos dos governadores e deputados eleitos em 19 de janeiro de 1947 deveriam se encerrar na mesma data que o mandato do Presidente da República (BRASIL, 1946). A consequência disso seria a impossibilidade de dissolução das assembleias até 1951 (PILLA, 1947c). Pilla respondeu que essa limitação transitória não poderia impedir os Estados de adotar para o longo prazo o sistema de governo mais adequado:

> O TRANSITÓRIO NÃO SE PODE SOBREPOR AO PERMANENTE
> Trata-se, demais, de uma disposição transitória, que se refere exclusivamente aos mandatos resultantes da primeira eleição. Seria lícito -- pergunto eu -- transformar esta disposição ocasional e transitória em regra interpretativa do texto permanente da Constituição? Em outros termos, sendo claro, evidente e manifesto o pensamento do legislador constituinte -- permitir aos Estados a adoção de outro regime que não o presidencial -- seria razoável que a uma disposição ocasional e transitória, sem nenhuma relação direta com o sistema político, viesse baldar esse pensamento? Não é de crer. Seria simplesmente absurdo (PILLA, 1947c).

Graças à improvável união de petebistas, libertadores e comunistas, essas ideias não demoraram a ser postas à prova. A vitória do parlamentarismo não foi aceita pelo Governador Walter Jobim nem por seus correligionários pessedistas, que se recusaram a comparecer ao ato de sua promulgação (SANTOS, 2022, p. 158-162). A constitucionalidade do desenho foi logo levada ao exame do Supremo Tribunal Federal. É o que veremos na próxima seção.

2. O julgamento da representação interventiva nº 94, de 1947

Provocado pelo Governador Walter Jobim (SANTOS, 2022), o Supremo Tribunal Federal acolheu, à unanimidade, a representação interventiva nº 94, de 1947, declarando a inconstitucionalidade dos "arts. 76, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 86, 87

[95] "Art 2º - O mandato do atual Presidente da República (art. 82 da Constituição) será contado a partir da posse. [...] § 3 º - Os mandatos dos Governadores e dos Deputados às Assembléias Legislativas e dos Vereadores do Distrito Federal, eleitos na forma do art. 11 deste Ato, terminarão na data em que findar o do Presidente da República." (BRASIL, 1946)

e 89 – e bem assim os dispositivos que, no corpo da Constituição ou no Ato das Disposições Transitórias, os pressupõem, os quais dever[iam] ser modificados ou ter redação diferente" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 78). Foi esta a ementa do julgamento:

> - Questões preliminares: Declaração de inconstitucionalidade em tese - Decisão, e não parecer - Que atos abrange - Só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados em o nº VII do art. 7º da Constituição - Como deve ser entendida essa limitação - Decisão executável mediante a sanção política da intervenção - Caráter excepcional da nova atribuição confiada ao Supremo Tribunal. - Termos de Argüição: - O Parlamentarismo no estatuto Sul Riograndense - O secretariado como órgão do Governo articulado com a assembléa no plano da confiança política - Exame dos diversos dispositivos apresentados pela Procuradoria Geral da República - Poder executivo uni-pessoal no Governo Presidencial - Cisão do poder executivo no Governo Parlamentar - Poder executivo nominal, formal ou apenas "de jure" reservado ao Chefe de Estado, no sistema parlamentar - O Governo Parlamentar só se concilia com o princípio dos poderes separados mediante o expediente daquela cisão incompatível com as instituições federais - Montesquieu e o advento do parlamentarismo na Grã-Bretanha - O mecanismo dos poderes é governado por freios e contrapesos, que são sòmente os admitidos na Const. Federal - A dissolução da assembléa seria um contrapeso não cogitado e incompatível com o mandato legislativo de duração prefixada - Termos em que a Constituição permite a penetração dos poderes executivo e legislativo - outros aspétos. (Rp 94, Relator(a): CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 17-07-1947, DJ 11-07-1949 PP-01639 COLAC VOL-00924-01 PP-00037) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947).

Em seu voto condutor, o Ministro Castro Nunes tornou aos mesmos pontos que haviam sido abordados por Raul Pilla em sua palestra na Biblioteca Municipal de São Paulo, alcançando, no entanto, conclusões diametralmente opostas às do deputado gaúcho. Partindo da premissa de que a "enumeração [do art. 7º, inc. VII] é taxativa, é limitativa, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal", mas "cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão", Castro Nunes concluiu que a adoção parlamentarismo seria incompatível com o princípio da separação dos poderes (art. 7º, inc. VII, alínea "b") e com o mandato legislativo de duração prefixada (art. 7º, inc. VII, alínea "c") (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 50).

Castro Nunes apresentou dois argumentos pela incompatibilidade com a separação de poderes. Em primeiro lugar, os Estados não poderiam efetivar o princípio da independência e harmonia dos poderes "mediante freios e contrapesos outros, além dos estabelecidos para o seu funcionamento no sistema federal", "sobretudo quando a inovação muda inteiramente a fisionomia do regime" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 72). Mesmo reconhecendo a existência de "regimes médios, fórmulas de combinação do parlamentarismo e do presidencialismo, atenuações ou temperamentos que serão variantes de um e de outro sistema", inclusive na tradição constitucional brasileira, Castro Nunes defendeu que essas só poderiam ser estabelecidas por uma "Constituinte Nacional que age soberanamente":

> Estou procurando mostrar que o argumento das modernas fórmulas e das diferentes variantes possíveis que, segundo alguns, podem não desfigurar o presidencialismo, tem razão de quando se trata de Constituinte Nacional que age soberanamente.
> Cada Nação é livre de adotar o arranjo constitucional que lhe convier, sem se ater aos paradigmas teóricos ou doutrinários. Pode combinar como entender o parlamentarismo com o presidencialismo, mediante fórmulas novas em que se acusará mais acentuadamente este ou aquele. Não é esse, porém, o caso de um Estado-membro, cujo poder constituinte está limitado. Se o governo instituído no país é o presidencial, ainda que atenuado por alguma ou algumas fórmulas de transação com o parlamentarismo, serão essas atenuações, essas acomodações dos dois princípios as que estarão ao alcance do poder institucional subordinado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 61-62).

Em segundo lugar, o parlamentarismo seria sempre incompatível com o princípio da independência e harmonia dos poderes, inevitavelmente redundando na prevalência do legislativo sobre o executivo, um dado demonstrado pela própria experiência nacional durante o império (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 67-72 e p. 75). De acordo com Castro Nunes, essa incompatibilidade entre o parlamentarismo e a independência e harmonia dos poderes que teria causado a omissão do presidencialismo entre o rol de princípios da União:

> Objeta-se que o governo presidencial não figura na enumeração dos princípios constitucionais a que devam obediência os Estados na elaboração de suas constituições e leis [...].

> Acrescenta-se (na discussão do assunto, em discursos e explanações que me foram encaminhadas) que, na Assembleia Nacional, a emenda do deputado Hermes Lima, que propusera a menção, entre aqueles princípios, da exigência do governo presidencial, caiu em plenário no debate travado precisamente em torno da possibilidade, que se pretendia reservar aos Estados, de instituírem formas parlamentaristas no mecanismo dos seus poderes. Mas a omissão, no texto, da referência, que se inseria na Reforma da 1926 e na Carta Política de 1937, não bastará para assegurar aos Estados a pretendida opção, à qual se antepõe o princípio expresso da 'independência e harmonia dos poderes'. E foi em torno deste que se travou a discussão da emenda explicitiva, havida por desnecessária no curso dos debates, em face da menção daquele, que estaria comprometido pela adoção do governo parlamentar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 66).

Para demonstrar a incompatibilidade com o Castro Nunes art. 7º, inc. VII, alínea "c", Castro Nunes apontou justamente o poder de dissolução da assembleia. Nesse sentido, o ministro argumentou que a "dissolução da Assembleia [...] seria cassar, interromper, revogar o mandato legislativo antes do termo prefixado", que até pode ser "menor", mas sempre "prefixado, não indefinido", "por tempo certo":

> Argumenta-se que a dissolução da Assembleia, reservada ao Governador sob representação do Secretariado, arma o Executivo do poder de apelar da maioria legislativa para o povo, nisso consistindo a indispensável válvula de segurança, que restabelece o equilíbrio dos poderes.
> Realmente assim é. Mas a dissolução da Assembleia não é possível, ainda por outro motivo, por contravir a outro princípio de observância obrigatória no quadro das instituições estaduais - o da 'temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes' (art. 7ºm VII, c). [...]
> Limitada aos mesmos prazos das funções federais correspondentes equivale a - limitada à duração das funções federais correspondentes. Vale dizer que a duração do mandato legislativo estadual não poderá ser por prazo maior do que o estabelecido para o mandato legislativo federal. Poderá ser menor; mas prefixado, não indefinido, por prazo certo. De outro modo não teria razão de ser a prescrição constitucional, cujo sentido óbvio é a correspondência na órbita estadual da função eletiva não vitalícia, senão temporária, mas por tempo certo.
> A dissolução da Assembleia seria a negação desse imperativo constitucional. Dissolver a Assembleia seria cassar, interromper, revogar o mandato legislativo antes do termo prefixado.
> Ainda por esse motivo estaria o contrapeso, que se tem por compensatório, em conflito com a Constituição: se a derrubada do Secretariado por via da moção de desconfiança não se compadece com o princípio dos poderes separados harmônicos e independentes, a réplica do Governador, mediante a dissolução, seria inconciliável com o mandato legislativo a prazo certo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 73-74).

Como mencionado acima, Castro Nunes foi acompanhado pelos demais ministros, cujos votos pouco acrescentaram ao raciocínio do relator. Há duas exceções dignas de nota: a primeira, do Ministro Edgard Costa, que, em seu voto, acrescentou o fundamento de que a "subordinação dos Estados-membros, na sua estruturação política, ao modelo federal", seria "uma decorrência do regime federativo" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 93-94); a segunda, do Ministro Orosimbo Nonato, que, mesmo reconhecendo a inexistência de "um padrão, um modelo único de 'harmonia e independência dos poderes'", defendeu que a "independência e harmonia de poderes da referência do art. 7º é o que se encontra modelado na própria Constituição" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 104-105).

Tomada a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, nada restou ao Estado do Rio Grande do Sul além de ajustar seu sistema de governo à semelhança do sistema da União[96], sob pena de intervenção federal (art. 8º, parágrafo único) (BRASIL, 1946). Foi o que fez a Emenda Constitucional nº 01, promulgada em 14 de agosto de 1947 (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1947, p. 69). Poucos dias depois, na seção Microscópio, do jornal O Estado de São Paulo, Raul Pilla publicou seu protesto:

> O artigo primeiro da Constituição Federal, que lança as bases da nossa organização política, estipula, para o Brasil, com o regime representativo, a Federação e a República. Estes são os princípios cardiais, a cuja luz se hão de interpretar todas as demais disposições constitucionais. [...]
> Em consequência da estrutura federal, dada ao Estado brasileiro pelo artigo primeiro da Constituição, dispõe o artigo 18 reger-se cada Estado federado pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios numerados no art. 7º.
> Pois foram estes princípios básicos do regime os que o Supremo Tribunal Federal, guarda e intérprete da Constituição, desconheceu e anulou, ao julgar os casos do Rio Grande do Sul e do Ceará. Procedeu

[96] Em seu voto, Castro Nunes apontou que se tratava de "[a]tribuição nova, que o Supremo Tribunal [estava sendo] [...] chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia est[ava] confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida de sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1947, p. 46), passagem que Gilmar Mendes afirma ter fixado os "princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965" (MENDES, 2012, 34-35).

> como se, em vez de federativo, unitário fosse o nosso sistema, o sistema que lhe cumpre preservar e defender.
> Para chegar a tanto, teve o Tribunal de dar ao princípio da independência e harmonia dos poderes uma interpretação restrita, em aberta contradição com a doutrina e a história, teve de considerar específico, característico do regime presidencial, um princípio comum às várias formas de democracia representativa, inclusive a parlamentar. Apenas um ministro se recusou a tomar este caminho tortuoso dando aos colegas a verdadeira interpretação do princípio. Fê-lo, porém, para incidir numa erronia ainda maior, que foi sustentar que, adotado pela União o sistema presidencial, a observá-lo estavam obrigados os Estados, embora nenhuma disposição se encontre a tal respeito no estatuto básico e, pelo contrário, demonstre claramente o elemento histórico não ter sido esta a intenção do constituinte... (PILLA, 1947f)

Passados mais de setenta anos, que significado têm ou podem ter para a teoria constitucional a constituição riograndense de 08 de julho de 1947, o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Representação nº 94 e essas palavras de Raul Pilla? É o que pretendo examinar na próxima seção.

3. Entre criatividade e centralismo

Como disse no início deste artigo, penso que o episódio da Constituição riograndense de 1947 antecipa e ilustra dilemas e equívocos que até hoje persistem no direito constitucional do país, relacionados (i) ao debate entre parlamentaristas e presidencialistas; e (ii) ao debate quanto à liberdade de auto-organização dos Estados e o chamado "*princípio da simetria*".

No que toca ao debate entre parlamentaristas e presidencialistas, tanto nas falas de Pilla quanto de Castro Nunes é notável o uso copioso de exemplos estrangeiros, ora em favor e ora contra um sistema de governo ou outro. É verdade que ambos também falam da tradição brasileira, cada qual para criticar o outro sistema: Castro Nunes critica o parlamentarismo no Império, enquanto Pilla critica o presidencialismo republicano; mas entre essas rápidas menções ao Brasil medeiam transcrições descontextualizadas de autores estrangeiros, em verdadeiros argumentos de autoridade. Não parece o melhor caminho para pensar as instituições do país. Não quero com isso dizer que a leitura dos clássicos do constitucionalismo é desimportante. Provavelmente não há como entender o valor da separação de poderes sem consultar Montesquieu e

Hamilton, mas a escolha do sistema de governo não deve se concentrar em um "teste de pedigree". Tampouco quero dizer que a reflexão sobre o sistema de governo deve ignorar as experiências estrangeiras, mas não pode deixar de ter como foco a realidade social e política que lhe servirá de pano de fundo. Essas não são, é claro, ideias inéditas; mas parece importante reforçá-las no caso do debate sobre os sistemas de governo. Afinal, longe de ter ficado nos anos 40, o vício de buscar as soluções no exterior persiste até hoje (UNGER, 2001, p. 157-158; UNGER, 2011) e impede que se imaginem, inclusive, alternativas que vão além do binômio presidencialismo-parlamentarismo (AMATO, 2018, p. 205).

Outro empecilho à busca de alternativas de desenhos institucionais reside no chamado "princípio da simetria", pelo qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal impõe estrita observância pelos Estados do modelo da União. Em artigo crítico a esta construção jurisprudencial, João Costa-Neto e João Pedro de Souza Mello afirmam não ter conseguido "determinar com exatidão o momento em que surgiu a ideia de impor-se uma simetria compulsória aos entes federativos" (COSTA-NETO e MELLO, 2022, p. 05). Embora ainda não recebesse esse nome, a ideia parece estar claramente estampada no julgamento da representação 94. Sem grandes argumentações, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os freios e contrapesos das constituições estaduais não poderiam exorbitar os previstos na Constituição Federal, sob o entendimento de que a criação de novas limitações à separação dos poderes só poderia ser feita por um poder constituinte originário. Com isso contrariou o preceito de que "cabe aos poderes regionais tudo quanto lhes não seja vedado pela Constituição Federal" (NOGUEIRA, 1962, p. 245), incluído na própria Constituição de 1946, que dispunha que aos "Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição" (art. 18, § 1º) (BRASIL, 1946) (NOGUEIRA, 1962, p. 245).

Impedida de entrar em vigor, a Constituição gaúcha não inspirou uma onda parlamentarista nos outros estados, como esperavam seus idealizadores. Por sua vez, o raciocínio desenvolvido pelo STF na representação nº 94 fez escola. As palavras de Castro Nunes até hoje ecoam na jurisprudência do Tribunal. A

exemplo, pode-se citar o julgamento da ADI nº 2.654/AL, no qual o relator Dias Toffoli concluiu:

> A EC nº 24/02 do Estado de Alagoas incide também em afronta ao princípio da separação dos Poderes. Ao impor a indicação pelo Poder Legislativo estadual de um representante seu no Conselho Estadual de Educação, cria modelo de contrapeso que não guarda similitude com os parâmetros da Constituição Federal. Resulta, portanto, em interferência ilegítima de um Poder sobre o outro, caracterizando manifesta intromissão na função confiada ao chefe do Poder Executivo de exercer a direção superior e dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Na seção anterior, destaquei que Orosimbo Nonato sustentou que à falta de um modelo único de separação de poderes restaria impor o modelo adotado pela União. Exatamente esse é o raciocínio desenvolvido na ADI 98, em que o relator Sepúlveda Pertence afirmou que:

> O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997).

Não é nada claro se a adesão irrefletida a essa "devoradora construção teórica" faz bem à Federação (COSTA-NETO, MELLO, 2022, p. 07). É plausível que não: como aponta Sgarbosssa, a "exigência de uma simetria muito estrita entre os arranjos constitucionais federais e os arranjos constitucionais estaduais" se opõe "ao experimentalismo democrático", impedindo "que instituições novas e originais sejam criadas e experimentadas localmente" (SGARBOSSA, 2019, p. 67-68). O princípio da simetria impede que os "estados federados" sejam "laboratórios de experimentação" (UNGER, 2011, p. 63) que poderiam ser, caso lhes fosse assegurado adotar e testar outros arranjos institucionais.

Há, realmente, sinais de reflexão na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal (COSTA-NETO, MELLO, 2022, p. 24-25; e GODOY, TRANJAN, 2023), em parte forçada pelos arroubos centralistas de Jair Bolsonaro

(FARIA, 2022, p. 18-20). No entanto, não é claro se haverá a "manutenção ou não dessa virada" (GODOY, TRANJAN, 2023, p. 25), nem se se estenderá para o princípio da simetria, ampliando o espaço conferido aos Estados para experimentar e testar arranjos institucionais diversos, como tentou a assembleia constituinte gaúcha em 08 de julho de 1947.

Considerações finais

Não há como saber que fim teria tido a Constituição Riograndense de 08 de julho de 1947, nem qual teria sido a sorte de seu sistema de governo parlamentarista. Tendo em vista que a sua aprovação passou por um pacto pragmático entre partidos com programas opostos (SANTOS, 2022), é possível que mesmo sem o julgamento do Supremo, tivesse curta duração. Não é difícil imaginar que os petebistas, uma vez eleitos para o governo estadual, buscassem reestabelecer os poderes do governador em toda sua plenitude. Mais desafiador é conjecturar quais teriam sido as consequências da adoção desse sistema de governo. Teria o governador perdido a influência de que gozava nas eleições dos deputados federais (ABRUCIO, 1998, p. 53)? Ou a manutenção da eleição direta do governador o preservaria como centro do sistema político estadual (ABRUCIO, 1998, p. 56)? Como teria sido a relação entre a maioria petebista e libertadora com o governador e o presidente da república, ambos pessedistas? Haveria imobilismo? Haveria conciliação? E a causa parlamentarista, teria sido beneficiada e evoluído de forma diferente, como desejava Pilla e os outros libertadores? Ou, instrumentalizada, perderia prestígio no Estado de alguns de seus maiores defensores? Presumindo cenários contrafactuais, nenhuma dessas perguntas comporta respostas firmes; resta imaginar.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação**. Os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: Editora Hucitec. 1998.

AMATO, Lucas Fucci. A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo. Modelos, trajetórias e alternativas institucionais. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 219, p. 183-208, jul./set. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p183 . Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 04, de 1961**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-4-2-setembro-1961-349692-publicacaooriginal-1-pl.html . Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1947.** Disponível em: https://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=1_ts3HiCSvI%3d&tabid=3107&language=pt-BR . Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Representação nº 94/DF**. Relator: Ministro Castro Nunes. Rio de Janeiro. j. 17 jul. 1947. p. 11 jul. 1949. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961 . Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98/MS.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília. j. 07 ago. 1997. p. 31 out. 1997. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266193 . Acesso em: 15 dez. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.654/AL.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. j. 13 ago. 2014. p. 09 out. 2014. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=266310366&ext=.pdf . Acesso em: 15 dez. 2023.

BONAVIDES, Paulo. PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1991.

BONAVIDES, Paulo. FERNANDES, Flávio Sátiro. **História Constitucional dos Estados Brasileiros.** São Paulo: Malheiros. 2014.

COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. **Revista general de derecho constitucional**. v. 37, p. 1-28, 2022. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425390&d=1 . Acesso em: 07 nov. 2023.

ELGIE, Robert. **Semi-Presidentialism**. Sub-Types and Democratic Performance. Oxford: Oxford University Press. 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. TRANJAN, Renata Naomi. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 19 (2023): 2023. doi.org/10.1590/2317-6172202311.

FARIA, José Eduardo. **Degradação Democrática:** O Brasil em risco. Londrina: Engenho das Letras. 2022.

HORTA, Raul Machado. Natureza do Poder Constituinte do Estado-Membro. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 40, p. 87–102, 1988. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODE5MQ%2C%2C . Acesso em: 14 nov. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade:** ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei n. 9.868/99. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

NOGUEIRA, Ataliba. Adaptação do sistema parlamentar de governo aos estados. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 243-254, 1962. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66407 . Acesso em: 15 dez. 2023.

NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte de 1946**. Getúlio, o Sujeito Oculto. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

O PARLAMENTARISMO nas Constituições Estaduais. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 18 abr. 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470418-22059-nac-0005-999-5-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

PAIXÃO, Cristiano. BARBOSA, Leonardo. Crise política e Sistemas de Governo: origens da "solução parlamentarista" para a crise político-constitucional de 1961. **Universitas JUS.** Brasília. v. 24, nº 03, p. 47-61. 2013. DOI: doi.org/10.5102/unijus.v24i3.2622.

PILLA, Raul. O Parlamentarismo nas Constituições Estaduais I. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 30 abr. 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470430-22069-nac-0002-999-2-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

PILLA, Raul. O Parlamentarismo nas Constituições Estaduais II. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 03 mai. 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470503-22071-nac-0005-999-5-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

PILLA, Raul. O Parlamentarismo nas Constituições Estaduais III. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 04 mai. 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470504-22072-nac-0004-999-4-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

PILLA, Raul. O Parlamentarismo nas Constituições Estaduais IV. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 06 mai. 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470506-22073-nac-0005-999-5-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

PILLA, Raul. O Parlamentarismo nas Constituições Estaduais Conclusão. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 07 mai. 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470507-22074-nac-0004-999-4-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

PILLA, Raul. Microscópio. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 23 de agosto de 1947. Disponível em: https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19470823-22167-nac-0003-999-3-not . Acesso em: 07 dez. 2023.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Impeachment e Lei de Crimes de Responsabilidade: o cavalo de Troia parlamentarista. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 16 dez. 2015. Disponível em: https://www.estadao.com.br/brasil/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/ . Acesso em: 14 dez. 2023.

SANTOS, Diego dos. **O parlamentarismo na Constituinte do Rio Grande do Sul de 1947**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em História. São Leopoldo. 2022. Disponível em: http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/12056/Diego%20dos%20Santos_PROTEGIDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em: 15 nov. 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil:** uma biografia. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

SGARBOSSA, Luís Fernando. Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático. *In:* BOLONHA, Carlos et al. (orgs.). **Federalismo**. Desafios contemporâneos. Porto Alegre: Editora Fi. 2019.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via**. Presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57–72, 2011. DOI: 10.12660/rda.v257.2011.8584.

8. Goffredo da Silva Telles Junior e a "democracia autêntica": da *Doutrina para a Revolução de Março* (1965) à *Carta aos Brasileiros* (1977)

Rafael Parisi Abdouch[97]

Introdução: Telles Junior e a democracia

Em 11 de agosto de 2022[98], num cenário de recrudescimento de medidas autoritárias, entre elas o levantamento de dúvidas sobre a integridade do sistema eleitoral, protagonizado pelo então presidente Jair Bolsonaro, diversos juristas se reuniram nas Arcadas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a leitura da "*Carta às brasileiras e aos brasileiros em defesa do Estado Democrático de Direito!*" (Carta, 2022)[99].

Essa carta fazia referência a uma outra, lida naquele mesmo local, em 8 de agosto de 1977, pelo professor Goffredo da Silva Telles Júnior (1915-2009), por meio da qual ele "denunciava a ilegitimidade do então governo militar e o estado de exceção em que vivíamos" (Carta, 2022, n.p.): a "*Carta aos brasileiros*" (Telles Junior, 1977).

A "*Carta aos brasileiros*" de Goffredo da Silva Telles Junior consagrou-o como grande defensor da democracia e, consequentemente, crítico do governo militar que tinha assumido o controle do país em abril de 1964.

Curiosamente, porém, doze anos antes da leitura da referida carta, o professor das Arcadas lançava "*A democracia e o Brasil: uma doutrina para a*

[97] Advogado. Doutorando e mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Bacharel em direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Especialista em direito público e direito processual civil.

[98] A data é dotada de simbolismo, uma vez que a criação dos cursos jurídicos no Brasil ocorreu em 11 de agosto de 1827. Nesse ano, o então imperador D. Pedro I determinou a criação de dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um em São Paulo e outro em Olinda.

[99] Cf. CNN, 2022.

revolução de março" (Telles Junior, 1965), livro frequentemente esquecido e muitas vezes citado em suas biografias sem o subtítulo[100].

Na nota preliminar à obra de 1965[101], após ressaltar que o livro foi escrito "muito antes da Revolução de Março", o autor pondera que "[a] necessidade de recorrer às armas para salvar o Brasil constitui clara demonstração de que é rigorosamente verdadeira a crítica feita nessas páginas" (Telles Junior, 1965, n.p., itálico no original) e acrescenta:

> [...] A Revolução Vitoriosa foi a sublevação do Brasil autêntico, em consonância com os mais profundos anseios da Nação.
> Agora, no Brasil Novo, o que cumpre é não retornar às obsoletas, enganosas e nefastas fórmulas constitucionais, que iam levando nosso País à desgraça.
> Se tais fórmulas forem mantidas, voltaremos, inevitavelmente, à sinistra situação em que nos achávamos, antes da Revolução.
> Porque as mesmas causas produzirão os mesmos efeitos.
> O Brasil estava sendo falsificado. Aliás, a deturpação da realidade constitucional de nossa terra vem sendo feita há muito tempo.
> Não podemos mais tolerar a desfiguração da Realidade Brasileira e a sufocação do Espírito Nacional.
> Queremos que o Brasil tenha a Constituição que seja o espelho da Nação (Telles Junior, 1965, n.p., itálico no original).

Na primeira nota de rodapé ao livro, Goffredo esclarece que as ideias ali contidas foram expostas, pela primeira vez, na aula solene da abertura dos cursos jurídicos, em março de 1956, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e tornaram a ser explicadas no Congresso Brasileiro para Definição das Reformas de Base, realizado em São Paulo, em 1963. Foram, ainda, mais uma vez retomadas na conferência pronunciada pelo autor, em sessão magna do Centro Acadêmico XI de Agosto, em 29 de agosto de 1963, no salão nobre da referida faculdade (Telles Junior, 1965, p. 3).

Durante o regime militar, o autor chegou a elaborar dois projetos de Constituição que foram entregues aos presidentes Arthur da Costa e Silva (1899-

[100] O livro é citado sem o subtítulo (*i.e.*, apenas como "*A Democracia e o Brasil*"), por exemplo, na seção de livros esgotados na página dedicada a Goffredo da Silva Telles Júnior (Livros, [s.d.]) e na homenagem feita a ele na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por ocasião de seus 25 anos de exercício na cátedra de Introdução à Ciência do Direito (Redação, 1979, p. 20).

[101] Neste artigo, todas as citações diretas são feitas com as adaptações para as normas ortográficas atualmente vigentes.

1969) e Emílio Garrastazu Médici (1905-1985), mas em nada resultaram (Bucci, 1997, p. 7).

Também parece contrastar com o espírito da "*Carta aos brasileiros*", ao menos à primeira vista, o fato de Telles Junior, ainda na adolescência, ter aderido ao integralismo (Bucci, 1997, p. 207; Telles Junior, 1999, pp. 104-119), movimento nacionalista capitaneado por Plínio Salgado (1895-1975), cujas proposições ecoam no livro de 1965, especialmente na defesa de um forte corporativismo, que também permeou a sua obra mais recente (Cf. Telles Junior, 2005).

A doutrina integralista, assim como Telles Junior em toda sua obra propositiva, era fortemente crítica da democracia liberal e dos partidos políticos, que, conforme explicita o colega de cátedra (e de movimento), Miguel Reale (1910-2006), eram vistos como "corpos estranhos, que servem unicamente para impedir ou deturpar a livre e espontânea manifestação da vontade do povo" (Reale, 1935, p. 7)[102].

Em entrevistas posteriores e nas suas memórias, Telles Junior não chegou propriamente a rechaçar as posições anteriores, mas a tentar justificá-las. Em entrevista conferida a Eugênio Bucci (1997) em 1990, declarou sempre ter tido uma simpatia pelo socialismo não marxista e uma tendência para a esquerda. Também disse que dentro do integralismo foi antifascista e contrário ao totalitarismo. Apontou que sempre combateu os governos militares e que tentou restabelecer a democracia com o projeto de Constituição entregue ao general

[102] O integralismo de Plínio Salgado combatia, de um lado, o liberalismo e, de outro, o marxismo, propugnando uma teoria do "homem-integral": "A liberal-democracia concebeu o 'homem-cívico', a grande mentira biológica; o marxismo materialista concebeu o 'homem-econômico', mentira tanto filosófica como científica. Nós, integralistas, tomamos o homem na sua realidade material, intelectual e moral, e por isso, repudiamos tanto a utopia liberalista como a utopia socialista" (Salgado, *O que é o integralismo,* [s.d.], p. 19). Ao comentar o requerimento feito em 1947 pelo então deputado Goffredo da Silva Telles Junior (PRP) de entronizar na sala de sessões da então Câmara dos Deputados Federais a imagem do Cristo crucificado, Plínio Salgado assim se refere a ele: "O deputado Goffredo da Silva Telles Junior, sendo um fervoroso cultor da doutrina integralista, não é um falso democrata, pois falsos democratas serão todos aqueles que não aceitarem os princípios do Integralismo, que são: 1º) crença em Deus e na existência, imortalidade, liberdade e responsabilidade da alma humana; 2º) – afirmação de tudo aquilo em que se exprime e manifesta a alma humana na sua liberdade: família, propriedade, pátria, soberania nacional; 3º) – defesa desses meios de expressão, mediante garantia aos direitos individuais, assegurados pela ordem estabelecida por força do consenso nacional e executada pelo Poder Público; 4º - subordinação da vida nacional à hierarquia dos valores na seguinte escala: o Espiritual sobre o Social, o Social sobre o Nacional, o Nacional sobre o Individual, nunca porém ferindo-se em qualquer hipótese, os legítimos direitos da pessoa humana" (Salgado, *O integralismo na vida brasileira*, [s.d.], p. 234).

Costa e Silva, a pedido de generais da oposição, cujos nomes recusou citar (Bucci, 1997, pp. 219-220). O que queria, segundo essa entrevista, era forçar o governo a convocar uma Assembleia Constituinte e tomar um caminho que levasse à democracia (Bucci, 1997, p. 220).

Em "*A folha dobrada*", livro que se compõe de suas memórias, lançado em 1999, Goffredo, ao tratar de "*A democracia e o Brasil: uma doutrina para a revolução de março*", escreveu que a obra teria sido, na verdade, concretização de um sonho que teve numa noite de princípios de 1965. Nesse sonho, teria vislumbrado a possibilidade de aproveitar o golpe para propor uma Constituição democrática (Telles Junior, 1999, p. 813)[103].

A obra de Telles Junior é marcada pela defesa do que denomina de "democracia autêntica". O problema do conceito de democracia é que, por ser vago, é apropriado por toda sorte de movimentos, inclusive movimentos marcadamente autoritários, que, na maior parte das vezes, justificam um golpe com a narrativa de assegurá-la. Por isso, é importante investigar o significado atribuído ao termo por cada um dos autores que o utiliza, que é o que se pretende fazer neste artigo em relação à obra de Telles Junior.

O regime de 1964, por exemplo, tentou, a seu modo, justificar-se por meio de uma narrativa "democrática". Anunciou que o movimento traduzia "não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação" (Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964)[104] e, posteriormente, no mesmo ato institucional que aboliu as eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da

[103] Assim diz o autor (Telles Junior, 1999, p. 813): "Uma noite, em princípios de 1965, tive um sonho. [...] E se aproveitássemos – sonhei eu – esse golpe de Estado para mudar o processo da *representação política* no Brasil? Os militares sustentavam que o movimento de 1º de abril não foi um *golpe de Estado*, mas uma *revolução*. Eu não podia concordar com essa conceituação. [...] Acaso os militares não aceitariam, de bom grado – sonhei eu -, a sugestão de uma reforma constitucional, para inaugurar no Brasil uma *democracia autêntica*?".

[104] Embora no período de 1964 a 1967 a Constituição de 1946 tivesse sido formalmente mantida, os atos institucionais é que foram a verdadeira Constituição desses anos. Com a Constituição de 1967, imaginava-se a possibilidade de que não mais houvesse edição desses atos como instrumentos constitucionais de fato, mas a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 demonstrou que se tratava de uma esperança vã (Cf. Bonavides, 1991, pp. 427-447). Ao comentar os seis meses de aplicação do Ato Institucional nº 1, Caros Medeiros da Silva (1907-1983), um dos seus apoiadores, também tentou justificar o movimento como "democrático" ou "assegurador da democracia" e declarou que "[a] opinião pública vitoriosa reclamava sobretudo a imediata restauração da ordem administrativa, econômica e financeira do País e a prática de atos destinados a impedir a deterioração do regime democrático" (Silva, 1964, p. 449).

República, proclamava que a "ordem revolucionária", "atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático" porque democracia "supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação" (Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965)[105].

Nesse cenário, este artigo busca explicitar os conceitos de democracia utilizados por Telles Junior desde a publicação dos escritos reunidos em *"A democracia e o Brasil: uma doutrina para a revolução de março"* até a *"Carta aos brasileiros"* e verificar se é possível concluir pela existência de uma evolução. Da mesma forma, busca demonstrar se os problemas apontados para o país nas duas obras são semelhantes e em que medida. A última parte, ainda, avança sobre escritos mais recentes do autor sobre o tema e mostra que em toda a sua obra existe uma crítica à liberal-democracia e a defesa de um tipo de regime marcadamente corporativista.

Para isso, é dividido em três partes para além desta introdução: *(i)* na primeira parte, busca-se desvendar os problemas políticos brasileiros apontados por Telles Junior no livro de 1965, explicitar o seu conceito de democracia e a solução constitucional proposta, que consagraria o que denomina "democracia autêntica"; *(ii)* na segunda parte, busca-se verificar os problemas político-jurídicos denunciados em 1977 na "*Carta aos brasileiros*" e verificar qual a solução democrática proposta nessa altura; *(iii)* na terceira parte, conclui-se com um cotejo entre os problemas e as soluções apontadas para o país nos dois documentos analisados e verifica-se se houve alguma alteração no conceito de democracia propugnado em 1965 e 1977, além de fazer algumas considerações sobre a obra propositiva posterior do autor.

.

[105] Segundo Elio Gaspari (2014, p. 240): "Três semanas depois da eleição, Castello baixou o Ato Institucional nº 2, transferindo ao Congresso o poder de eleger o presidente e reabrindo o ciclo punitivo extinto em 1964. O AI-2 mostrou a essência antidemocrática da moderação castelista. Derrotada nas urnas em 1946, 1950 e 1954, a direita militar vira-se diante de um dilema: a democracia com derrota ou a vitória sem ela. Durante os dias da crise militar que antecederam a recaída ditatorial, Castello nada fez para defender a ordem constitucional que presidia. Numa só canetada, abandonou a legalidade formal e cassou aos brasileiros o direito de eleger o presidente da República. Sabia que fazendo isso rolava o tapete para que seu ministro da Guerra viesse a ser seu sucessor".

1. "A democracia e o Brasil: uma doutrina para a Revolução de Março" (1965)

O livro "*A democracia e o Brasil: uma doutrina para a revolução de março*" (Telles Junior, 1965) consiste, na verdade, de uma compilação de três artigos anteriormente publicados, acrescidos uma nota preliminar e algumas notas de rodapé: *(i)*"*Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil*" (Telles Junior, 1963); *(ii)* "*Projeto de uma Constituição realista para o Brasil*" (Telles Junior, 1959); e *(iii)* "*Resistência violenta aos governos injustos*" (Telles Junior, 1955).

A reunião dos artigos parece pretender passar uma mensagem específica: a de que haveria razões para acreditar que não vigoraria no país uma "democracia autêntica", ao menos no regime da Constituição de 1946 (primeira parte, pp. 3-58), que, portanto, seria necessária uma nova ordem constitucional, cujo projeto de Constituição o autor formulou (segunda parte, pp. 61-92) e, por fim, esclarecer em quais casos é legítima a violência como resistência a um governo injusto (parte 3, pp. 93-122).

A nota preliminar e a primeira nota de rodapé, já referenciadas na introdução deste artigo, parecem ter a intenção de demonstrar que o diagnóstico da falência do regime constitucional anterior ao de 1964 seria correto porque a "*Revolução Vitoriosa*" teria sido "a sublevação do Brasil autêntico, em consonância com os mais profundos anseios da Nação" (Telles Junior, 1965, n.p.). Assim, parece querer ecoar a conclusão da última parte do livro, segundo a qual a resistência violenta é admissível "nos raros casos em que, sendo legítima, ela é necessária, útil e proporcional" (Telles Junior, 1965, p. 120), já que o homem teria a faculdade natural de resistir à opressão por meio do direito de resistência, que não se funda em lei e jamais é garantido pela força do governo (Telles Junior, 1965, p. 121).

A premissa para a constatação da falência do sistema constitucional anterior, segundo a primeira parte da obra, é a de que o Brasil importa ideias constitucionais que não fazem sentido para a sua realidade. O tom é nacionalista: as ideias "mirabolantes" acolhidas pelos legisladores brasileiros teriam sido inventadas por quem "jamais sentiu o perfume da terra brasileira" (Telles Junior, 1965, p. 4). Os nossos constitucionalistas teriam "virado as costas para sua

Pátria", e, assim, deixado deslumbrar-se pelos "modelos da Europa e dos Estados Unidos da América e, depois, impuseram ao Brasil ordenações constitucionais de outros países, que pouco ou nada tinham de comum com o nosso" (Telles Junior, 1965, p. 6).

Seria preciso, então, romper com esse modelo e criar uma autêntica democracia que, para ser autêntica, não poderia ser liberal. A democracia liberal, defende o autor, só atenderia aos interesses da classe burguesa: os partidos políticos nada dizem ao povo, são simulacros, embalagens vazias e o sufrágio universal não assegura a representação do povo no Governo (Telles Junior, 1965, pp. 6-7)[106]. A maior parte dos eleitores sabe que não decide os destinos do país, os eleitos não agem como autênticos representantes do interesse do povo, muitos dos nossos legisladores nem mesmo sabem o que é uma lei (Telles Junior, 1965, pp. 7-12). O próprio povo percebe seu papel de tolo: "[q]uando não vota por amizade ou por dinheiro, vota por troça" (Telles Junior, 1965, p. 13).

O diagnóstico é o de que tudo na democracia liberal é uma quimera (Telles Junior, 1965, p. 14) e que, na esfera da política, como nas demais esferas "amorteceu-se ou morreu o sentimento de moralidade. O suborno se fez sistema e rotina, tudo tem preço e pode ser comprado (Telles Junior, 1965, p. 16). Ao comentar, em nota de rodapé esse trecho, porém, o autor adverte que "este trabalho foi escrito muito antes da Revolução de Março. A Revolução visou a banir da vida nacional, precisamente os erros calamitosos que aqui se apontam" (Telles Junior, 1965, p. 16).

Em meio ao desabafo de que na liberal democracia o regime "abafa, repele e reduz ao silêncio um número cada vez maior dos que se negam a participar da

[106] Plínio Salgado (*O que é o integralismo,* [s.d.], p. 21), principal nome do integralismo ao qual se associou Telles Junior defendia que "[o] Estado liberal, baseado no voto dos cidadãos, desconheceu a organização dos grupos financeiros e dos sindicatos dos trabalhadores. Perdeu o controle da Nação". O integralismo estaria disposto a "realizar uma democracia de fins e não uma democracia de meios. Quer salvar a liberdade humana da opressão do liberalismo. Quer salvar a dignidade do homem do torvo materialismo dos capitalistas e dos comunistas" (Salgado, *O que é o integralismo,* [s.d.], pp. 22-23). O movimento sustentava que a representação autêntica seria a corporativa: "Para isso, o Integralismo verdadeira representação, que é a representação corporativa. É sobre a base corporativa que o Integralismo constituirá a Pátria Brasileira. Só a corporação exprime os legítimos interesses da Nacionalidade, não só porque constitui uma expressão econômica, mas principalmente porque representa uma expressão ética" (Salgado, *O que é o integralismo,* [s.d.], pp. 53-54).

indecência, da tramoia e do roubo" (Telles Junior, 1965, p.17), o autor cita e dá razão a um outro brasileiro antiliberal, Oliveira Vianna (1883-1951)[107]:

> Toda razão teve OLIVEIRA VIANA, quando escreveu em seu livro *O ocaso do Império*: "O presente regime não deu satisfação às nossas aspirações democráticas e liberais: nenhuma delas conseguiu ter realidade dentro da organização política vigente. Estamos todos descrentes dela: todos sentimos que precisamos sair dela para outra coisa, para uma nova forma de governo (Telles Junior, 1965, p. 18)[108].

Assim, a conclusão inescapável, segundo Telles Junior é a de que a democracia liberal não é democracia, foi apenas, num momento da história, um sonho de democracia (Telles Junior, 1965, p. 20):

> A democracia liberal foi, num momento da história, um sonho de democracia. Podemos dizer que foi um lindo sonho... Mas esse sonho, que desempenhou relevante papel dentro de seu ciclo cultural (dentro do ciclo cultural a cujo fim estamos assistindo), demonstrou não corresponder a nada real. Não como sonho, mas como política, o liberalismo fracassou, e não podia deixar de fracassar porque não passa de uma quimera. Impossível, pois, continuar confundindo liberalismo com democracia (Telles Junior, 1965, p. 20).

Em que consistiria, então, para o autor, a democracia? Democracia é, esclarece, "o regime político que assegura a permanente penetração e influência da vontade dos governados nas decisões legislativas dos governantes" (Telles

[107] Oliveira Vianna também era crítico do sufrágio popular e da democracia liberal: "Donde se pode concluir que o voto não é condição essencial para que a opinião popular se possa manifestar e – o que é mais – impor-se, ou fazer-se ouvida e atendida. Eu avançarei mesmo que não seria absurdo imaginar-se a possibilidade de uma perfeita democracia funcionando sem eleições..." (Vianna, 1927, p. 86). Para o autor, a democracia "[...] pode perfeitamente realizar-se sem eleições e mesmo sem eleitores. Eleições e eleitores não são coisas principais numa democracia; são meios para atingir o fim, - e não são nem o meio único, nem o melhor dos meios. O que é principal numa democracia é a existência de uma opinião organizada" (Vianna, 1927, p. 90). José Murilo de Carvalho, porém, aponta traços que o distanciam do integralismo de Plínio Salgado, autor que nunca cita: "Havia no pensamento de Plínio Salgado alguns aspectos de que certamente não gostava: o totalitarismo, o apelo à mobilização política, o culto à liderança carismática" (Carvalho, 1993, p. 33).

[108] José Murilo de Carvalho (1939-2023) esclarece que *O Ocaso do Império*, foi escrito em 1925 por Oliveira Vianna a pedido de Max Fleiuss, secretário do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro por ocasião do centenário de nascimento de Dom Pedro II, tudo em meio a uma batalha política e ideológica que se travou na capital quanto à lei então assinada por Epitácio Pessoa que revogara o banimento da família imperial e autorizara o traslado, para o Brasil, dos restos mortais do Imperador e da Imperatriz. O objeto do livro eram os anos finais do Império, de 1887 a 1889. Nele, "[...] Oliveira Vianna busca a explicação da queda do antigo regime em alterações nas ideias sobre legitimidade política, nos efeitos da abolição sobre a posição política dos ex-proprietários, na expansão do ideal republicano e nas características psicológicas e organizacionais dos militares que condicionaram os conflitos com a elite política" (Carvalho, 2006, pp. XVI-XVII).

Junior, 1965, p. 20, itálico no original). Essa penetração e influência se realizam por meio de representação política autêntica, o que não existe nem pode existir na democracia liberal, porque os parlamentares não se vinculam aos seus eleitores, já que não se sujeitam às vontades e instruções de quem os elegeu e não são mandatários em sentido jurídico, tanto assim que aos eleitores é negado o poder de revogar o mandato (Telles Junior, 1965, p. 21-23):

> Sem o vínculo do mandato, sem a responsabilidade jurídica do mandatário, sem o poder do mandante de revogar o mandato, é bem claro que a representação política dos liberais não tem nenhum traço da representação jurídica (Telles Junior, 1965, p. 23).

Não há, portanto, verdadeira representação nas democracias liberais e, por consequência, não existe nelas um autêntico regime democrático (Telles Junior, 1965, p. 27). A representação pelo sufrágio universal é vista como uma falsa representação. Precisamos de algo diferente: uma representação que seja jurídica com fins políticos ou jurídica com fins legislativos, pois é nisso que consistiria uma autêntica representação política (Telles Junior, 1965, p. 29).

A partir da constatação dos problemas da democracia liberal, Telles Junior passa a assumir uma postura propositiva e delineia a "democracia autêntica", que deveria fazer parte de uma ordem constitucional não inventada, mas refletora do que diz ser a "ordem própria das coisas" (Telles Junior, 1965, p. 30). Há, na sua democracia ideal, uma intensa valorização dos grupos, das comunidades organizadas como protagonistas do regime democrático.

O autor afirma que é dentro dos municípios que os brasileiros tecem sua vida quotidiana e que o povo de cada município não constitui um simples agregado material de indivíduos, mas uma comunidade organizada, um organismo social composto de grupos humanos, que poderiam ser, em suma, subdivididos em grupos domésticos, culturais, econômicos, recreativos e religiosos, mas todos vivem dentro de grupos políticos hierarquizados como municípios, províncias, nações e Estados (Telles Junior, 1965, pp. 31-33):

Grupo Doméstico	Constituído por famílias, compreendendo marido e mulher, pais e filhos e por todos quantos residam no domicílio familiar e se achem sujeitos à disciplina doméstica.
Grupos culturais	**Grupos de cultura intelectual**: uma escola, uma academia de ciências. **Grupos de cultura física:** um clube de tênis, uma academia de ginástica.
Grupos econômicos	Exemplo: sindicatos, associações de defesa da agricultura, sociedade mercantil.
Grupos recreativos	Exemplo: sociedade dançante.
Grupos religiosos	Compreende as igrejas e associações religiosas.

Os grupos são fontes inexauríveis de normas e, constantemente, só podem ser convenientemente protegidos se estiverem amparados pela lei, para além de suas ordenações internas (Telles Junior, 1965, p. 34). Assim, seria desejável que eles pudessem efetivamente colaborar com o governo e exercer pressão sobre ele. A Constituição brasileira então vigente erraria ao adotar o mito do povo uno, reduzindo-o a uma massa popular, com a adoção do sufrágio universal para produzir o regime representativo (Telles Junior, 1965, pp. 34-36).

A democracia autêntica não é massificada porque deve assegurar "a permanente penetração da vontade dos governados nas decisões legislativas dos governantes" (Telles Junior, 1965, p. 36). Mas há um alerta: a vontade dos governados não significa a vontade de governados particulares, uma vez que isso seria a ditadura, regime caracterizado por ser "uma forma de governo que impõe a todos a vontade de determinados indivíduos" (Telles Junior, 1965, p. 36). Assim, é necessário que a vontade dos governados se expresse de forma

organizada, isto é, por órgãos legítimos[109]. Para o autor, nenhum órgão seria mais legítimo do que os próprios grupos sociais que surgem espontaneamente na sociedade (Telles Junior, pp. 36-37).

Um bom exemplo do emprego efetivo dessas ideias é o preâmbulo do projeto de Constituição realista para o Brasil, elaborado pelo autor (Telles Junior, 1965, p. 61):

> O GOVERNO DO BRASIL, pondo sua confiança em Deus, obediente aos imperativos da honra e do patriotismo, preso ao dever de conseguir a justiça social dentro da ordem jurídica, perseverante no propósito de manter o império da Lei, como condição primária da Liberdade; e considerando:
> 1. que as Nações têm uma constituição natural, que não é prudente substituir por estruturações artificiais;
> 2. que as fórmulas políticas do Século XIX não se adaptam às condições sociais do Século XX;
> 3. que o Brasil é uma realidade que não pode ser contrafeita por mitos constitucionais;
> 4. que uma Constituição não deve conter matéria de legislação ordinária;
> 5. que o povo clama por um regime de autenticidade, inspirado nas augustas tradições da Pátria;
> RESOLVE adotar, cumprir e fazer cumprir a presente Constituição.

O único meio de se fazer essa permanente penetração da vontade dos grupos sociais nas decisões legislativas do governo seria conferir-lhes a iniciativa das leis que lhes dizem respeito. Para isso, seria preciso abandonar o "mito do povo uno" e reconhecer a natural divisão dos povos em grupos. A lei deve discriminar as diversas categorias de atividades exercidas pelos grupos das cinco classes indicadas e o poder público deve se incumbir de declarar quais as associações serão consideradas representantes dos grupos em cada categoria de atividade. Tais associações de representantes poderiam receber o nome clássico de corporações, que, a despeito de ter na lei a limitação do seu plano fundamental de organização e hierarquia, precisam ser autônomas e não se constituiriam em

[109] De forma análoga, Oliveira Vianna defendia que: "O principal numa democracia – já o disse nas páginas anteriores – é a existência de uma opinião organizada, de que o voto seja apenas uma manifestação espaçada: periódica e não principal. O modo principal, mais significativo, mais eficiente, de manifestação da opinião organizada é essa sorte de pressão moral exercida pelas agitações populares, quando racionalmente conduzidas, como no caso da campanha abolicionista, em que vemos a opinião do povo dominar a opinião do Parlamento recalcitrante pela força exclusiva de uma pressão moral – e não por meio de qualquer manifestação eleitoral" (Vianna, 1927, pp. 93-94).

órgãos do Poder Público (Telles Junior, 1965, pp. 38-39). A autonomia corporativa é assim resumida no projeto de Constituição de Goffredo (Telles Junior, 1965, p. 67):

> Art. 11. As Corporações domésticas, culturais, econômicas, recreativas e religiosas são autônomes [sic] perante o Estado.

Às corporações é que deveria caber a iniciativa das leis relativas aos grupos que representasse. Seriam responsáveis por recolher as sugestões legislativas que lhes fossem enviadas e as submeteriam a estudo nos seus órgãos internos. Depois, prepariam os projetos de leis e suas justificações. Com tudo isso pronto, contratariam procuradores que atuariam nos limites de um mandato jurídico, com o fim especial de apresentar, instruir e defender esses projetos no órgão legislativo do Estado. Cada projeto seria sustentado pelo seu próprio defensor, especialmente contratado para fazer a sua defesa na qualidade de procurador de uma corporação (Telles Junior, 1965, pp. 37-39).

Por outro lado, a iniciativa das leis concernentes ao bem comum, finalidade da sociedade política[110], pertenceria ao governo, que teria como função "encarnar as mais profundas aspirações da Nação e suprir as imperfeições da compreensão coletiva" (Telles Junior, 1965, p. 41). Ao governo, competiria, entre outras funções, a definição e precisão dos fins e anseios sociais, a "compelir a sociedade a ser, na realidade o que ela confusamente quer ser", a "descobrir e proclamar um plano de ação, dando forma e consistência à ordem constitucional" (Telles Junior, 1965, p. 42). Esse governo seria exercido pelo Presidente da República, que deverá ter mais ampla iniciativa de lei:

> Art. 51. A iniciativa das leis pertence: no plano nacional, ao Presidente da República e às Confederações Corporativas; e, no plano provincial, aos Governadores e às Federações Corporativas (Art. 28). A cada Confederação e Federação Corporativa pertence a iniciativa das leis sobre sua respectiva categoria de atividade, não excluída a competência

[110] De forma semelhante, em "*O Povo e o poder: o conselho do planejamento nacional*", Telles Junior (2003) identifica o bem comum como a finalidade da sociedade política (Telles Junior, 2003, p. 29) e a ordem jurídica, único bem *rigorosamente* comum, já que todos os participantes da sociedade desejam necessariamente e que nenhum pode dispensar (Telles Junior, 2003, p. 30).

> paralela do Presidente da República e dos Governadores (Telles Junior, 1965, p. 86).

O projeto de lei gerado numa corporação ou produzido pelo Presidente da República, dá entrada no órgão legislativo do Estado, que poderia ser chamado de Senado Nacional. A esse órgão competiria a *elaboração* das leis nacionais, mas não a iniciativa dos projetos, uma vez que não seria fonte de direito. Sua função seria rigorosamente técnica: manifestação sobre constitucionalidade, legalidade, conveniência e oportunidade dos projetos e dar forma conveniente e redação correta aos projetos aprovados. Poderia, também, ter outras funções, como a de tomar as contas do Primeiro-Ministro, autorizar empréstimos externos, referendar tratados e convenções internacionais e autorizar a sua prorrogação, confirmar ou revogar o estado de sítio e autorizar a sua prorrogação, dar parecer sobre desapropriações e sobre alienação ou concessão de terras públicas com grande área (Telles Junior, 1964, pp. 42-43).

No Senado, funcionariam departamentos ou conselhos altamente especializados nas questões brasileiras e os senadores deveriam ser cidadãos que tenham demonstrado por títulos, obra e vida excepcional devotamento e prudência no trato da coisa pública e ter reputação ilibada e notável saber. Além disso, seriam funcionários vitalícios, invioláveis por suas opiniões, palavras e votos e impedidos de exercer qualquer atividade política. Sua designação poderia ser feita pelo sistema de censo alto e só depender de um órgão específico, como o Colégio Eleitoral. Os antigos Presidentes da República poderiam ser membros natos do Senado (Telles Junior, 1965, pp. 43-44).

A tramitação dos projetos de lei pelo Senado seria acompanhada por procuradores da república e por procuradores das corporações. A lei lhes daria amplos meios e recursos para a defesa dos projetos de cujo patrocínio estivessem incumbidos ou para a impugnação daqueles que fossem julgados prejudiciais às entidades que representassem. Todos os projetos entrados no Senado teriam ampla publicidade, realizada pela imprensa oficial. Assim que aprovados, o Presidente da República seria o encarregado de sancionar e promulgar a lei (Telles Junior, 1965, p. 44):

> Art. 52. O projeto de lei, gerado numa Confederação ou produzido pelo Presidente da República, é levado ao Senado Nacional, que dele envia cópia, no prazo de três dias, à Câmara dos Deputados e à imprensa. No Senado, o projeto é submetido a exame técnico e considerado quanto a sua constitucionalidade, legalidade, conveniência e oportunidade. Pode o Senado requisitar das autoridades públicas e pedir a entidades particulares as informações, a colaboração e a assistência de que tenha necessidade, para o esclarecimento do assunto, inclusive o depoimento pessoal de Ministros de Estado. Toda a tramitação do projeto pelo Senado pode ser acompanhada por Procuradores da República e por Procuradores das Confederações interessadas (Art. 28, VI). Durante a fase da instrução, têm os Procuradores amplos meios e recursos para a defesa ou a impugnação da proposição em estudo. Pode o Senado sugerir, à fonte do projeto, emenda a seu mérito, mas não pode emendá-lo sem aquiescência dessa fonte. Terminado o exame técnico da matéria, o projeto, devidamente informado, é remetido ao Plenário. De seu mérito dos estudos especializados a que foi submetido, um Senador fará minucioso relatório. Depois, para defendê-lo ou impugná-lo, podem falar os Procuradores. Finda a discussão, o projeto é posto a votos. Estará aprovado se obtiver, a seu favor, maioria absoluta de sufrágios. Se apenas obtiver maioria relativa, tornará a ser posto a votos três dias depois da primeira votação. Não obtendo maioria absoluta de sufrágios, o projeto está rejeitado e só se poderá renovar dois anos após a rejeição. Uma vez aprovado, receberá redação definitiva. Em seguida, é enviado à sanção (Telles Junior, 1965, pp. 52-53).

Telles Junior, ainda, entende que seria conveniente a manutenção de uma Câmara dos Deputados sem poder legislativo, que passaria a ser uma instituição da vigilância nacional. Esse órgão funcionaria como uma tribuna livre, com objetivo de fiscalizar a política brasileira e de ser válvula de segurança das paixões represadas dos homens públicos. À Câmara dos Deputados competiria, por exemplo, a crítica dos projetos em tramitação no Senado, o julgamento da política externa do Governo e a denúncia de irregularidades na execução das leis e na administração pública, bem como a revelação de anseios populares sobre medidas de interesse geral. O Presidente dirigiria sua mensagem sobre a situação do país à Câmara dos Deputados no início de cada exercício e dependeria de sua permissão para se ausentar do país. A eleição dos deputados, em número de um para cada um milhão de habitantes, poderia ser feita pelas Câmaras Municipais e eles gozariam de plenas imunidades e acesso livre a todas as repartições públicas (Telles Junior, 1965, p. 46).

A escolha do Presidente da República, chefe nacional, se daria pelo sufrágio universal, processo inidôneo para a escolha dos representantes e de

legisladores, mas correto para a escolha dos cargos do Executivo. Para os fins da chefia nacional, a nação precisa ser considerada como unidade (Telles Junior, 1965, pp. 46-50). Qualquer um do povo pode ser candidato a Presidente da República, desde que cumpridos os requisitos legais e inscrito no Tribunal Superior de Justiça Eleitoral. Terminado o prazo de inscrição, o Colégio Eleitoral seria convocado para que se manifestasse, por simples afirmação ou negação, sobre a idoneidade e aptidão de cada candidato. Ao sufrágio universal da nação somente seriam apresentados os candidatos aprovados nesse exame (Telles Junior, 1965, p. 50). A justificativa soa elitista e paternalista:

> Salta aos olhos a necessidade de uma tal seleção. Não é possível abandonar o povo das fábricas e dos campos e os habitantes das vastidões incultas do território nacional, à mercê de aventureiros e demagogos. E, acima de tudo, todas as cautelas precisam ser tomadas para defender o Brasil contra candidatos impostores, que façam da miséria de nossas populações a matéria-prima de sua lábia, posta a serviço de causas antinacionais (Telles Junior, 1965, p. 50).

Após a sua posse, o Presidente da República, Chefe de Estado, nomearia seu Primeiro-Ministro, Chefe de Governo encarregado da administração nacional. A ambos competiria a obrigação de prover o que fosse útil ou se fizesse necessário ao bem-estar, cultura, progresso e segurança da nação (Telles Junior, 1965, p. 51).

O Presidente, entre outras funções, seria o chefe supremo das Forças Armadas, teria poder de declarar guerra e celebrar a paz, substituir o Primeiro-Ministro, quando, a seu juízo, as circunstâncias aconselhassem, enviar mensagens ao Senado, apresentando os projetos de Lei do Poder Executivo, sancionaria ou vetaria as leis, nomearia os Governadores dos Territórios, decretaria, prorrogaria e suspenderia o estado de sítio, concederia indultos e comutaria as penas (Telles Junior, 1965, p. 51).

Já o Primeiro Ministro, seria o responsável direto pela política interna do governo, cabendo-lhe, por exemplo, nomear e demitir os ministros das diversas pastas, presidir as reuniões ministeriais, despachar regularmente nas pastas ministeriais, levar ao Presidente os projetos das leis exigidas pela administração

pública, expedir regulamentos para fiel execução das leis, criar, extinguir e prover os cargos públicos nacionais e fixar-lhes os vencimentos, nomear e demitir o prefeito da capital da República, fixar o salário-mínimo e prestar contas ao Senado (Telles Junior, 1965, p. 52).

O Colégio Eleitoral da República, por sua vez, seria um corpo selecionado de eleitores com duas incumbências: *(i)* eleger os Senadores Nacionais; e *(ii)* manifestar-se, com um "sim" ou um "não" sobre a idoneidade e aptidão de cada candidato à Presidência da República, conforme se referiu anteriormente. Comporiam esse órgão os professores efetivos em curso superior oficial de ciências sociais, os desembargadores dos Tribunais de Justiça e os ministros do Supremo Tribunal Federal (Telles Junior, 1965, pp. 53-56).

No campo dos direitos fundamentais, a o projeto de Constituição de Goffredo consagra a intangibilidade da pessoa humana, a não tolerância à tirania (art. 1º), a igualdade perante a lei (art. 2º), o respeito à liberdade (art. 3º) e às situações jurídicas constituídas (art. 4º), a livre manifestação do pensamento e de associação (art. 5º), o direito de resposta (art. 5º), o sigilo da correspondência (art. 5º), a inviolabilidade de domicílio (art. 7º), o direito de propriedade com limitações impostas pelo bem comum (art. 8º), o ensino público primário obrigatório e gratuito para todos (art. 9º), o livre exercício de profissão e trabalho, nos termos da lei (art. 10), a autonomia das corporações (art. 11), o direito de representação ao poder público (art. 12), a ação popular (art. 13), a garantia da inexistência de crime sem lei anterior e a vedação à pena de morte em tempo de paz, perpétua, de banimento e confisco (art. 14), a vedação da prisão por dívida ou por multa, salvo no caso do depositário infiel e de obrigação alimentar (art. 14), a irretroatividade da lei penal em prejuízo do réu e a retroatividade em seu benefício (art. 14), o princípio da intranscendência da pena (art. 14), a vedação da prisão ilegal (art. 15), a garantia ampla do *habeas corpus* e do mandado de segurança (art. 16), o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 17), a competência do tribunal do júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e contra a honra (art. 17), a ampla defesa (art. 17) e a vedação de extradição por crime político ou de opinião (art. 18) (Telles Junior, 1965, pp. 63-69).

Esse é o Estado que possibilitaria o florescimento da "democracia autêntica", um Estado Orgânico ou Institucional, formado de órgãos, corpos ou instituições de que a sociedade se compõe espontaneamente, um Estado Corporativo, mas inédito, que seria, a um só tempo o Estado Corporativo sem câmara corporativa e o Estado da democracia quase direta, uma vez que nele a iniciativa da lei caberia diretamente aos órgãos e corpos naturais de que se constituiria o povo (Telles Junior, 1965, pp. 57-58).

2. "Carta aos brasileiros" (1977)

A "*Carta aos brasileiros*" lida em 1977, conclama o estabelecimento de um "Estado de Direito, já!" (Telles Junior, 1977, 611). Esse Estado de Direito deve ser fiel ao que Telles Junior entende como os princípios basilares da democracia (Telles Junior, 1977, p. 600).

A premissa da carta é o de que embora toda lei seja legal nem sempre é legítima. Só é legítima a lei provinda de fonte legítima: a comunidade ou o povo como fonte primária. A fonte legítima secundária das leis são os legisladores que compõem os órgãos do Estado, mas esses só adquirem legitimidade enquanto forem representantes autorizados da comunidade, vozes do povo, que é a fonte primária das leis (Telles Junior, 1977, pp. 600-601).

Para que sejam legítimos, os legisladores devem ser escolhidos em processos fixados pelo povo em sua Constituição, também elaborada com legitimidade popular. As leis não nascidas no seio da coletividade e não confeccionadas de acordo com os processos fixados pelos autênticos representantes do povo, isto é, baixadas de cima, são ilegítimas (Telles Junior, 1977, p. 601).

Como derivação desse raciocínio em relação à lei, também a ordem jurídica como um todo pode ser legítima ou ilegítima de igual forma e de acordo com os mesmos critérios. A ordem imposta, vinda de cima para baixo é ilegítima porque é imposta pela violência e não tem origem no povo. Em momentos de convulsão social, pode apresentar-se, segundo o autor, como remédio de urgência, mas, em regra, é medicação que não pode ser usada por tempo dilatado

porque acaba por acarretar males piores do que os causados pela doença. Só é legítima a ordem que nasce e brota da própria vida, no seio do povo (Telles Junior, 1977, p. 601).

A fonte genuína da ordem não é a força, mas o poder de persuasão, fundado no "senso grave da ordem, naqueles projetos de organização social nascidos do embate das convicções e que passam a preponderar na coletividade e a ser aceitos pela consciência comum do Povo [...]". (Telles Junior, 1977, p. 602). É por isso que nos governos legítimos a obediência do povo é voluntária.

O poder legítimo, de persuasão, é produto do consenso popular. A força é útil, mas apenas na qualidade de meio para assegurar o respeito pela ordem jurídica vigente, não para subvertê-la ou impor reformas constitucionais (Telles Junior, 1977, p. 602). Embora o Chefe de Governo seja o mais alto funcionário nos quadros administrativos da nação, não é o mais alto poder de um país, uma vez que acima dele reina o poder das convicções, que inspiram as linhas-mestras da política nacional (Telles Junior, 1977, p. 602).

Numa ordem jurídica legítima, a Constituição tem sua fonte legítima no povo e é soberana, de forma que nenhum ato legislativo pode ser tido como superior a ela. Só é válida a lei cuja elaboração obedeceu aos preceitos que regulam o processo legislativo na Constituição e se, no mérito, não se opõe ao pensamento da Constituição. A lei inconstitucional é nula (Telles Junior, 1977, p. 603).

O Poder Constituinte pertence ao povo que, por meio de seus representantes, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte ou por meio de uma revolução vitoriosa, tem competência para elaborar a Constituição e substituir a vigente por outra, nos casos em que isso se faça necessário. Da mesma forma, é o povo, por meio de seus representantes no Parlamento Nacional que tem competência para emendar a Constituição, de acordo com preceitos especiais que a própria Constituição deve enunciar, a fim de garantir estabilidade maior do que a das demais leis. É ilegítima a Constituição outorgada por autoridade que não seja a Assembleia Nacional Constituinte, com a única exceção daquela

que é imediatamente imposta por meio de uma revolução vitoriosa, realizada com a direta participação do povo (Telles Junior, 1977, p. 604).

O Estado legítimo é o Estado de Direito e o Estado de Direito é o Estado Constitucional. O Estado de Direito, submetido ao princípio de que governo e governantes devem obediência à constituição caracteriza-se por três notas essenciais: *(i)* é obediente ao direito; *(ii)* é guardião dos direitos, para servir ao ser humano; e *(iii)* é aberto às conquistas da cultura jurídica porque o Estado de Direito é uma democracia (Telles Junior, 1977, pp. 605-606).

Os Estados não-constitucionais, por sua vez, são Estados cujo Poder Executivo usurpa o Poder Constituinte, constituindo-se em Estados de Fato. Na verdade, são Estados autoritários que facilmente descambam para a ditadura. Os chefes tendem a se julgar onipotentes e oniscientes e acabam por não respeitar fronteiras para sua competência, o governo não tolera crítica e não permite contestação, são Estados-fim, com governos obcecados por sua própria segurança, permanentemente preocupados com sua sobrevivência e continuidade. Caracterizam-se pela opressão, com sistemas de repressão muitas vezes erguidos contra as livres manifestações da cultura e contra o emprego normal dos meios de defesa dos direitos da personalidade. São ilegítimos, porque os Governos não têm poder legítimo. Assim, duram apenas enquanto puderem contar com o apoio de suas Forças Armadas (Telles Junior, 1977, pp. 605-606).

Nos Estados de Fato, os Governos apregoam que há direitos que devem ser suprimidos e cerceados para tornar possível a consecução dos ideais desses próprios Estados e Sistemas, invocando, frequentemente a segurança nacional e o desenvolvimento econômico, com a ditadura como regime por excelência (Telles Junior, 1977, p. 607). Fora do Estado de Direito, porém, o binômio segurança-desenvolvimento não passa de uma cilada. É falsa a afirmação de que o Estado de Direito e a Democracia sejam a "sobremesa do desenvolvimento econômico". Nenhum país deve esperar pelo desenvolvimento econômico para, só então, implantar o Estado de Direito: os sistemas, no Estado de Fato, ficarão, na verdade, permanentemente à espera de um maior desenvolvimento econômico para nunca implantar o Estado de Direito (Telles Junior, 1977, p. 607).

A segurança dos direitos da pessoa humana é a primeira providência para garantir o verdadeiro desenvolvimento de uma Nação (Telles Junior, 1977, p. 608).

As livres manifestações do povo, em seus órgãos de classe, nos diversos ambientes da vida é que dão sentido ao desenvolvimento nacional e confere legitimidade às reformas sociais. É o povo livre e organizado que deve propulsionar o desenvolvimento porque é ele que tem competência, mais do que ninguém, para defender os seus interesses e direitos. Uma nação desenvolvida é aquela que pode manifestar e fazer sentir a sua vontade, em que o povo escolhe seus dirigentes. Nos Estados de Fato, os canais são cortados e os Governos instalam os "donos do poder", que, na verdade, são donos da força. A sociedade civil é banida da vida política da nação, tratada como um confuso conglomerado de ineptos, sem discernimento e sem critérios, destituídos de senso moral e de idealismo cívico, multidão de ovelhas negras, que precisa ser continuamente contida e tangida pela inteligência soberana do sábio tutor da Nação (Telles Junior, 1977, pp. 608-609).

Nos Estados de Fato, o Poder Executivo, por meio de atos arbitrários, declara a incapacidade da sociedade civil e decreta a sua interdição. A "*Carta*" proclama ilegítimo todo sistema político em que fendas ou abismos se abrem entre a sociedade civil e o Governo e denomina *ditadura* o regime em que o Governo está separado da sociedade civil (Telles Junior, 1977, p. 609):

> Chamamos Ditadura o regime em que o Governo está separado da Sociedade Civil. Ditadura é o regime em que a Sociedade Civil não elege seus Governantes e não participa do Governo. Ditadura é o regime em que o Governo governa sem o Povo. Ditadura é o regime em que o Poder não vem do Povo. Ditadura é o regime que castiga seus adversários e proíbe a contestação das razões em que ela se procura fundar.
> Ditadura é o regime que governa para nós, mas sem nós.

Os governantes que proclamam que a ditadura é democracia não nos enganam, proclama a "*Carta*".

O homem, segundo Telles Junior nesse documento de 1977, aperfeiçoa-se à medida em que incorpora valores morais ao seu patrimônio espiritual e o

Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada de forma livre pelos representantes do povo em Assembleia Nacional Constituinte. O povo deve ter direito a não se ver submetido a disposições de atos legislativos do Poder Executivo, contrários aos preceitos constitucionais e de ter um Governo em que o Poder Legislativo e o Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem temer represálias do Poder Executivo, que deve ser limitado pelas normas constitucionais, elaborada de forma legítima (Telles Junior, 1977, pp. 609-610).

O povo deve ter o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores, de ser ouvido pelos poderes públicos e de introduzir seu pensamento nas decisões do governo, bem como ter direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou não fazer o que a lei não proíbe, direito à igualdade perante a lei, à intimidade e à inviolabilidade do domicílio, o direito à propriedade e de conservá-la, de se organizar livremente em sindicatos de trabalhadores, de ser presumido inocente, de ter ampla defesa e não ser preso fora dos casos previstos em lei nem de ser condenado a pena que não seja cominada antes do delito (Telles Junior, 1977, pp. 609-610).

Num Estado de Direito, ainda, ninguém pode ser submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante e todos devem poder pedir a manifestação do Poder Judiciário sempre que houver interesse legítimo. Há, também, a garantia irrestrita de impetrar *habeas corpus* e de julgamento por juízes e tribunais independentes, com prerrogativas. A imprensa deve ser livre, o povo deve poder fruir das obras de arte e cultura, sem cortes ou restrições e poder exprimir seu pensamento sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria, deve haver o direito de resposta e de reunião e associação (Telles Junior, 1977, p. 610).

Ao final, a "*Carta*" esclarece que busca ordem, mas a ordem do Estado de Direito.

Considerações finais: a "democracia autêntica" e o antiliberalismo de Goffredo Telles Junior

O cotejo dos textos analisados permite concluir que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre os seus conceitos de democracia. Embora se possa criticar a forma de democracia idealizada por Telles Junior no livro de 1965, com traços marcadamente paternalistas e elitistas, como a limitação do sufrágio universal e a constituição de um Colégio Eleitoral de "homens notáveis" com poder de vetar os candidatos à Presidência da República, a busca do autor é pela participação popular direta na iniciativa legislativa, que se daria, essencialmente, por meio das corporações, assegurando-se direitos fundamentais como propriedade, *habeas corpus* e livre expressão de pensamento.

Em que pesem as notas elogiosas ao que chama de "Revolução Vitoriosa" na obra publicada em 1965, não se pode dizer que a "doutrina" proposta fosse compatível com a supressão de direitos individuais, já que esses estariam minimamente assegurados na "Constituição realista" proposta por Telles Junior. Há a defesa de um regime que assegure penetração e influência do povo da vontade dos governados nas decisões dos governantes, o que, explicitamente, ao menos no primeiro texto, ele entende ser impossível nas democracias liberais[111].

A "*Carta*" não é esclarecedora quanto ao tipo de democracia que considera ideal, mas se pode dizer que o seu conceito decorre da ideia de que, nela, o povo é a fonte de legitimidade da ordem constitucional e da lei. O regime legítimo é aquele em que a sociedade civil tem voz, elege seus governantes, participa do governo e tem liberdade de expressão, interpretação que se faz, *a contrario sensu*, da sua definição de "ditadura", que condena (Telles Junior, 1977, p. 609).

Assim, embora em contextos muito diferentes, Goffredo identifica uma ausência de democracia efetiva no país tanto na primeira obra analisada quanto na segunda. No primeiro caso, a crítica é dirigida no contexto do regime

[111] Na 4ª edição de sua *Iniciação na Ciência do Direito*, de 2008, a definição de democracia é também semelhante e o autor assume a possibilidade de diversas formas de concretizá-la: "A DEMOCRACIA pode assumir formas diversas. Mas, na sua essência, a Democracia é sempre um *REGIME QUE PROCURA ASSEGURAR A PENETRAÇÃO DA VONTADE DOS GOVERNADOS NOS ÓRGÃOS PLANEJADORES DO GOVERNO*. Isto significa que a Democracia é sempre *um regime em que a vontade dos governados influi nas decisões dos governantes*" (Telles Junior, 2008, p. 130).

constitucional de 1946 e no segundo à "ordem constitucional" vigente durante o regime de 1964, que contou com os atos institucionais, a Constituição de 1967 e, finalmente, a Emenda Constitucional nº 01/1969, que muitos consideram uma nova Constituição.

Ocorre que mesmo após a restauração democrática e já no regime da Constituição de 1988, Goffredo defendeu que não existia uma "democracia autêntica" no Brasil. Em entrevista que deu a João Batista Natali, na *Folha de São Paulo*, em 1999, conceituou, de forma semelhante à obra de 1965, democracia como o poder de "influência e representação do povo nos órgãos de decisão do governo" (Natali, 1999, n.p.). Segundo o Telles Junior, no Brasil, "a democracia nunca se realizou plenamente" (Natali, 1999, n.p.):

> Antes de 1930, não havia 'povo', ele não havia ingressado na cena política. Houve a ditadura de Vargas, com um pequeno entreato depois de 1934 – quando eu, sem ainda 20 anos, fui suplente de deputado. Em 1945, com o fim do Estado Novo, tivemos um tempo de uma democracia regular, durante o governo Dutra. A Câmara e o Senado eram compostos por pessoas de primeira qualidade e que representavam alguma coisa. Depois deixou de haver propriamente representação, mesmo porque a influência norte-americana era muito abafante. Getúlio é reeleito, governa um período conturbado e se suicida. Pouco se fala sobre a importância da Faculdade de Direito da USP naquele episódio, de seus estudantes e do recado mandado a Tancredo Neves, então ministro da Justiça" (Natali, 1999, n.p.).

Em seu livro de 2003, "*O povo e o poder: o conselho do planejamento nacional*" Telles Junior (2003) retoma a crítica à democracia liberal que não teria se dado conta do pluralismo das fontes do direito: "A Democracia ou é um sistema que garante a introdução dos anseios das *entidades representativas* da sociedade nas decisões dos órgãos planejadores dos Governos, ou a democracia perde o seu sentido" (Telles Junior, 2002, pp. 110-111). Diante disso, seria necessária uma emenda constitucional que instituísse instituições representativas, autônomas e com elenco fixado em lei, custeadas com seus próprios recursos e que exerceriam a função de comunidades de base, irradiadoras naturais de normas para a disciplina da convivência humana (Telles Junior, 2003, pp. 118-119). A elas, seria atribuído o direito de iniciativa de lei: poderiam apresentar projetos de lei ao Congresso Nacional por meio de mensageiros credenciados, nomeados

livremente por elas e com as obrigações do mandato imperativo (Telles Junior, 2003, pp. 117-122).

Mais recentemente, em artigo de 2005, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Telles Junior retoma as mesmas teses. Tece críticas análogas à do livro de 1965: os deputados e senadores não estão vinculados à vontade e instrução de seus eleitores, não existe um mandato jurídico no sentido técnico dos termos e, nesse cenário a democracia passa a ser "uma Democracia do *faz-de-conta* (Telles Junior, 2005, p. 177, itálico no original)[112]. Nesse artigo, o autor volta a defender a emenda constitucional que permita aos grupos sociais denominados "instituições representativas" o direito de iniciativa das leis que lhe dizem respeito (Telles Junior, 2005, p. 188).

Segundo o autor, no texto de 2006, as instituições representativas teriam delegados credenciados e nomeados de forma livre pelas classes e suas respectivas categorias. Esses delegados ou mensageiros atuariam como procuradores, com poderes e obrigações do mandato imperativo. Seriam contratados e pagos pelas próprias instituições, agiriam para um fim certo, específico e declarado e, em cada caso, uma vez terminada a missão para que tenham sido contratados, seriam desconstituídos (Telles Junior, 2005, p. 188). A proposta é, na essência, a mesma da do livro de 1965.

Assim, dos anos 1950 até a sua morte, é possível verificar nos textos de Goffredo Telles Junior sobre a democracia e o regime constitucional um contínuo descontentamento com a democracia liberal e os partidos políticos e uma busca, como alternativa ideal, de um regime que assegurasse participação direta na proposição legislativa por grupos organizados da sociedade, ora denominados "corporações" ora (mais tarde) "instituições representativas".

A "democracia autêntica" de Telles Junior, portanto, é de tipo corporativista, com participação direta das comunidades ou grupos organizados ("corporações" ou "instituições representativas", conforme o período de sua obra) na proposição legislativa. Toda a obra do autor valoriza, ainda, uma espécie

[112] A mesma observação quanto aos mandatos é feita em Telles Junior (2003, pp. 71-79).

de incorporação do que entende por "valores morais" ao "patrimônio espiritual do homem" e, nesses aspectos, ecoa o pensamento de outros pensadores antiliberais brasileiros, em especial, Plínio Salgado, chefe do movimento integralista que contou com Telles Junior como adepto e Oliveira Vianna, citado pelo autor em seu livro de 1965.

Existe ainda um longo caminho a ser perseguido na Academia na busca da reconstrução teórica do pensamento jurídico-político brasileiro que tem como protagonistas os juristas do século XX e a forma com que eles teorizaram ou procuraram justificar a participação política (ou a ausência ou limitação dessa participação) durante os governos autoritários.

Há um vasto campo a ser explorado nessa parte da história do pensamento jurídico, especialmente ante a escassez de artigos acadêmicos que tratem do tema e o "desaparecimento" dessas obras das biografias dos autores e até mesmo das livrarias.

Este artigo procurou dar uma primeira contribuição, ao investigar a obra de um dos expoentes entre os teóricos jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A sua divulgação frequente e equivocada como um defensor da democracia liberal, tomando como paradigma apenas o episódio da leitura da "*Carta aos brasileiros*", demonstra a necessidade de compreensão, aprofundamento e difusão da história do pensamento jurídico-político brasileiro.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BUCCI, Eugênio. Goffredo Telles Júnior. *In:* AZEVEDO, Ricardo de; MAUÉS, Flamarion (orgs.). **Rememória**: entrevistas sobre o Brasil do século XX. 1 ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997, pp. 205-222. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/rememoria.pdf>. Acesso em 27.11.2023.

CARTA às brasileiras e aos brasileiros em defesa do Estado Democrático de Direito! Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/3f8d6ff58f38-carta-as-brasileiras-e-aos-brasileiros-em-defesa-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 04.12.2023.

CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Vianna. In: BATOS, Élide Rugai; MORAES, João Quartim de (orgs.). **O pensamento de Oliveira Vianna**. Campinas: Unicamp, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: VIANNA, [Francisco José de] Oliveira. **O ocaso do império**. 3ª ed. Rio de Janeiro: ABL, 2006.

CNN. Carta pela democracia é lida na USP, e ato tem protesto contra Bolsonaro. **CNN Brasil**, São Paulo, 11 de ago. 2022 às 10h43 (atualizado em 11 de ago. 2022 às 14h56). Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cartas-pela-democracia-sao-lidas-na-faculdade-de-direito-de-usp/>.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

LIVROS. **Goffredo Telles Jr.** [s.d.]. Disponível em: <https://goffredotellesjr.com.br/livros/>. Acesso em 04.12.2023.

NATALI, João Batista. Para Goffredo Telles Júnior, não existe democracia hoje no Brasil. **Folha de São Paulo**, Entrevista da 2ª. 13 de setembro de 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc13099912.htm>. Acesso em 27.11.2023.

REALE, Miguel. **ABC do integralismo**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1935.

REDAÇÃO. Goffredo Telles Junior em seu jubileu de cátedra. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 74, pp. 13-39, 1979. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66866>.

SALGADO, Plínio. **O integralismo na vida brasileira**. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, [s.d.].

SALGADO, Plínio. **O que é o integralismo**. [s.l.]: Editora das Américas, [s.d.].

SILVA, Carlos Medeiros. Seis meses de aplicação do ato institucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 78, pp. 449-452, out.-dez., 1964.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Resistência violenta aos governos injustos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 50, pp. 192-219, 1955. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66228>. Acesso em 07.12. 2023.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma Constituição realista para o Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54 (2), pp. 10-170, 1959. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66310 >. Acesso em 07.12. 2023.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Carta aos brasileiros. In: A REDAÇÃO. **Crônica das arcadas**, pp. 599-612, 1977. Disponível em: < https://direito.usp.br/pca/arquivos/5f223ea6ae26_cronica-das-arcadas.pdf>. Acesso em 04.12.2023.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 58, pp. 130-179, 1963. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66427>. Acesso em 07.12. 2023.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. **A folha dobrada:** lembranças de um estudante. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. **O povo e o poder**: o conselho do planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. A democracia participativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, pp. 171-188, jan.-dez. 2005. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67669 >. Acesso em 07.12. 2023.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. **Iniciação na ciência do direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIANNA, Oliveira [Francisco José de]. **O idealismo da Constituição**. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

9. Imperador, Forças Armadas, Supremo Tribunal Federal: a função moderadora no Brasil

Vitor Hugo Sampaio[113]

Introdução

O conteúdo que se extrai do conceito de "Poder Moderador", pode ser descrito, *grosso modo* e de maneira sucinta, como a prerrogativa de um poder, acima dos demais, (portanto como uma espécie de "suprapoder") arbitrar conflitos interinstitucionais e zelar pela estabilidade do Estado, exercendo a tutela política e estrutural do sistema.

No Brasil imperial (1824-1889) esse poder arbitral foi exercido pelo Imperador, mediante expressa disposição constitucional, o qual era responsável por velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.

Com a queda do regime imperial e a inauguração da República com o golpe de 1889, a figura do Poder Moderador foi formalmente extirpada da ordem constitucional brasileira, no entanto, passados mais de cem anos seu espectro ainda ronda insiste em rondar a República.

De 1889 a 1988, o regime republicano passa por diversas fases, crises e instabilidades de toda sorte, de tal modo que o exercício deste poder de tutela estrutural passa, simbolicamente para as mãos das Forças Armadas (STEPAN,2015).

Com a exsurgência da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, uma nova entidade jurídica passa a exercer de forma simbólica o papel de arbitrar grandes conflitos institucionais: o Supremo Tribunal Federal.[114]

---

[113] Mestrando em Direito do Estado (USP). Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0485801313962781

[114] O professor Oscar Vilhena Vieira lança mão dessa hipótese em alguns trabalhos, a título

A questão do Poder Moderador, voltou à tona com o governo Jair Bolsonaro (2019-2022), gerando intensas celeumas institucionais, ocupando manchetes de jornais e pautas políticas, mobilizando opiniões e manifestações públicas, representativo de que após mais de um século, o espólio do poder outrora exercido pelo imperador ainda é objeto de disputa política.

Desta forma, este artigo propõe traçar um breve panorama histórico acerca do Poder Moderador no Brasil, do Império à Nova República, busca descrever os atores políticos que o exerceram, a disputa por sua titularidade e concedendo especial atenção aos recentes conflitos institucionais que envolveram esta temática durante o governo Jair Bolsonaro (2019 – 2022), utilizando-se de revisão de literatura e análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. O Poder Moderador e a constituição imperial de 1824

Christian Lynch, estudioso do tema, afirma que as discussões sobre o Poder Moderador surgem pela primeira vez na Europa, em 1789, na esteira da revolução francesa e em meio aos calorosos debates acerca da organização dos novos modelos de Estado e de governo que surgiriam com a revolução francesa:

> Conforme demonstrou Marcel Gauchet (1995), todo o debate político francês durante a Revolução de 1789 foi atravessado pela persistente busca de um terceiro poder que, acima do Executivo e do Legislativo, fosse capaz de mantê-los nos limites previamente definidos na ordem constitucional.
> Haja vista que na Constituição, produto do Poder Constituinte, era reputada a expressão máxima da vontade do povo, a solução do impasse passava pela criação de um órgão superior aos demais poderes constituídos, encarregado de exercer sobre os atos por eles praticados um controle de constitucionalidade estrutural ou normativo. Chamaram-no Poder Regulador, Poder Moderador,Poder Preservador, Poder Neutro, Poder Real, atribuindo-o ao monarca, a um conselho, a um tribunato ou uma segunda câmara.

O século XVIII foi um período fértil em ideias e debates sobre novas engenharias institucionais, assim, o cerne da questão acerca do Poder Moderador está na busca por um árbitro suprapolítico, capaz de arbitrar conflitos

exemplificativo ver VIEIRA, 2008.

interinstitucionais e zelar pela estabilidade, equilíbrio e coesão do sistema político.

Desta forma, foi Benjamin Constant, que bebendo das teorias de autores como Saint-Pierre e Clermont-Tonnerre formulou uma teoria com viabilidade prática, o Poder Moderador, entidade externa à engenharia constitucional, atuaria, de forma imparcial e suprapartidária, exercendo a arbitragem dos conflitos institucionais (LYNCH,2014). Tal poder, no império ficou a cargo do imperador, por expressa disposição constitucional:

> Art. 98 O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos (BRASIL, 1824).

O Poder Moderador exerceu papel central no Brasil imperial, tornando-se pivô da estabilidade nacional, ao proporcionar, do alto, a filtragem de uma liderança política relativamente autônoma das oligarquias e uma alternância artificial, mas eficaz, entre os partidos políticos (LYNCH,2014, p.211)

A forma de seu exercício estava prevista na Constituição de 1824, era o quarto poder de caráter arbitral, cujas principais funções[115] eram a de nomear Senadores e Ministros de Estado, suspender Magistrados, conceder anistias, perdoar e moderar penas impostas a Réus condenados, atuando como revisor de sentenças judiciais, etc:

> Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.
> Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:
> I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43;
> II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.
> III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
> IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.
> V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

> VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.
> VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
> VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.
> IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado (BRASIL,1824).

Em 15 de novembro de 1889, é dado o golpe militar que põe fim a era monárquica e a ordem jurídica imperial, desde então, o Poder Moderador nunca mais esteve em nenhuma Constituição Federal, no entanto, permaneceu e permanece presente, seja no imaginário e nos discursos, seja nas disputas que se sucederam pela sua titularidade.

Como se verá no tópico seguinte, o espectro do Poder Moderador se manteve presente durante toda nossa história republicana.

2. A República e o Poder Moderador

Com o fim do império, um espectro permaneceu rondando a república emergente e o imaginário popular: o espectro do Poder Moderador como espécie de força estabilizadora e arbitral.

Com a queda do regime imperial e "Sob *manu militare*",erigi-se "uma nova nação – dessa forma constitui-se a República", cuja proclamação adquiriu, "portanto, um caráter de golpe militar" (GUZZI;MATHIAS,2010,p.43).

Com a República inaugura-se uma intensa e longa disputa pela sucessão de sua titularidade, "a oposição entre judiciarismo e militarismo, que disputaria dali em diante a herança jacente do Poder Moderador, entendido como um poder tutelar legitimado a intervir quando houvesse crise do sistema representativo" (LYNCH,2021,p.110).

Christian Lynch, define as duas principais correntes que disputaram o espólio do Poder Moderador como uma de caráter "liberal, judiciarista e normativista", e outra, "autoritária, militarista e excepcionalista" (LYNCH,2022,p.27).

Assim, o Poder Moderador não passou ao largo dos debates sobre a nova ordem jurídica republicana, extinta a figura do imperador, quem seria o novo titular deste poder? "Para os conservadores, era o presidente da República, por

intermédio do Congresso Nacional, representantes do "corpo político" nacional; para os liberais, era o Supremo Tribunal Federal, guardião da intangibilidade da Constituição da República" (LYNCH,2014, p.149)

Já no Congresso da Constituinte Republicana, afirmou o deputado Gonçalves Chaves: "O tribunal supremo é investido de um caráter eminentemente político, que dele faz o grande pilar da Constituição, uma espécie de Poder Moderador, destinado a manter o equilíbrio de todos os poderes da federação" E repetiria, noutra ocasião: "É o Poder Moderador da República". (LYNCH,2014, p.142).

A defesa de que o Supremo Tribunal Federal deveria ser o sucedâneo republicano do Poder Moderador, foi feita sobretudo por Rui Barbosa e Campos Sales:

> Ambos destacavam, em primeiro lugar, o papel central que passava o Poder Judiciário a exercer no âmbito dos poderes políticos (...)
> Os fundadores da República teriam feito, do Supremo Tribunal, "o sacrário da Constituição". Mais uma vez aparecia a imagem do Poder Moderador: o Supremo era agora "o mediador, o conciliador, o arbitrador"; o "centro de gravidade da República". Ele exerceria o papel "de um poder neutral, arbitral, terminal, que afaste os contendores, restabelecendo o domínio da Constituição. (LYNCH,2014, p.143)

Entretanto, o exercício da tutela moderadora da República estaria reservada a outra instituição que de fato exerceu este poder, sobretudo no primeiro século da nossa história republicana (1889-1988): as Forças Armadas.

Para Raymundo Faoro, "a missão política que [o Supremo Tribunal Federal] deveria representar estava destinada a outras mãos, alimentadas de forças reais e não de papel"(citado em: VIEIRA,2018).

3. Forças Armadas e Poder Moderador

Para Suzeley Kalil Mathias e André Cavaller Guzzi, a "participação das Forças Armadas no processo político brasileiro é um fenômeno que nasce com o país, isto é, mesmo antes da Independência, os militares, ainda não de todo nacionais, queriam se fazer ouvir." (2010,p.41).

A recém-inaugurada República nasce com um golpe militar, que derrubou o Império e viciou a República já em sua origem (FARIA, 2022, p.29). Desta forma, os militares exerceram uma espécie de tutela moderadora da República por quase um século nossa história republicana (1889-1988), século este marcado por golpes e sucessivas intervenções militares nos processos políticos.

O período compreendido entre 1889 e 1988, foi marcado por um "intervencionismo patológico" (STEPAN, 1974, p.64), em que intervenções militares na ordem políticas foram frequentes, muito por culpa das próprias elites civis que contavam com os militares para exercer a tutela sobre a República em tempos de instabilidade e crise.

Alfred Stepan em sua obra "*The Military in Politics: Changing Patterns in Brazil*" (1974), analisa padrões de relações entre civis e militares, e reconhece um desvio no padrão brasileiro, o qual não se enquadra em nenhum dos tipos ideias por ele formulados.[116]

Para o autor, ante as peculiaridades socias, históricas e institucionais, o padrão que predomina nas relações cívico-militares no Brasil é o denominado "Padrão Moderador", cujas principais características encontradas aqui são: militares altamente politizados, com a elite civil a todo instante cooptando-os para projetos sectários de poder, e chamando-os a intervir de tempos em tempos no processo político, posto que incapazes de resolver os conflitos e impasses políticos dentro das balizas institucionais (STEPAN,1974).

No entanto, cumpre ressaltar que é característico deste padrão analisado que os militares eram repetidamente chamados para realizar intervenções pontuais, não lhes sendo concedido o poder de direção política de fato. Tais intervenções se repetiram em 1889, 1910, 1922, 1930, 1945, 1954, 1955, 1961, ocorrendo uma mudança de padrão em 1964, em que passam de moderadores a diretores (STEPAN, 1974, p.135).

Passados 21 anos sob o jugo de uma ditadura militar, surge juntamente com a ordem jurídica que se instauraria com a constituinte de 1988, uma nova

[116] Na obra o autor menciona quatro tipos ideias de relações cívico-militares, dentre as quais: Aristocrática, Profissional, Liberal e Comunista(STEPAN,1975).

entidade empoderada a arbitrar conflitos político-institucionais, muito embora não tenhamos fundado uma instituição criada com este fim, é o Supremo Tribunal Federal, que de 1988 pra cá passa a exercer tal função.

No entanto, como veremos, o debate sobre quem seria o legítimo detentor da função moderadora no país foi reacendido durante o governo Jair Bolsonaro, o que nos demonstra que passados mais de um século, o espólio do Poder Moderador é, ainda hoje objeto de intensa disputa.

4. Nova República, STF e o Poder Moderador

Indicativo de um protagonismo que estava por vir ou evento meramente protocolar e ocasional, fato é que a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), a qual redigiria a nossa Constituição de 1988 fora aberta por ato solene do então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) José Carlos Moreira Alves (BRASIL,1987).

Para o professor Oscar Vilhena Vieira, a assunção de um papel moderador pelo STF, se dá em episódio anterior a ANC, ocasião em que foi instado, informalmente a decidir sobre a sucessão de Tancredo Neves. Com a morte de Tancredo, havia dúvidas de quem o sucederia, se José Sarney, eleito Vice-Presidente ou Ulysses Guimarães, presidente da câmara dos deputados, ocasião em que "vislumbrando a possibilidade de que a dúvida fosse levada ao Tribunal e para ter uma resposta institucional que garantisse a efetiva transição, os ministros se reuniram antecipadamente para deliberar sobre a matéria" (2013, p. 137).

As razões que levam o STF a ser órgão responsável por exercer tal função muito se dá por sua posição central na Nova República. As razões para isto são múltiplas, e algumas delas merecem ser exploradas.

Sérgio Abranches, em seu clássico *Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro* (1987) publicado durante os trabalhos da ANC, analisando a realidade político-institucional brasileira apontava que as distorções federativas e representativas, a fragmentação partidária, somadas a heterogeneidade da população e de suas demandas, acarretariam na

impossibilidade de o chefe do executivo e a aliança que o elegeu possuírem maiorias sólidas no congresso nacional, obrigando-o a recorrer a coalizões frágeis e contraditórias.

Para o autor, tal situação fática levaria a crises institucionais cíclicas e inevitáveis, e diante de tal cenário, chama a atenção para a necessidade de um mecanismo de "arbitragem adicional de regulação de conflitos". Nesse sentido, a arbitragem poderia ser exercida pela Suprema Corte, desde que no plano procedimental (FARIA,2019).

Para além disso, a própria Constituição delegou amplo protagonismo para o Supremo Tribunal Federal, alçando-o ao vértice da vida cotidiana.

Cumpre explicitar algumas das razões, umas de cunho jurídico-positivo: o desenho institucional positivado pela Constituição, que conferiu ao STF o papel precípuo de guardião da Carta Constitucional[117]; o amplo rol de legitimados aptos a provocar a jurisdição constitucional por meio do controle concentrado de constitucionalidade[118] e o acúmulo de funções da Corte, que atua como instância originária para processar e julgar crimes de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função e para dirimir conflitos federativos[119], Corte

[117]Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (BRASIL,1988)

[118]Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

[119]Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
b) 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;
c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
(...)

Constitucional *strictu sensu* e como espécie de instância recursal extraordinária, posto que acessível por recursos processuais.[120]

Outras razões que podemos mencionar são de cunho político-sociológico: a ampla "desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira" (VIEIRA, 2018), gerou uma Constituição fruto de um *compromisso maximizador* (VIEIRA, 2013), garantindo "que todos os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte tivessem satisfeita ao menos parcela de seus interesses." Desta forma, a "Constituição entrincheirou direitos, protegeu interesses, distribuiu poderes, realizou promessas, delineou objetivos de mudança social e determinou políticas públicas." (VIEIRA,2013, p.18). Em suma, descreve o Professor Oscar Vilhena Vieira:

> a Constituição brasileira procurou satisfazer os diversos setores organizados da sociedade, ainda que de forma não simétrica, transferido para o sistema político e para o Judiciário a responsabilidade de sua concretização ao longo do tempo. (VIEIRA,2013, p.19)

Para além disso, nossa Constituição possui normas de alta carga valorativa e finalística, o que permite ampla margem de discricionariedade aos intérpretes da Constituição. Por fim, seu caráter ambicioso e prospectivo, transformou as dívidas sociais em dívidas constitucionais, vinculando o legislador e a administração ao seu projeto transformador, alimentando expectativas na população que o Estado, muito por parca estruturação material não tem condições de cumprir, e nesse sentido, o judiciário, mais precisamente Cortes Constitucionais se arvoram no papel de "guardador de promessas" (GARAPON, 1999)

Assim, em razão do deslocamento do STF para o centro da vida política e institucional, é ele quem passa a exercer a função moderadora e estabilizadora da

---

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988)

jovem democracia brasileira, dando a última palavra não só em matérias estritamente jurídicas, mas também políticas, econômicas, sociais, e até morais.

A percepção de que a Corte é delegatária da função de moderar e arbitrar conflitos institucionais já foi externada por alguns ministros do Supremo, a título exemplificativo, Alexandre de Moraes, deu palestra para alunos da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, em 2019, cujo tema foi "O papel moderador do Supremo Tribunal Federal (STF) na solução de conflitos e pacificação social", ocasião em que o ministro ressaltou que:

> na função de poder moderador, o STF exerce três competências principais: a resolução de conflitos federativos, a moderação entre os outros Poderes a partir de atos do poder público e a função contramajoritária na preservação de direitos fundamentais das minorias (BRASIL,2019).

De mesmo modo, o ministro Dias Toffoli, em palestra em 2021 já afirmou: "nós já temos um semipresidencialismo com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Basta verificar todo esse período da pandemia".

Por fim, Oscar Vilhena Vieira reconhece que o Supremo assumiu um papel para além da função de Poder Moderador, alcançando o que ele alcunha de *poderes supremocráticos:*

> Foi apenas com a Constituição de 1988, no entanto, que o STF foi deslocado para o centro da arena política, assumindo paulatinamente um papel que transcende a moderadora, que tenho chamado de supremocrático. 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 à Constituição. (VIEIRA, 2018, p.138)

O Brasil pós 1988, viveu em relativa estabilidade institucional, política, econômica e social, especialmente entre os anos de 1994 a 2013. Entretanto, com as jornadas de junho de 2013, irromperam protestos em massa por todo o país e, desde então há um sentimento de que algo não está mais no eixo, e as crises políticas se tornaram constantes, de lá para cá passamos por operação lava-jato,

impeachment de uma Presidente da República e, em 2018 vimos a ascensão de um líder de extrema-direita à presidência.

Foi no governo Jair Bolsonaro (2019-2022) que antigas disputas interpretativas pela titularidade da dita função moderadora voltaram a ocupar a pauta pública, gerando conflitos e celeumas institucionais, o que será objeto do próximo tópico.

5. O governo Jair Bolsonaro: militares, STF e ADI 6457

Convivemos hoje com aquilo que pesquisadores têm denominado de "iliberalismo"(SAJÓ,2021), ou "regimes híbridos"(LEVISTSKY;ZIBLATT,2018), líderes populistas ascendem ao poder e buscam atacar liberdades públicas, minar instituições de controle, cooptar, ou "empacotar" cortes constitucionais para obter chancela jurídica a suas medidas calar e intimidar opositores, manipulam e burlam o sistema eleitoral para lhes favorecer e enfraquecer a oposição política. No entanto, no decorrer deste processo, eleições continuam a ocorrer e, uma fachada de legalidade é posta.

São tidos como exemplos de tais modelos a Hungria, Venezuela, Nicarágua, Filipinas, El Salvador etc. Muito embora esses países tenham suas diferenças históricas e culturais, há uma cartilha comum compartilhada por seus líderes políticos (LEVISTSKY; ZIBLATT,2018).

A esta onda autoritária, o Brasil infelizmente não passou ileso, com a eleição de Jair Bolsonaro, vimos a ascensão de um líder populista de extrema direita ao poder que, durante seu mandato colocou as instituições e a democracia brasileira à prova.

Como mencionado em tópico anterior, o cientista político Christian Lynch analisa que duas correntes interpretativas principais disputaram o sentido e o espólio do Poder Moderador, uma "liberal, judiciarista e normativista", e outra, "autoritária, militarista e excepcionalista." (LYNCH, 2022).

Foi sob o governo Bolsonaro (2019-2022), que essas disputas vieram a ocupar as principais pautas e manchetes políticas do país e o espectro da tutela militar sobre a nossa democracia constitucional, voltou a assombrar o Brasil, e

mostrou ser assunto ainda não superado, mesmo com a superveniência da constituição democrática de 1988.

No governo Jair Bolsonaro vimos uma militarização da máquina pública em números quantitativos alarmantes, em estudo realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea),intitulado Presença de militares em cargos e funções comissionados do Executivo Federal" e datado de 2022, conduzido pela pesquisadora Flávia de Holanda Schmidt, revela que o governo de Jair Bolsonaro foi responsável por elevar em 70% a presença de militares em cargos de natureza civil na administração federal (IPEA,2022).

O governo federal contava em 2020 com 6.157 (seis mil cento e cinquenta e sete) militares em funções civis, conforme dados da Secretaria-geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) levantada a pedido do hoje presidente do TCU ministro Bruno Dantas (BRASIL,2020a) e superou Geisel, Médici e Figueiredo em número de ministros militares (ROMANO,2019).

É nesse ambiente altamente militarizado, somado à uma insidiosa e constante incitação à intervenção militar na ordem democrática que marcou o governo Jair Bolsonar que Ives Gandra Martins, publicou em 2020, em meio à pandemia e às investidas autoritárias sob a República que vinham diretamente do Planalto, artigo intitulado "*Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes*"(MARTINS,2020). Em uma exegese do art. 142 da CF/88[121] mui alinhada à corrente militarista, o jurista buscou dar respaldo jurídico e legitimidade às vozes dos militares do planalto e do próprio presidente da República, que por diversas vezes vociferaram que a Constituição permitia uma espécie de "Intervenção Militar Constitucional"[122], que consistiria:

> Segundo os partidários da tese antes exposta, a previsão constitucional de que as Forças Armadas destinam-se "à garantia dos poderes

[121] Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (BRASIL,1988)

[122] Deputada bolsonarista defende intervenção militar "constitucional". Carta Capital, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/deputada-bolsonarista-defende-intervencao-militar-constitucional/>.. Acesso em 22 de abril de 2024.

> constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" conferir-lhes-ia um mandato para agir em defesa da normalidade constitucional, atribuição essa que envolveria, também, a faculdade extraordinária de "repor a lei e a ordem",a pedido de qualquer um dos Poderes, quando indevidamente tolhido de atribuição que lhe é própria pela atuação de outro Poder.
> Dessa forma, o art. 142, caput, conferiria autorização capaz de permitir que as Forças Armadas possam agir, em situações extremas, como Poder Moderador (SCALETSKY;COELHO;BINENBOJM).

A tese é tisnada por um ranço antidemocrático e autoritário, carece de fundamentação sólida e não encontra respaldo na Constituição. Por nenhuma técnica hermenêutica que se pretenda utilizar, é inconcebível em um regime que se diz democrático que os poderes civis e republicanos estejam sob a tutela dos poderes militares, tampouco que haja permissão constitucional para que as Forças Armadas, respondendo ao chamado de um dos poderes atue contra outro.

O artigo foi rebatido de pronto por diversos juristas, nesse sentido, Lênio Streck argumentou que tal interpretação do art. 142, a qual conferia às Forças Armadas o poder de moderar conflitos mediante intervenção militar era estapafúrdia: "Por qual razão o constituinte diria que todo poder emana de povo, com todas as garantias de sufrágio etc. e, de repente, dissesse: ah, mas as forças armadas podem intervir a qualquer momento, como uma espécie de "poder moderador"" (STRECK2020).

De mesmo modo, o professor José Eduardo Faria rechaçou tal tese de maneira categórica:

> Apesar de não ser um texto preciso, como tantos outros produzidos pela Constituinte, o artigo 142 não diz, em momento algum, que as Forças Armadas têm a prerrogativa de um juízo singular que lhes permita avaliar eventuais tensões e conflitos entre os três Poderes e de intervir por conta própria, sob a justificativa de garantir a Constituição e preservar a lei e a ordem. Também não afirma que as Forças Armadas são a garantia da Constituição — esta, pelo artigo 102, deixa claro que o guardião da Carta é o STF. (FARIA,2021)

Os debates não se limitaram ao âmbito doutrinário, ainda nas eleições de 2018, o então candidato a vice-presidente na chapa de Jair Bolsonaro, Hamilton Mourão já defendia a tese de que os militares poderiam intervir na ordem

democrática em determinadas situações[123].Uma vez eleitos, arrastaram essa malsinada interpretação constitucional para dentro do governo, persistiram na tese em diversas manifestações e até em notas públicas do Governo Federal.[124]

Para que não haja dúvidas acerca da inviabilidade da tese de que o art. 142 da CF/88 dava azo a uma intervenção militar, o Supremo Tribunal Federal em sua função de intérprete constitucional, foi instado a dar uma resposta. Em 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante a Corte e, dentre os pleitos, uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999, de modo a afastar qualquer interpretação no sentido de que às Forças Armadas caberia o exercício do Poder Moderador, ou de que a Constituição permitiria intervenções militares na ordem democrática:

> O PDT afirma na ação que a interpretação do artigo 142 da Constituição por juristas de viés "reacionário" e "setores da caserna", no sentido de que caberia às Forças Armadas moderar conflitos entre os Poderes da República, tem gerado "inquietações públicas", especialmente no "atual cenário de conflagração social, política e jurídica". Pede, por isso, a concessão de liminar para que se estabeleça que a autoridade suprema do presidente da República se refere ao exercício das competências constitucionais que lhe são privativas (artigo 1º da LC 97/1999) e que o emprego das Forças Armadas na defesa da pátria, na garantia dos poderes constitucionais e da garantia da lei e da ordem se limita aos casos e procedimentos de intervenção, estados de defesa e de sítio (artigos 1º e 15, caput e parágrafos 2º e 3º da LC 97/1999). Segundo o partido, isso não prejudica a atuação das Forças Armadas nas fronteiras, em missões de paz, no espaço aéreo e nas eleições, pois se trata de suas atribuições subsidiárias.

Em junho de 2020, o Ministro Luiz Fux concedeu medida cautelar monocrática, e em sua decisão foi enfático, ressaltando que "a missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes

---

123 General Mourão admite que, na hipótese de anarquia, pode haver 'autogolpe' do presidente com apoio das Forças Armadas. G1, Brasília, 08 de setembro de 2018. Disponível em< https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/08/general-mourao-admite-que-na-hipotese-de-anarquia-pode-haver-autogolpe-do-presidente-com-apoio-das-forcas-armadas.ghtml>. Acesso em 24 de abril de 2024.

124 BARBOSA, Bernardo (2020). Bolsonaro: Forças Armadas não aceitam tomada de poder por julgamentos políticos. São Paulo, CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/forcas-armadas-nao-aceitam-tomada-de-poder-por-outro-poder-diz-bolsonaro/>. Acesso em 22 de abril de 2024.

constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário" (BRASIL,2020b):

> No desenho democrático brasileiro, a independência e a harmonia entre os poderes devem ser preservadas pelos mecanismos pacíficos e institucionais de freios e contrapesos criados pela própria Constituição. Esses mecanismos são qualificados inclusive como cláusula pétrea (CF, art. 2º, c/c art. 60, § 4º, III) e conformam um sistema de controle recíproco e interdependente entre os Poderes, freando os riscos de eventuais abusos ou desvios. Nesse sentido, a atuação do Exército, da Marinha e da Aeronáutica para a "garantia dos poderes constitucionais" refere-se à proteção de todos os três Poderes contra ameaças alheias a essa tripartição.
> (...)Assim, inexiste no sistema constitucional brasileiro a função de garante ou de poder moderador: para a defesa de um poder sobre os demais a Constituição instituiu o pétreo princípio da separação de poderes e seus mecanismos de realização.

A resposta institucional do STF à época foi necessária e acertada, vez que era imprescindível uma resposta institucional objetiva e ágil em rechaçar qualquer interpretação constitucional que concedesse às Forças Armadas a prerrogativa de exercer poder de tutela sob a democracia brasileira.

Passado o governo Bolsonaro, o STF veio a dar uma resposta contundente nesta questão, em abril de 2024, o pleno da Corte rejeitou, por unanimidade qualquer interpretação que conceda às Forças Armadas qualquer a prerrogativa de atuar como Moderador entre os poderes constituídos.[125]

O ministro Flávio Dino escreveu em seu voto que a insistência em querer atribuir tal função às Forças Armadas é entulho autoritário, ecos de um passado autoritário que teima em não passar, que ainda persiste em nossa democracia, mesmo trinta e seis anos após a redemocratização (BRASIL,2024).

Não que essa decisão do STF tenha o condão de sozinha afastar o espectro da tutela militar que sempre rondou a República desde seu nascedouro, tampouco de afastar as interpretações descabidas da Constituição nesse sentido, mas por vezes o óbvio precisa ser dito, reafirmado e defendido.

[125] Por unanimidade, ministros do STF rejeitam tese de poder moderador das Forças Armadas. Supremo Tribunal Federal,08 de abril de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=531731&ori=1. Acesso em 24 de abril de 2024.

Passado o governo Jair Bolsonaro e com a decisão definitiva de mérito pelo Supremo Tribunal Federal acerca desta questão, as vozes militaristas se calaram, por enquanto. Passados mais de cem anos desde a extinção formal do Poder Moderador, e embora não reproduzido por nenhuma constituição republicana desde 1889 o tema foi objeto de intensos debates, celeumas e disputas ao longo de nossa história, em períodos diferentes e por atores institucionais distintos.

Conclusão

O objetivo deste artigo foi o de traçar um sucinto panorama histórico acerca da temática "Poder Moderador", utilizando-se sobretudo de revisão bibliográfica e análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É dizer que o espectro de um poder estabilizador, arbitral e de tutela sempre permeou nossa história enquanto República e, que o espólio do extinto Poder Moderador imperial se manteve sob disputa acirrada entre as mais diversas instituições.

Se o Imperador exerceu esta função por expressa disposição constitucional durante a vigência do império, as Forças Armadas durante o primeiro século de nossa República a exerceram pela força e pelas sucessivas intervenções no processo político brasileiro.

Com o fim da ditadura militar e a redemocratização, o constituinte originário de 88 empoderou o Supremo Tribunal Federal, o qual exerceu, ainda que de maneira simbólica a função moderadora no país, arbitrando conflitos federativos e interinstitucionais, com ativa participação na vida política nacional, arbitrando e na maioria das ocasiões dando a última palavra em temas de relevância econômica, social, moral, cultural, etc.

Com o governo altamente militarizado de Jair Bolsonaro, veio à tona um sentimento e uma questão que parecia ter sido superada: pode, no âmbito da democracia constitucional brasileira as Forças Armadas exercerem o papel de Poder Moderador? Instado, o STF rechaçou de forma unânime qualquer interpretação da CF/88 e de seu art. 142 que leve a tal conclusão.

É inadmissível que uma democracia constitucional conviva sob a tutela militar, a qual deve estar subordinada aos poderes civis e, sobretudo à Constituição e às leis.

No entanto, é provável que o assunto ainda não tenha se exaurido, apenas à espreita, aguardando a próxima crise institucional para ser invocado e voltar à tona.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados, Revista de Sociais**, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

BARBOSA, Bernardo (2020). Bolsonaro: Forças Armadas não aceitam tomada de poder por julgamentos políticos. São Paulo, **CNN Brasil**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/forcas-armadas-nao-aceitam-tomada-de-poder-por-outro-poder-diz-bolsonaro/. Acesso em 22 de abril de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.457 DISTRITO FEDERAL** RELATOR: MIN. LUIZ FUX. Disponível em: < https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ministro **Alexandre de Moraes fala a alunos da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421249&tip=UN. Acesso em 22 de abril de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Por unanimidade, ministros do STF rejeitam tese de poder moderador das Forças Armadas**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=531731&ori=1>. Acesso em 24 de abril de 2024.

BRASIL, Tribunal de Conatas da União. **Memorando nº 57/2020-Segecex**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/levantamento-tcu.pdf. Acesso em 24 de abril de 2024.

CARVALHO, José Murilo de. Forças Armadas e política no Brasil. 2. ed. - Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

DRIMOULIS, Dimitri [et al.]. **Resiliência constitucional** [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. -- 1. ed. -- São Paulo: Direito GV, 2013.

FARIA, José Eduardo. **Degradação Democrática**. O Brasil em risco. Londrina: Engenho das letras,2022.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectiva,2019.

GENERAL Mourão admite que, na hipótese de anarquia, pode haver 'autogolpe' do presidente com apoio das Forças Armadas. **G1**, Setembro de 2018. Disponível em: < https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/08/general-mourao-admite-que-na-hipotese-de-anarquia-pode-haver-autogolpe-do-presidente-com-apoio-das-forcas-armadas.ghtml>. Acesso em 22 de abril de 2024.

GULLINO, Daniel & DANTAS, Diminuir. Bolsonaro diz que Forças Armadas são 'poder moderador' e que lhe dão 'apoio total'. Rio de Janeiro, **O Globo**, edição de 12 de agosto de 2021. Disponível em<: https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-forcas-armadas-sao-poder-moderador-que-lhe-dao-apoio-total-1-25152878>. Acesso em 22 de abril de 2024.

GILMAR Mendes diz que intervenção militar é 'tese de lunático'. **Poder 360**. Junho de 2020. Disponível em<https://www.poder360.com.br/justica/gilmar-mendes-diz-que-intervencao-militar-e-tese-de-lunatico/>. Acesso em 22 de abril de 2024.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril **Entre o judiciarismo e o autoritarismo: o espectro do Poder. Moderador na República (1889-1945)**. História do Direito, v. 2, n. 3, p. 82-116, 2022

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824)**. Dados, Rio de Janeiro, vol. 48, nº 3, set. 2005, p. 611-654.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)** - 1. ed. São Paulo: Alameda, 2014. Acesso em 22 de abril de 2024.

MAIA, Flávia. Por unanimidade, STF rejeita poder moderador das Forças Armadas. **Jota**, Brasilia, 01 de abril de 2024. Disponível em:< https://www.jota.info/stf/do-supremo/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-o-poder-das-forcas-armadas-01042024>. Acesso em 23 de abril de 2024

MARTINS, Ives Gandra. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. CONJUR – **Consultor Jurídico**, 2020. CONJUR – Consultor Jurídico,2020.Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira.>. Acesso em 22 de abril de 2024.

MELLO, Monique Toffoli diz que STF exerce um controle de poder moderador. Ministro saiu em defesa do semipresidencialismo. **Pleno News**, 2021. Disponível em: <https://pleno.news/brasil/politica-nacional/toffoli-diz-que-stf-exerce-um-controle-de-poder-moderador.html>. Acesso em 22 de abril de 2024.

Nota Pública do Ministério Público Federal. Para PGR, **Constituição não admite intervenção militar**. Junho de 2020. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/para-pgr-constituicao-nao-admite-intervencao-militar>. Acesso em 22 de abril de 2024.

PEREIRA, Thomaz; WERNECK,Diego. Intervenção Militar é Golpe: é só ler a Constituição. **Jota**, 2020. Disponível em: < https://www.jota.info/stf/supra/intervencao-militar-e-golpe-e-so-ler-a-constituicao-02062020>. Acesso em 22 de abril de 2024.

SAJÓ, András. **Ruling by cheating**: governance in illiberal democracy New York, NY: Cambridge University Press,2021.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. A assembleia nacional constituinte e as forças armadas: os trabalhos da subcomissão **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 1820–1846, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/52473>. Acesso em: 22 abril. 2024.

SCALENTSKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; BINEMBOJM, Gustavo. Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 1, p. 235-248, jan./abr. 2021.

STEPAN, Alfred C. **The Military in Politics**: Changing Patterns in Brazil. Princeton: Princeton University Press, 1975.

SCHIMIDT, Flávia de Holanda. **Presença de militares em cargos e funções comissionados do Executivo federal**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2022.

STRECK, Lênio. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! CONJUR – **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar/>. Acesso em 22 de abril de 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista direito GV**, São Paulo 4(2) | p. 441-464 | jul-dez 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A função moderadora. São Paulo, **Folha de São Paulo**, 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2018/12/a-funcao-moderadora.shtml>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras,2018.

10. Vícios no Legislativo Municipal e o esvaziamento da representação democrática

Douglas Moraes Ferraresi[126]

Introdução

A noção básica que nos remete quando falamos de vereadores é a de um indivíduo escolhido pelo povo para representar os interesses da sociedade. Olhando por esse prisma, temos sempre ideia de que tanto a liberdade de escolha do representante quanto a sua atuação fazem parte de um exercício da democracia representativa.

Ocorre que são identificados vários vícios na atuação dos vereadores, que sempre com pensamento eleitoreiros, deixam de lado suas reais funções, culminando com um esvaziamento da representação democrática.

Com o fito de iniciar e dimensionar o leitor para o nosso estudo, trazemos nos primeiros capítulos a função do legislativo municipal (Capítulo 1), os tipos de representação no legislativo municipal (Capítulo 2) e os conceitos de universalismo e particularismo político (Capítulo 3).

Após os conceitos que situam o leitor, trazemos as práticas viciadas que permeiam os agentes das câmaras legislativas municipais, o modelo político captador (Capítulo 4), o modelo político assistencialista e clientelista (Capítulo 5), a patronagem política (Capítulo 6) e terminamos com o comportamento populista de membros do legislativo (Capítulo 6).

[126] Formado em Direito pela Universidade de Sorocaba. Aluno especial do curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

1. A função do Legislativo municipal

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, que redemocratizou a política nacional, as câmaras municipais passaram a contar com maiores poderes, independências e funções (CUNHA, 2014).

É prerrogativa exclusiva dos vereadores legislar sobre seus vencimentos e dos prefeitos.

Conta o legislativo municipal com o direito de propor matérias sobre tributos, alteração do orçamento, elaboração do plano diretor, uso do solo, etc., além da prerrogativa de alteração dos projetos de lei iniciados pelo poder executivo municipal.

Há ainda a importante função de apresentar políticas públicas nas áreas de saúde, educação, infância, juventude e meio ambiente.

Tão importante quanto às citadas, é também função do legislativo municipal a fiscalização do poder executivo, inclusive na destinação e aplicação de recursos próprios e destinados pela União e Estados.

Segundo Portal Transparência, no ano de 2023, 39.86% dos valores transferidos pela União foi repassado aos municípios, o que corresponde ao valor de R$ 211.638.121.974,07 (duzentos e onze bilhões, seiscentos e trinta e oito milhões, cento e vinte um mil, novecentos e setenta e quatro reais e sete centavos)[127].

Como vemos, importante e séria é a função das câmaras municipais, passando pela fixação de seus vencimentos à fiscalização do poder executivo municipal.

O labor do legislativo municipal exige proximidade com os cidadãos. A atuação do vereador é quem verbaliza os interesses dos munícipes, implementando então políticas públicas visando à propositura de leis e destinação de recursos que atendam o real interesse de toda a sociedade.

E essa proximidade é um dos fatores que levam aos vícios dos legislativos locais.

[127] https://portaldatransparencia.gov.br/transferencias. Consulta em 15/12/2023.

Esses vícios, os quais iremos discorrer, levam a uma baixa responsabilização e responsividade democrática.

2. Tipos de representação política no Legislativo municipal

Para melhor visualização de nosso texto compete trazer os três tipos de representantes presentes nos legislativos municipais, que segundo a literatura são denominados de: *legislador, captador* e o *assistencialista*.

O *legislador* exerce sua atividade formal de vereança, que conforme comentamos no capítulo anterior, de legislar e fiscalizar o poder executivo municipal - consideradas atividades típicas do poder legislativo.

O *captador* aplica-se ao atendimento de pedidos coletivos, voltado a atender interesses de grupos, setores e classes da sociedade.

Por fim, temos o perfil *assistencialista*, que dedica seu tempo e esforço a pedidos particulares, atendendo interesses do indivíduo e seu grupo ou sua família.

Os modelos *captador* e *assistencialista*, lamentavelmente são os mais comuns em nossa realidade política brasileira. Isso se dá em razão de condições regionais, econômicas, educacionais, entre outras.

3. Universalismo e particularismo político

Antes de adentrarmos aos vícios que prejudicam a representação democrática nos municípios, vale fazer um pequeno esboço da atuação política que já foi objeto de estudo. No momento analisaremos a tese universalista e a particularista.

O modelo universalista, segundo estudos, é tido como o mais adequado ao exercício e caminhar de uma democracia plena, e tem a seguinte forma:

> *i*) partidos políticos competem pelo voto com base em programas distintos de governo e que refletem as suas percepções sobre quais são os interesses majoritários dos eleitores; *ii*) os eleitores identificam os programas dos partidos e votam naqueles cujas políticas são as mais próximas das suas preferências ideais; e *iii*) uma vez no governo, o partido vencedor executa o seu programa. (ALMEIDA; LOPEZ, 2012, p.09)

O modelo universalista se repete nas eleições livres e competitivas, neste processo, os representantes têm modelos programáticos e o desenvolvimento e implantação de políticas públicas é global.

O particularismo político, por sua vez, visa à distribuição de recursos públicos a grupos específicos ou indivíduos. A sua forma mais extrema condiciona a benesse ao voto do eleitor, ao apoio político ou financeiro - durante campanhas eleitorais.

Utilizando dos meios democráticos, o particularismo se propaga do seguinte modo:

> *i*) partidos (ou candidatos) competem pelo voto com base na sua capacidade e credibilidade de entregar bens e serviços diretamente aos eleitores; *ii*) os eleitores votam com base nas suas avaliações acerca daquela capacidade e credibilidade; e *iii*) uma vez no governo, o partido (ou candidato) vencedor usa recursos públicos para entregar os bens e serviços prometidos, de forma seletiva, privilegiando os eleitores que o apoiaram. (ALMEIDA; LOPEZ, 2012, p.11)

O particularismo político, infelizmente, é quase um modelo padrão da vereança, o qual passaremos a discorrer seu *modus operandi*, que vem, como trazemos no título desse artigo: esvaziando o modelo representativo democrático.

4. Modelo político captador

O *captador* utiliza técnicas políticas que focam benefícios para grupos, setores e classes.

O vereador *captador* utiliza suas funções para demandas setorizadas, onde atende interesses de grupos, na maioria das vezes organizados.

Geralmente são influenciadores de grupos organizados, que buscam o político eleito para influenciar políticas governamentais para interesses próprios.

Os influenciadores agem de modo institucionalizado, envolvendo-se diretamente na formulação e execução da política local.

A nível nacional, no ano de 2023, como exemplo, temos o modo que diversos lobistas foram até políticos eleitos para influenciar nas emendas à reforma tributária[128]. Lobistas buscam o político eleito, apresentam os interesses de um grupo, e o político *captador* condiciona sua aprovação à alteração requerida pelo grupo.

De modo idêntico acontece nos municípios, onde vereadores são procurados por empresários, presidentes de associações de bairros, representantes de classes, diretores de instituições e organizações civis.

Inicialmente a ideia parece correta, mas se desmancha no seu caminhar ao tempo que utiliza de recursos que deveriam ser distribuídos e destinados para toda a sociedade e focam em uma só parcela.

Os grupos organizados buscam por melhorias, investimentos, recursos e verbas públicas para o seu setor. O vereador *captador*, por sua vez, não vê aí uma pauta para políticas públicas, mas um nicho que o ajudará na próxima eleição.

Ocorre que priorizar o atendimento a grupos específicos traz desfalque à "população desorganizada", que quase sempre é a maioria. Temos então uma "minoria organizada" que tem seus pedidos atendidos e de outro lado uma "maioria desorganizada" que fica com as migalhas.

Esse problema já era previsto por Schumpter, que trouxe o termo *elitismo* ao falar sobre o exercício da democracia (SCHUMPETER, 2022, cap.IV).

Além da possível oneração indireta à "maioria desorganizada", essa parte da sociedade fica, como dissemos, com as "migalhas", com o resíduo da atenção da política governamental.

O ideal democrático traz o ideal de política pública igualitária e universal.

No momento em que o vereador busca um nicho para se manter eleito, ele rompe com ideal democrático onde está enraizada a essência de sua função representativa.

[128] Jornal o Estado de São Paulo, 25/10/2023, disponível em: https://www.estadao.com.br/economia/reforma-tributaria-desfigurada-lobby-analise/

Mangabeira Unger, em seus estudos, inclusive, diz que uma democracia somente será plena quando a política atender os interesses dessa "maioria desorganizada" (UNGER, 2011, p. 57-72).

Essas são as razões que fazem do modelo *captador* uma forma política particularista e não democrática.

5. Modelo político assistencialista e clientelista

O *clientelismo* é o ápice de uma política particularista, podendo ser considerado a sua forma mais pura e plena.

Esse modelo é o tronco, e consegue atingir, ainda que com alguma de suas características, todos os demais vícios do poder legislativo municipal.

O clientelismo caracteriza-se pela oferta ao eleitor de benefícios materiais concretos em troca do voto (AMATO, 2020, p. 67-99).

A distinção do *clientelismo* dos demais vícios do legislativo repousa nos benefícios materiais concretos e individuais, com a constante preocupação em retribuir quem o elegeu, mantendo assim seu nicho eleitoral.

O representante local *clientelista*, ainda que participe do debate que trata de políticas públicas e programas de governos que englobam todos, no seu âmago há "dívida eleitoral". O *clientelista* tem como foco o favorecimento pessoal de quem o elegeu e/ou de quem o ajudará na próxima eleição.

A literatura de Lucas Fucci Amato assim expõe:

> "Em vez de ofertar programas e ideologias por meio do debate público e da imprensa, abordando a opinião pública anônima, o candidato busca atender atomizadamente interesses individuais concretos de pessoas sob sua influência – seu "curral eleitoral" (AMATO, 2020, p. 81).

Uma expressão característica do clientelismo é o *voto mercadoria*, ou seja, a relação de barganha, em torno de vantagens materiais, entre o eleitor e o cabo eleitoral (FARIAS, 2000).

A prática é conhecida dos historiadores e descende do fenômeno do *coronelismo*, amplamente dissecado por Victor Nunes Leal, na obra Coronelismo,

Enxada e Voto - O Município e o Regime Representativo no Brasil (LEAL, 2012 [1949]).

Nunes Leal descreve o *coronelismo* como um compromisso entre o político e o eleitor, uma troca de proveitos, com favores pessoais de toda ordem, desde arranjar um emprego público até os mínimos obséquios.

Assentindo com a preocupação eleitoral que dissemos, o autor descreve o inescrúpulo do político *clientelista*, onde para ele só há uma vergonha: perder (LEAL, 2012 [1949], p.60).

Diversos autores ligam esses fenômenos às condições socioeconômicas e culturais, citando a herança da democracia liberal, a mudança estrutural do país (AMATO, 2020), inclusive a estrutura social capitalista (FARIAS, 2000; LEAL, 1949).

O modelo *clientelista* é incompatível com as funções do legislativo municipal que descrevemos no Capítulo 2, e sua prática é condenável.

A prática do *clientelismo* coloca o sistema político às avessas da verdadeira representação democrática, colocando o acesso aos direitos do cidadão a uma condição - o voto.

O modelo induz a população a uma ideia de que seus direitos dependem da mediação do vereador com o poder público, o que não condiz com o real sentido de uma democracia representativa igualitária e universal (OTTMANN, 2006).

A real função do vereador limita-se à fiscalização, propostas e legislação de políticas públicas, e não a de intermediador entre os serviços públicos e eleitores.

Por essas razões, a prática clientelista nas câmaras municipais diminui o panorama da representação democrática.

6. Patronagem política

A *patronagem* costumeira que ocorre nos legislativos municipais e entre os legislativos e os poderes executivos locais é outro achaque que minora a democracia.

A *patronagem* dentro do legislativo se dá com a distribuição de cargos dentro das câmaras municipais em troca de apoio eleitoral.

A *patronagem* entre legislativo e o poder executivo, por sua vez, ocorre quando há favorecimento de cargos, em favor de vereadores, dentro da administração municipal em troca de apoio político para o prefeito

Em ambos os casos, há novamente enfraquecimento da democracia, isto porque, mais uma vez o que temos é o uso do aparato público para questões individualistas com fins eleitorais.

Essa prática termina com expansão quantitativa de cargos comissionados, mas de pouca qualidade, em muitos casos sem nível técnico e até mesmo educacional (ALMEIDA, 2020)

A *patronagem* que hoje vemos visa recompensar o apoio político-eleitoral e/ou obter benefícios pessoais. Em raros momentos a prática visa o interesse público.

O cenário de *patronagem* aumenta o gasto público, mas traz pouco resultado, já que o nível de profissionalização dos servidores comissionados, nestes casos, quase sempre é baixo.

No caso da *patronagem* entre vereadores e prefeitos em troca de apoio político - vereadores de base, o que vemos mais uma vez é a condicionante para a execução de políticas públicas.

O vereador então condiciona sua fiscalização e a aprovação de leis enviadas pelo poder executivo em troca de nomeação de pessoas por ele indicado para ocupar cargos públicos comissionados.

O que vemos novamente é a incongruência com o perfil democrático e a real função do poder legislativo - legislar e fiscalizar.

O vereador então escapa de seu verdadeiro dever e submete sua atuação a razões de interesse particular.

O interesse particular do vereador culmina, quase sempre, com o seu real interesse: eleitoral.

É um caso de conveniência tríplice, temos o eleitor nomeado para o cargo público, o vereador e o ocupante do poder executivo.

Essa interação, entre poder legislativo e poder executivo, ambos com força e poder, forma o que poderíamos chamar de subserviência de um pelo outro. (MACHADO, 2022)

É comum entre a sociedade encontrarmos pessoas falando que esse é um meio de fazer política, mas o que vemos novamente é a representação democrática se atenuando.

Conforme dissemos, a prática de *patronagem* submete a atuação do vereador a um interesse particular, viciando então a sua atividade de representante.

Além de uma representação viciada, temos o recurso público destinado a pessoas de pouca técnica e profissionalização, na maioria das vezes, resultando em um serviço público de baixa qualidade.

A *patronagem* certamente é uma prática que prejudica a representação democrática, que fica condicionada a interesses particulares.

7. Populismo no Poder Legislativo

Quando falamos em populismo logo remetemos à ideia de um líder carismático que prefere discursos eloquentes, que anestesiam a grande massa. Não estamos errados, afinal essa é uma das características de políticos populistas.

No entanto, no presente capítulo, falaremos com enfoque em um dos lastros do populismo que atinge o poder legislativo.

Na era atual, o uso de mídias digitais está moldando novos formatos do processo político, tanto do ponto de vista do cidadão eleitor quanto dos atores políticos que o representam (SELEGHIM; VIEIRA, 2020).

Ao mesmo tempo que o ambiente online traz mais proximidade com o eleitor e o seu representante, ele se tornou o principal meio de comunicação dos atos dos políticos com a sociedade.

Pensando nessas hipóteses, a era digital traz contibuições significativas nessa nova era, principalmente na esfera política.

Contudo, tornou-se também o principal campo de trabalho de políticos populistas que buscam, conforme o termo informal popular, *lacrar*.

Segundo o Dicionário Online de Língua Portuguesa, o termo *lacrar/lacração* na gíria popular significa "*ação de se sair bem, ser bem-sucedido, de ter sucesso*"[129].

Está aí o ponto chave deste capítulo. Políticos eleitos esquecem de suas verdadeiras funções e buscam por aplausos na internet.

Para o populista, não importa se a lei proposta é inconstitucional ou se a política que tenta implantar é inócua, o importante é agradar o seu público - quem o aplaude.

A nível nacional é normal vermos polarização política sendo disseminada nestes casos, ao passo que a nível municipal o que vemos é a prática de políticas inconstitucionais e irresponsáveis.

O vereador dissemina seu *populismo* com iniciativas irresponsáveis e leis que terminam declaradas inconstitucionais.

Segundo Anuário da Justiça do Estado de São Paulo, o índice de leis julgadas inconsitucionais pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2021 chegou a 89%. O órgão julgou 788 ações indiretas de inconstitucionalidade, onde 623 foram consideradas inconstitucionais no todo ou em parte[130].

Parte da culpa desses índices é a irresponsabilidade dos legislativos municipais. Irresponsabilidade que atinge muitas vezes a área social, educacional, e na maioria das vezes a irresponsabilidade fiscal e financeira.

Essa irresponsabilidade é fruto do *populismo* praticado por vereadores, que buscam a *lacração*, onde o que importa é ser aplaudido.

A massa popular por desconhecimento ou por interesse particular aplaude então uma lei que pode vir a ser declarada inconstitucional.

O vereador deixa de lado sua verdadeira função, utilizando do aparato público, e por razões eleitoreiras se torna um *populista* no legislativo.

O que vemos novamente é o esgotamento da representação democrática.

O *populismo*, assim como diversos vícios enraizados nos agentes legislativos locais, visa eleições e manutenção no cargo.

[129] Dicionário Online de Língua Portuguesa: https://www.dicio.com.br/lacrar/ . Acesso em 15/12/2023.
[130] Conjur: https://www.conjur.com.br/2022-nov-22/indice-inconstitucionalidade-leis-sao-paulo-chega-892/ . Acesso em 15/12/2023.

O vereador se afugenta de suas funções para agradar a uma massa que o ovaciona, não importando a ilegalidade de suas proposituras e inconsequências de suas políticas.

Conclusão

Os "ismos" que estudamos no texto têm açoitado a política e representação democrática nos municípios brasileiros.

É preciso conscientização sobre essas práticas, a fim de que elas se tornem casos isolados e recusáveis.

Vimos que além dos recolhimentos próprios do município, grande parte dos recursos federais é repassado para utilização nos municípios. A utilização desses recursos deve ser fiscalizada pelos vereadores.

As práticas que discorremos trazem um perfil de um político irresponsável, pouco responsivo com sua função, e desinteressado pela cidadania.

Não é possível ver uma democracia representativa plena enquanto os representantes se dedicarem aos vícios que aqui trouxemos, somente com o interesse em eleições.

Esse é o motivo de nosso estudo, que inclusive traz em seu título o termo *esvaziamento da representação democrática*.

Os parlamentares municipais praticantes dos vícios que aqui listamos estão em busca somente de seu interesse particular.

A democracia representativa não coaduna com políticas particularistas que trazem divisão aos membros de uma sociedade.

Em razão dos "ismos" que listamos, hoje a sociedade se divide entre os favorecidos pelas práticas antidemocráticas e os que não se sentem representados por nenhum agente político.

Quando a prática de políticos culmina com cidadãos que não se sentem representados, a democracia está ameaçada.

É hora de pensar que atuação do legislativo municipal deve ser democrática, com ideias justas, com políticas igualitárias e universais, onde toda a sociedade ganha.

Referências

ALMEIDA, Acir. O Crescimento do Funcionalismo Legislativo: Profissionalização ou Patronagem? *In:* LOPEZ, Felix; CARDOSO JR, José Celso (orgs.). **Trajetórias da Burocracia na Nova República:** Heterogeneidades, Desigualdades e Perspectivas (1985-2020). Brasília: Editora IPEA, 2023, p. 95-127.

ALMEIDA, Acir; LOPEZ, Felix G. Legisladores, Captadores e Assistencialistas: A Representação Política no Nível Local. **Texto para discussão n. 1779**. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

AMATO, Lucas Fucci. Democracia, Voto e Representação: Contextos e Trajetórias, Instituições e Distorções. *In:* FRANCISCO, José Carlos; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (orgs**.). Crise democrática e (de suas) instituições de garantia**. São Paulo: Editora Eseni, 2020, p. 67-99.

CONJUR. https://www.conjur.com.br/2022-nov-22/indice-inconstitucionalidade-leis-sao-paulo-chega-892/

DICIONÁRIO ONLINE DE LÍNGUA PORTUGUESA. Site: https://www.dicio.com.br

FARIAS, Francisco Pereira. Clientelismo e Democracia Capitalista: Elementos para uma Abordagem Alternativa. **Revista Sociologia e Política**, vol. 15, p. 49-65, 2000.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. https://www.estadao.com.br/economia/reforma-tributaria-desfigurada-lobby-analise/

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 [1949].

MACHADO, Lucas Cordova. **Cartel Legislativo e Patronagem:** Estudo de caso sobre a formalização da Liderança da Maioria no contexto da proliferação de cargos políticos na Câmara dos Deputados. Trabalho de Conclusão de Curso, Brasília, 2022. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/3/browse?value=Machado%2C+Lucas+Cordova&type=author

OTTMANN, Goetz. **Cidadania Mediada:** Processos de democratização da política municipal no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 74, p. 155-175, 2006.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. https://portaldatransparencia.gov.br/transferencias

SELEGHIM, Ariane; VIEIRA, Aiane. Populismo, Governabilidade e Opinião Pública: uma análise da influência das mídias digitais no processo decisório presidencial. **Revista de Discentes de Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos**, v. 8, n. 2, p. 163-186, 2020.

SILVA, Patrick Cunha. **O Poder Legislativo Municipal:** Estrutura, Composição e Produção. 2014, disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-21052015-113557/publico/2014_PatrickCunhaSilva_VOrig.pdf

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. São Paulo: Editora Edipro, 2022.

UNGER, Roberto Mangabeira. A Constituição do Experimentalismo Democrático. **Revista de Direito Administrativo,** v. 257, p. 57-72, 2011..

11. Constituição e gestão da dívida pública no Brasil: Breve histórico de uma trajetória de crises e aperfeiçoamentos institucionais

Daniel Paulo De Bonis Araujo[131]

Introdução

Em um contexto em que a atuação do Estado na economia se faz cada vez mais presente diante dos prementes desafios do tempo atual, um olhar mais detido para as suas finanças e, em especial, para a dívida pública, é absolutamente indispensável. Independentemente de sua motivação, a qual comporta fins tão diversos e complexos que vão desde a organização do processo econômico, de modo a, por exemplo, amparar e estimular a transição para uma matriz energética ecologicamente mais sustentável, até a preparação para ou a própria condução do esforço de guerra em países como Coreia do Sul, Rússia e Israel, o endividamento nacional é uma constante e cada vez maior preocupação, quer ao redor do mundo, de forma geral, quer, ainda, no caso particular do Brasil.

Se, juridicamente, ainda há aqueles que disputam temas como a natureza do orçamento, se seria ele lei formal ou material,[132] financeiramente, pela perspectiva das expectativas de operadores de mercado financeiro, por exemplo, não há dúvida acerca dos efeitos concretos que a dinâmica orçamentária, notadamente, quanto aos limites impostos à dívida, provoca. Como

[131] Bacharel em Direito e Mestrando em Economia Política pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestrando e Licenciado em Direito pela *Université Jean Monnet Lyon 3* (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*). Advogado.

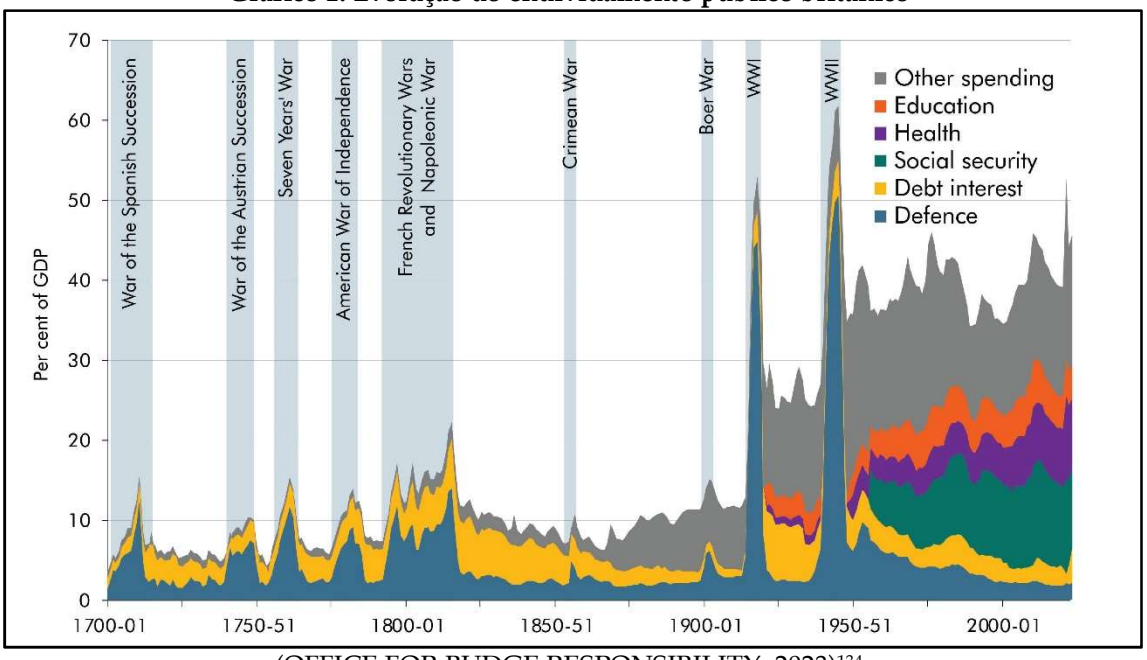
[132] Na doutrina, ambas as posições foram extensamente sustentadas (BALEEIRO, 2015, p. 555–560; HARADA, 2016, p. 69–71; OLIVEIRA, 2015, p. 606–618).

.

corriqueiramente se diz entre tais agentes, as regras orçamentárias, sua observância ou não, "forma preços". Em outras palavras, a adequada gestão da dívida por meio de regras e instituições capazes de manter a sua trajetória sob controle, de forma a permitir o seu bom uso e reversão em proveito da sociedade e suas vontades, tem a capacidade de provocar efeitos notáveis e concretos sobre a realidade material das nações.

Nesse sentido, o caso britânico é emblemático. O *Office for Budget Responsibility* – OBR, órgão público vinculado ao tesouro do Reino Unido,[133] compilou mais de três séculos de informações que, a despeito de se referirem à particularidade da experiência daquele país, fornecem um panorama gráfico extenso e, sobretudo, revelador sobre o orçamento público, suas condicionantes e composição, bem como sobre sua evolução e relação com grandes tendências e eventos históricos ao longo do tempo:

Gráfico 1: Evolução do endividamento público britânico



(OFFICE FOR BUDGE RESPONSIBILITY, 2023)[134]

A análise desses dados permite depreender, ao menos, três características que foram relevantes para o caso concreto do Reino Unido, mas que, se abstraídas

[133] Mais informações podem ser consultadas no próprio site da OBR ([s.d.]).
[134] Dados similares estão disponíveis em outras fontes. (UK PUBLIC SPENDING, [s.d.])

e examinadas com maior atenção, apontam tendências mais ou menos comparáveis, que poderiam ser associadas às realidades de outros países, como, quem sabe, até a do próprio Brasil.

Antes, entretanto, paralelamente também se nota uma premissa geral que, a despeito de óbvia, merece ser bem destacada, dada a sua extraordinária relevância para a conformação do fenômeno orçamentário e, com ele, a necessidade da imposição dos correspondentes limites: a despesa pública realizada por um Estado será tanto maior quanto maior também o forem as funções e prestações desempenhadas ou aspirações patrocinadas por esse mesmo Estado. Em outras palavras: uma atuação estatal mais ativa implica um maior nível de gastos e, assim, também tende a gerar um maior endividamento.

Decorre diretamente dessa premissa a primeira – e mais permanente – de todas as mencionadas características, qual seja, a associação entre, de um lado, o gasto estatal de forma geral e, de outro, o gasto, em particular, com o pagamento de juros sobre a dívida já contraída (ou "*debt interest*"). A partir do gráfico exibido acima, observa-se que esse gasto consistentemente figurou, ao lado dos gastos com defesa, como a maior rubrica orçamentária ao longo de todo o período compreendido pela base de dados disponível.

Essa correlação reflete, entre outros fatores, a tendência, em alguma medida racionalmente justificada, dos credores e/ou potenciais emprestadores de enxergar um maior risco de inadimplemento por parte do Estado, assim como a princípio sucederia com qualquer outro devedor de grandes passivos já incorridos. Isso os inclina a demandar, a título de remuneração sobre o capital emprestado, taxas de juros tão mais elevadas quanto maior for a dívida existente e/ou o risco de seu descumprimento. Tal dinâmica afeta consideravelmente o custo de captação do Estado, tornando mais difícil e caro não apenas a atração de novos recursos, mas, também, a própria manutenção da dívida passada.

Outra característica notável é a mencionada permanência dos gastos com defesa. Mais do que isso, como também indica o gráfico acima, esse tipo de gasto historicamente foi o responsável pelos maiores picos observados nos níveis de endividamento público britânico durante todo período. Com efeito, os conflitos

em que o Reino Unido esteve envolvido ao longo dos três últimos séculos são facilmente identificáveis, desde uma perspectiva orçamentária, pelos saltos que provocaram no nível de gastos estatais.[135]

Essa característica nitidamente revela a relação entre a dinâmica orçamentária e as tensões e desafios enfrentados por uma sociedade no decorrer de sua história. Em suma, o orçamento e a dívida pública não são estanques ou dissociados de processos mutáveis e da realidade material em que o Estado se encontra em determinado momento histórico. Eles estão sujeitos a toda sorte de circunstâncias sociais, econômicas e políticas.

Por fim, a terceira característica, observada nos períodos mais recentes representados no gráfico, indica uma ampliação qualitativa da atuação estatal e, com ela, um equivalente reflexo quantitativo no montante de dívida estatal assumida. Em meados do século XX, a diversificação da atuação estatal, com um crescente rol de prestações positivas traduzidas, notadamente, em serviços de saúde, educação e assistência social à população, especialmente nos países industriais, impactou substancialmente as contas públicas.[136]

Logo, extrai-se como última grande observação a partir da longa duração da experiência orçamentária britânica a proporcionalidade entre a quantidade de setores de atuação do Estado e o volume dos gastos realizados pelo Estado como um todo. Essa característica, diferentemente das duas outras, ainda que mais recente do que essas, parece ter gerado o maior e mais consistente crescimento

---

[135] Ainda de acordo com o OBR (2023), a relação entre a atuação bélica do Reino Unido e o endividamento público foi bastante constante ao longo da história. Além disso, ela mostrou-se um dos principais motores de desenvolvimento institucional naquele país. Nesse sentido, motivou a criação de órgãos como o próprio *Bank of England*, que contribuiu para um maior e melhor controle das finanças públicas. O banco, assim, também permitiu uma redução das taxas de juros praticadas: "[f]or much of its history, geopolitical tensions and the armed conflicts they generated, have been the driving force behind fiscal outcomes in the UK. The 18th century witnessed a succession of conflicts with the other major European powers and a rising one across the Atlantic. Borrowing was the preferred means of funding wars in this period, and the British Government's ready access to large pools of financing was a strategic advantage over its rivals. The Bank of England's establishment in 1694 set the foundations for this borrowing. Before the Bank, the Government and Monarch would borrow from individual goldsmiths at interest rates of up to 30 per cent. The Bank's involvement greatly increased potential sources of borrowing, lowering the interest rates governments had to pay."

[136] Fenômeno este que já está documentado e descrito pela teoria do Estado e da Constituição. (DÍAZ, 1981; KELSEN, 2019; SCHMITT, 1985, 2008, cap. 3; TEUBNER, 2016) .

estrutural do orçamento público. Desde a sua implementação, o assim chamado "Estado de bem-estar social" modificou profundamente a dinâmica orçamentária, causando efeitos duradouros e substanciais.

No entanto, como dito, essas transformações na dinâmica orçamentária são, em geral, bastante recentes. Na maior parte de sua história, a execução orçamentária e a condução da dívida, inclusive no Reino Unido, se deu de forma atécnica, na maior parte das vezes, sem balizas normativas ou instituições especializadas na sua gestão.

É bem verdade que, se de um lado, a condução do endividamento público esteve à mercê dos desígnios de governantes despóticos e de circunstâncias extremas ao longo da maior parte de sua história, de outro, ela passou por uma progressiva institucionalização. Novamente, o caso britânico é ilustrativo nesse sentido. A criação do *Bank of England*, um dos mais antigos bancos em operação contínua, deveu-se, ao menos parcialmente, como uma forma de contenção dos gastos estatais.[137] Como bem ressalta FERGUSON (2009, p. 75) as profundas mudanças políticas pelas quais o Reino Unido passou trouxeram consigo uma notável – ou, mesmo, precoce – postura de "responsabilidade fiscal".[138]

O caso britânico é especialmente relevante não apenas porque é uma das mais duradouras e influentes experiências fiscais, mas, em particular, porque exerceu impacto direto sobre a experiência brasileira, como será melhor aprofundado abaixo. Nesse sentido, a orientação "liberal" que marcou grande parte da história fiscal do Reino Unido veio a ser transmitida ao Brasil por

[137] Conforme indicado no portal institucional do referido banco: "[i]n short: The Bank was founded because Charles II didn't repay the debts he owed to goldsmiths." No mesmo sentido, vide artigo do portal britânico The Guardian: "[t]he Bank was established as a commercial operation but also secured large government accounts, becoming the government's banker and debt manager" (BANK OF ENGLAND, 2021; RODRIGUES, 2009).

[138] "The Glorious Revolution accentuated this divergence. From now on there would be no more regular defaulting (the 'Stop of Exchequer' of 1672, when, with the crown deep in debt, Charles II had suspended payment of his bills, was still fresh in the memories of London investors). There would be no more debasement of the coinage, particularly after the adoption of the gold standard in 1717. There would be parliamentary scrutiny of royal finances. And there would be a sustained effort to consolidate the various debts that the Stuart dynasty had incurred over the years, a process that culminated in 1749 with the creation by Sir Henry Pelham of the Consolidated Fund" (FERGUSON, 2009, p. 75)

intermédio das relações financeiras que se estabeleceram entre ambos os países tanto antes quanto após a independência brasileira.

Infelizmente, no entanto, o Brasil atualmente carece de uma base estatística tão abrangente e completa quanto aquela observada no Reino Unido. Isso demanda, a seu turno, que uma análise da história fiscal e orçamentária do país tome uma abordagem diversa, mais discursiva do que estatística, por assim dizer. E é a essa função que este trabalho busca se prestar. Percorrendo, com especial atenção, os últimos três séculos da história do país, busca-se examinar e correlacionar os fatores jurídicos, políticos e econômicos que formaram e direcionaram a dívida pública nacional ao longo desse período.

Com efeito, este artigo está dividido em três seções além desta introdução. A seção II aborda os principais períodos históricos da evolução do aparato institucional da dívida no Brasil, com cada um deles sendo contemplado em subseções específicas. A seção III discute o contexto atual, desenvolvendo um panorama sobre os institutos de Direito Financeiro que atualmente influenciam a rotina da execução e gestão da dívida pública nacional. A quarta e última seção, por sua vez, conclui.

1. Evolução histórica da dívida no Brasil e suas limitações

1.1. Capitanias hereditárias e as finanças coloniais portuguesas na América

Ao longo dos séculos XVI a XVIII, o destino das capitanias localizadas no que viria a se tornar o futuro território brasileiro estava atrelado ao do então Reino de Portugal. Na condição de colônia, tais territórios não gozavam de plena autonomia e, portanto, vinculavam-se, em maior ou menor, grau às determinações expedidas pela administração colonial portuguesa, o que também compreendia a sua rotina financeira.

Nesse sentido, ao longo de todo o período, a colônia reproduziu ou adaptou quaisquer práticas eventualmente adotadas pelos seus administradores. Isso decorria, em especial, da forma assumida pelo empreendimento colonial português na América, isto é, uma que dependia da delegação do esforço de

desbravar e ocupar os novos territórios a nobres vassalos. Isso gerou um sistema administrativa e financeiramente descentralizado. (BERCOVICI, 2022)

Assim como a posse do território colonial por meio das capitanias hereditárias concedidas pela coroa portuguesa caracterizava-se por um aspecto personalíssimo, isto é, sua vinculação à pessoa do donatário, também os empréstimos contraídos por esses mesmos donatários serviam a propósitos que, se não inteiramente particulares a eles próprios, não seriam facilmente distinguíveis daqueles atinentes às suas capitanias em si.

Nesse sentido, o mesmo descontrole que, em larga medida, acometia a distribuição e gestão das terras da colônia, também fazia-se sentir sobre as suas finanças: "*tudo era desconhecido: o tamanho da dívida, a finalidade do empréstimo, as condições em que esse era feito etc.*" (SILVA, 2009, p. 33) Forçoso reconhecer, contudo, que essa não se tratava de uma mera peculiaridade, própria das capitanias portuguesas na América. (BERCOVICI, 2022)

Em realidade, a total coincidência entre o patrimônio de particulares, notadamente, do monarca e de sua corte, e aquilo que hoje poderia ser classificado como "patrimônio público" era, à época, situação que predominava no contexto europeu. Nesse sentido, os únicos limites impostos, por assim dizer, à contratação de dívida por parte dos soberanos e seus representantes eram, basicamente, a extensão dos recursos disponíveis, de um lado, e, de outro, as necessidades e o prestígio – ou poder político – dos devedores.

Conforme os próprios Estados nacionais europeus foram progressivamente se estruturando e tornando-se mais organizados, desenvolvendo mecanismos administrativos mais robustos e complexos, também as suas colônias, como no caso de Portugal, adquiriram maior capacidade de gestão e controle, inclusive sobre sua dinâmica financeira. A partir do governo geral do vice-rei Luís de Vasconcelos e Sousa, entre os anos de 1778 e 1790, passou-se a, por exemplo, realizar a escrituração das finanças coloniais. (SILVA, 2009, p. 34)

Em 1808, com a chegada de Dom João VI e de sua corte à colônia, esse processo de institucionalização viria a se intensificar. Foram então tomadas

diversas medidas no sentido de se apurar, consolidar e gerir a dívida real.[139]

Assim, naquele contexto, por meio do decreto de 11 de março e do alvará de 28 de junho, ambos de 1808,[140] foi constituído o Erário Régio, o qual passaria a centralizar a "*arrecadação, distribuição e administração*" da Fazenda Real em substituição às "Juntas da Fazenda e Revisão" (CAMARGO, 2013). Posteriormente, seria criado o cargo de "*Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda*" por meio do decreto de 6 de março de 1821.[141] A tal função incumbia a responsabilidade sobre a "*Fazenda Nacional, atuando na condução da política fazendária através do Tesouro Público e suas repartições*".[142]

No entanto, as referidas medidas de organização e contabilização só teriam feito constatar sucessivos *déficits* nos cofres da coroa, inclusive por conta da continuidade da guerra na Europa[143] – que, assim como qualquer conflito, como exemplificado pelo caso britânico, introduzido acima, exerceu intensa pressão sobre as finanças portuguesas. PRADO JÚNIOR (1963, p. 101)relata as consequências materiais que a precária situação das contas públicas provocara na combalida estrutura administrativa portuguesa:

> Nestas condições, o Brasil viverá em *deficit* orçamentário forçoso e permanente. Desde a transferência da corte em 1808, pelos anos afora, as contas públicas saldar-se-ão cada ano, quase sem exceção, em débito. Isto se resolverá em regra pelo não pagamento sumário dos

[139] "[A] Carta Régia de 24 de outubro de 1800, o Alvará de 9 de maio de 1810 e o Decreto de 12 de outubro de 1811 contribuíram respectivamente para classificar todas as dívidas em legais e ilegais, considerar dívidas antigas todas aquelas contraídas até 1797 e estabelecer um mecanismo de amortização dessas dívidas." (SILVA, 2009, p. 34)

[140] Para mais informações sobre o contexto de criação do Erário e outros fatores que o envolveram, vide o verbete no sítio eletrônico do Arquivo Nacional (CABRAL, 2015)=.

[141] O decreto, não numerado, está disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/dim/1821/dim-6-3-1821.htm >. Acesso em: 07 de jul. de 2024.

[142] "[d]iferente das demais secretarias de Estado, transplantadas para o Brasil no início do século XIX, não foi criada na nova sede da corte uma instituição específica responsável pala área fazendária, continuando a funcionar em Portugal a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda até 1820. No Brasil foi instalado somente o Erário Régio, que reuniu órgãos especializados responsáveis pela escrituração e fiscalização das contas públicas, ficando a seu cargo a gestão dos negócios da Fazenda a partir da chegada da Família Real portuguesa em 1808." (PESSOA, 2015).

[143] "A despeito desses avanços, os déficits intensificaram-se entre 1808 e 1821, período no qual D. João VI se estabeleceu no Brasil com sua Corte, enquanto tropas de Napoleão ocupavam Portugal. As despesas, dentre outras, para manutenção de seus súditos e, principalmente, para subsidiar o exército português eram vultosas e os recursos para financiá-las bastante limitados, já que não se podia contar com auxílio financeiro de Portugal."(PESSOA, 2015)

> compromissos. Funcionalismo em atraso, dívidas proteladas, são fatos não somente comuns na vida financeira do Brasil, mas antes a regra poucas vezes infringida. Outro expediente serão as emissões de papel-moeda de curso forçado que se sucedem a jacto contínuo; finalmente os empréstimos externos, pois dentro do país nem havia capitais para cobrir as necessidades do Tesouro público, nem este gozava de suficiente crédito para atrair prestamistas; os credores brasileiros não dispunham dos meios de coação do estrangeiro para forçar o governo à satisfação de seus compromisso. […] Cada qual destes expedientes terá suas conseqüências sobre que não é preciso insistir porque são as normais em casos semelhantes e já muito conhecidas: descrédito público, desvalorização da moeda, inflação, encarecimento da vida, etc. Todos eles, cada qual com sua quota própria, contribuirão para acentuar ainda mais e agravar o geral desequilíbrio e instabilidade da vida econômica do país.

Em que pese os pontuais avanços alcançados naquele momento, posteriormente, com o retorno da família real portuguesa à metrópole, em 1821, a colônia deparou-se com uma situação financeira ainda mais frágil. Marcada pela quase absoluta indisponibilidade de recursos e pela necessidade de cobrir-se o rombo deixado pela retirada do rei, que levou consigo todo o tesouro de volta a Portugal após a derrota definitiva da França bonapartista, a situação do Brasil às vésperas de sua independência era de fato desafiadora.

1.2. Instabilidade econômica e dívida pública no período imperial

Mesmo que tenha significado uma emancipação política – que, inclusive, ainda assim poderia ser questionada sob alguns aspectos, a formação do Império pouco fez para alterar as bases materiais sobre as quais se fundava a jovem nação. Em termos econômicos e financeiros, a independência a princípio representou mais uma continuidade do que, propriamente, uma efetiva ruptura com a realidade que vigorava sob o regime colonial.[144] O Brasil ainda continuava uma

[144] "Após a Independência, a estrutura agrário-exportadora de base escravista foi mantida e a organização fiscal brasileira ficou praticamente inalterada em relação ao período colonial. […]. Esses primeiros anos de vida do jovem país foram marcados também pela dificuldade de equilibrar as contas públicas em virtude dos gastos realizados, não só para saldar as dívidas contraídas pelo reconhecimento da emancipação política de Portugal, como para fazer frente às despesas com as guerras travadas contra as províncias que permaneceram fiéis às Cortes de Lisboa, as chamadas guerras de independência (1822-1824). Data desse período o início de uma política de endividamento, interno e externo, empreendida pelo governo, visando ao pagamento da dívida pública, e que se estendeu até o final do Império." (PESSOA, 2015)

economia agroexportadora e escravocrata, e assim se manteria durante a maior parte do Império – na verdade, ao menos até o seu fim.

Tais circunstâncias não só prenunciavam uma resiliente rigidez do sistema econômico, como, de outra parte, pouco modificavam a necessidade e, consequentemente, a dependência de recursos externos para o financiamento da atividade nacional. Estando à mercê da flutuação da demanda e preços internacionais dos gêneros agrícolas que, até então, o país se limitava a produzir, notadamente, a cana-de-açúcar, o Brasil via-se em uma verdadeira encruzilhada financeira. Nesse sentido, FURTADO (2007, p. 111–113)descreve e enfatiza as dificuldades e atuações contraproducentes do Estado, contraindo empréstimos, em sua maioria, improdutivos e em detrimento da situação fiscal:

> Ao observador de hoje, afigura-se perfeitamente claro que, para superar a etapa de estagnação, o Brasil necessitava reintegrar-se nas linhas em expansão do comércio internacional. Num país sem técnica própria e no qual praticamente não se formavam capitais que pudessem ser desviados para novas atividades, a única saída que oferecia o século XIX para o desenvolvimento era o comércio internacional. Desenvolvimento com base em mercado interno só se torna possível quando o organismo econômico alcança um determinado grau de complexidade, que se caracteriza por uma relativa autonomia tecnológica. […] Tampouco seria possível contar com um influxo de capitais forâneos em uma economia estagnada. Os poucos empréstimos externos, contraídos na primeira metade do século, tiveram objetivos improdutivos e, como conseqüência, agravaram enormemente a precária situação fiscal. Estagnadas as exportações e impossibilitado o governo de aumentar o imposto das importações, o serviço da dívida externa teria de criar sérias dificuldades fiscais, as quais, por seu lado, contribuíram para reduzir o crédito público. […] Para levantar recursos nos mercados de capitais era necessário apresentar projetos com perspectivas muito atrativas ou oferecer garantias de juros subscritas por quem tivesse o necessário crédito. As possibilidades de apresentar projetos atrativos em uma economia estagnada teriam de ser praticamente nulas; por outro lado, que crédito poderia ter o governo de um país de economia em decadência e cuja capacidade para arrecadar impostos estava cerceada?

Seja como for, a vulnerabilidade fiscal do país talvez tenha impelido – ou até forçado – as autoridades imperiais a se preocupar com ou buscar promover mecanismos de valorização da posição nacional, aprimorando os órgãos e o ordenamento relativos à dívida, em compensação às prejudiciais deficiências estruturais da economia brasileira.

Com a independência e, finalmente, a edificação formal do Estado brasileiro, seguiu-se um processo de efetiva institucionalização da dívida nacional. Esse processo faz-se notar, desde logo, pela inclusão de dispositivos versando, especificamente, sobre aspectos envolvendo a gestão da dívida pública na Constituição de 1824.

Talvez por sua ampla inspiração no constitucionalismo britânico,[145] destacam-se, nesse sentido, as seguintes características da referida constituição: **(i)** o claro compromisso de garantir a dívida pública, conforme art. 179, XXIII; e **(ii)** a atribuição da competência ao Poder Legislativo, a ser exercida pela Assembléa Geral imperial, de "[f]*ixar annualmente as despezas publicas*" e "[e]*stabelecer meios convenientes para pagamento da divida publica*" segundo, respectivamente, os incisos X e XIV do art. 15.[146]

Além disso, ainda no contexto imediatamente subsequente à independência, o imperador Dom Pedro I, entre outras medidas, determinou, por meio de decreto, de 20 de setembro de 1825, a instalação de "*uma Commissão para examinar o estado da Fazenda Publica do Imperio, firmar e consolidar o seu credito e fundar a Divida Nacional*".[147] (CABRAL, 2015)

A despeito de provisória, tratou-se de uma notável inflexão na trajetória fiscal do país. Nesse sentido, de acordo com NETO (apud SILVA, 2009, p. 37), "[p]*ela primeira vez na história do país executava-se uma medida com a finalidade de institucionalizar a dívida pública interna, dar-lhe caráter de dívida nacional, pela qual toda a Nação é responsável, desvinculando-a do caráter de dívida pessoal do*

[145] "Outorgada por D. Pedro I, a Carta Imperial de 1824 foi inspirada no constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais." (NOGUEIRA, 2012)

[146] Ademais, outras previsões constitucionais dignas de nota são as definidas entre os arts. 170 e 172, relativas, em especial, às funções de controle e obrigação de prestação de contas da Fazenda Pública Imperial..

[147] O decreto, mais uma vez não numerado, está disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38543-20-setembro-1825-567042-publicacaooriginal-90482-pe.html >. Posteriormente, outro avanço institucional consistente na reforma do Tesouro Público, seria promovida por meio do Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850.

governante".[148] Ainda mais relevante, no entanto, foi o fato de que essa comissão viria a resultar no primeiro grande aprimoramento substancial do aparato estatal de gestão da dívida pública nacional: a lei de 15 de novembro de 1827.

Essa lei, entre outros avanços, aprimorou a contabilidade da dívida ao instituir o "*grande livro da divida do Brazil*", no qual "[t]*odos os titulos da divida publica reconhecida pela presente lei, serão inscriptos*" (arts. 3º e 6º) e designou um órgão para a sua supervisão e operacionalização: a Caixa de Amortização, "*exclusivamente destinada a pagar os capitaes, e juros de qualquer divida publica, fundada por lei*" (art. 40).[149] De acordo com SILVA (2009, p. 38), a criação do órgão foi um dos principais avanços da lei.[150]

A evolução de todo esse aparato legal e administrativo acompanhou a história financeira do Império e com ela guarda íntima relação. De acordo com BOUÇAS (apud SILVA, 2009, p. 36–37), a referida evolução pode ser dividida em duas fases: **(i)** uma primeira, de "consolidação", compreendida entre a independência e meados da metade do século; e **(ii)** outra, sucessiva, de "construção", que teria se estendido até o colapso definitivo do Império.

Quer como causa ou consequência do referido aprimoramento institucional, o Brasil vivenciou um dinamismo econômico considerável nos anos seguintes, relacionado, sobretudo, à apreciação dos preços do café nos mercados internacionais e às divisas decorrentes da sua exploração. Essa cultura então

---

[148] Ademais, para mais informações sobre as discussões da alta cúpula da corte imperial e dos próprios imperadores, vide, relatório de "falas do trono", do Senado Federal. (LIVRARIA DO SENADO FEDERAL, 2019).

[149] A lei, não numerada, está disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim..-15-11-1827.htm >. Acesso em: 07 de jul. de 2024.

[150] "É interessante notar o nível de detalhamento dispensado pela lei com relação ao arranjo institucional e aos procedimentos de funcionamento do novo órgão. A lei […] destinou praticamente metade de seus artigos (36 dos 75) ao seu Título IV – Da Caixa de Amortização. Dois aspectos merecem destaque: i) a independência da caixa do Tesouro Público; e ii) os procedimentos de controle, prestação de contas e transparência da gestão do órgão. […] A Caixa de Amortização deixou de ser responsável pela administração do meio circulante em 1945, com a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), embrião do futuro Banco Central. Em 1967, todas as atribuições da Caixa de Amortização da Dívida foram transferidas para o Banco Central do Brasil. Extingue-se, assim, uma instituição que administrou a dívida interna e externa federal por 140 anos" (SILVA, 2009, p. 38)

figurava cada vez mais como o principal gênero cultivado no país e, portanto, tornou-se seu motor econômico por excelência.

O gradual progresso econômico do Império fazia-se sentir de forma cada vez mais evidente no cotidiano da nação. Sua influência também foi observada sob a forma de uma ramificação das atividades econômicas e em um proporcional movimento de dinamismo financeiro.[151] Ainda assim, até aquele momento, o Estado brasileiro enfrentava certa dificuldade para controlar suas despesas e para captar recursos internamente[152].

Não havia, nesse sentido, regras claras acerca dos propósitos e limites para a contração de dívida. Empréstimos para a cobertura de *déficits* e para o custeio de finalidades improdutivas, tais como o pagamento de despesas pessoais de membros da família real, eram frequentes. Essas práticas representavam fatores noviços à eficiência e sustentabilidade das contas públicas. No entanto, como ressalta SILVA, a situação mantinha-se relativamente estável enquanto os proventos da boa condição econômica do país – literalmente, os frutos do cultivo do café – continuavam a ingressar nos cofres da coroa e, assim, alimentavam a percepção de segurança do crédito brasileiro aos olhos dos credores.[153]

---

[151] "Doutro lado, aparelha-se a vida financeira do país. A multiplicação dos bancos, das empresas financeiras em geral, das companhias de seguros, dos negócios de bolsa, permitem captar e mobilizar em escala que se vai fazendo significativa, as fontes da acumulação capitalista. Aparecerá no Brasil uma réplica, modesta embora e muito afastada de seus modelos, das grandes praças financeiras da Europa e dos Estados Unidos, com uma atividade e ritmo de vida que procuram aproximar-se delas. Numa palavra, a antiga colônia segregada e vegetando na mediocridade do isolamento, se moderniza e se esforça por sincronizar sua atividade com a do mundo capitalista contemporâneo." (PRADO JR, 1963, p. 145)

[152] "O período entre 1827 e 1839 foi marcado por emissões de títulos com destinação quase exclusiva à cobertura de déficits e de despesas com pacificações de províncias. Porém, as primeiras dificuldades financeiras para sustentar o serviço de amortizações começaram a surgir e em 23 de outubro de 1839, por intermédio da Lei nº 91, o resgate dos títulos em circulação foi suspenso." (SILVA, 2009, p. 40)

[153] "É bem verdade que as dificuldades para a colocação de papéis aumentou, especialmente entre 1840 e 1860, o que se refletiu no aumento dos deságios, que passaram a ser de 35%. Apesar disso, as emissões nesse período alcançaram 32 mil contos de réis, e os recursos delas provenientes foram utilizados para finalidades diversas, desde a cobertura de déficits até o pagamento do dote e do enxoval da princesa de Joinville. As condições de financiamento começaram a melhorar a partir da década de 1860, e as emissões no período entre 1861-1880 cresceram de forma nunca antes vista. Não surpreendentemente, o serviço da dívida interna no orçamento também aumentou abruptamente nessas duas décadas."(SILVA, 2009, p. 40–41).

Tanto é que, a despeito da evolução dos mecanismos institucionais de controle da dívida pública, esses ainda assim não foram suficientes para conter o crescimento considerável do endividamento público, observado ao longo do período imperial. De acordo com dados coletados por LEÃO (apud SILVA, 2009, p. 39–44), entre o início e a queda do Império, a dívida interna aumentou cerca de 35 vezes, passando de 12 mil contos de réis para mais de 435 mil. Por outro lado, no mesmo período, a dívida externa teria aumentado cerca de 5 vezes e meia, passando de menos de 60 mil contos de réis para quase 330 mil.

Além, naturalmente, das práticas políticas e administrativas das autoridades responsáveis, das condições favoráveis de captação de dívida, tanto interna quanto externamente, e da ainda incompleta consolidação daqueles mesmos mecanismos institucionais, outro fator mostrou-se determinante para que a situação fiscal da nação atingisse tal estado: a Guerra do Paraguai. De acordo com SILVA(2009, p. 41):

> Embora as despesas a serem financiadas permanecessem diversas, incluindo o casamento das princesas D. Isabel e D. Leopoldina, o maior peso (mais de 80% dos 340 mil contos de réis emitidos) vinha definitivamente das despesas de guerra e daquelas para a cobertura de déficits que acumularam, respectivamente, 150 mil e 130 mil contos de réis.

O conflito estendeu-se entre 1864 e 1870, mas suas repercussões econômicas e fiscais ultrapassariam tal período. Prado Júnior (1963, p. 144) narra em detalhes as consequências estruturais que o endividamento provocado pela guerra gerou sobre o Império.[154] Paralelamente aos efeitos de longo prazo

[154] "Mas se não produziu resultados positivos de expansão econômica apreciável, a guerra do Paraguai, inversamente, comprometeu seriamente as finanças do Brasil. As grandes despesas com que arcou contam entre os principais fatores do desequilíbrio da vida financeira do país então verificado e de tão funestas repercussões durante um longo período posterior. Não poderá mais o Império equilibrar seus orçamentos, que se achavam em estado precário e se encontram agora irremediavelmente gravados. Acentuam-se os males resultantes de empréstimos, sobretudo externos, e emissões vultosas de papel inconversível a que se foi obrigado a recorrer a fim de custear as despesas da guerra. O saneamento das finanças públicas e o estabelecimento de um sistema monetário estável e sólido, problema de solução já tão difícil nas condições normais do Brasil, serão definitivamente comprometidos pela guerra; e o Império extinguir-se-á vinte anos depois dela sem ter podido ainda estabelecer no país a ordem financeira, tão necessária à sua consolidação econômica. A guerra do Paraguai tem nisto uma parcela importante de responsabilidades." (PRADO JR, 1963, p. 144)

causados por ela, em um plano mais imediato às suas circunstâncias, a administração imperial viu-se obrigada a adotar algumas medidas pontuais, *ad hoc*, de forma a tentar sanear as contas nacionais. Tais medidas, como ressalta Gabler (2016), centraram-se na reforma do aparato institucional.[155]

Embora tenha agravado sobremaneira o estado das contas nacionais, a Guerra do Paraguai evidenciou – ou recordou – um outro relevante fator subjacente: a fragilidade da economia nacional e a sua dependência de recursos externos. Ainda que tal condição tenha se mostrado mais claramente por ocasião da guerra, a realização de empréstimos públicos junto a credores internacionais foi expediente recorrente. Durante seus mais de 60 anos, o Império realizou 15 empréstimos, em quantias, prazos e sob condições diversas. (SILVA, 2009, p. 40–41)[156]

Ressalta-se, quanto a esse aspecto, a proeminência das finanças britânicas como fonte preferencial de capitalização do Estado brasileiro. Todos os referidos empréstimos envolveram libras esterlinas e foram concedidos ou negociados sob a intervenção de casas britânicas, notadamente, controladas, no todo ou em parte, pela família Rothschild. Na ausência de uma poupança nacional robusta o suficiente para fazer frente às necessidades locais, fez-se constante o recurso ao capital estrangeiro por meio de empréstimos públicos. Nesse sentido, PRADO

[155] "Em 1868, no contexto da crise econômica gerada pela Guerra do Paraguai, o decreto n. 4.153, de 6 de abril, reorganizou o Tesouro e as tesourarias. Essa reforma determinou, sobretudo, a supressão de cargos e de algumas atividades, principalmente nas diretorias de Rendas e Contabilidade do Tesouro. Mesmo findada a guerra, a política de redução de gastos continuou no âmbito da Fazenda e, em 1873, o decreto n. 5.245, de 5 de abril, promoveu uma ampla reformulação do quadro de funcionários do ministério, extinguindo as seções de algumas diretorias e também das tesourarias provinciais, além de muitos cargos."(GABLER, 2016).

[156] Ademais, de acordo com esse mesmo autor, a maior parte desses empréstimos concentrou-se no "chamado período de 'construção' (1850-1889) […] ou seja: 11 do total de 15 empréstimos externos. Cumpre destacar aqueles contraídos em 1852, 1859 e 1865. O primeiro empréstimo (1852) marca o início dessa nova fase, sendo o primeiro de nossa história com juros inferiores a 5%. O segundo (1859) representou uma operação de troca, ao par, justamente dos papéis remanescentes daquele empréstimo de 1829, caracterizado como ruinoso. Aos investidores foi dada a opção de receber o pagamento em dinheiro ou em novos títulos. A percepção do país era tão positiva naquele momento que mais de 90% dos papéis foram trocados. Finalmente, o terceiro (1865) foi marcante por seu elevado volume (£ 6.963.600) para financiar "serviços extraordinários do Império", sobretudo aqueles por conta da Guerra do Paraguai. Observa-se que as condições desse empréstimo são inferiores às que vinham sendo alcançadas (preço de emissão a 74% e juros de 5%), não só em virtude da guerra, mas também por conta de uma crise internacional que afetava os mercados financeiros." (SILVA, 2009, p. 45)

JÚNIOR (1963, p. 145)ressalta a intervenção direta do Estado de modo a suprir a carência de capitais nacionais para o fomento do processo produtivo:

> Com as iniciativas privadas colaborará o Estado, arrastado no movimento; e sobretudo o capital estrangeiro (o inglês em particular), ávido de captar em seu benefício as atividades de uma jovem nação em pleno florescimento. Os grandes empreendimentos industriais (estradas de ferro, aparelhamento portuário, obras urbanas, etc), embora indispensáveis e condição essencial de qualquer realização posterior, estavam ainda, na maior parte, além das possibilidades do capital privado indígena que apenas ensaiava seus primeiros passos. O capital estrangeiro e o Estado tomam-nos a seu cargo. Este último, aliás, no mais das vezes, não servirá senão de empresário, levantando empréstimos no exterior para realizar os empreendimentos.

A instabilidade inerente a esse expediente que combinava, de um lado, uma economia letárgica, dependente de fatores externos, completamente além de seu próprio controle, e, de outro, o endividamento público, no entanto, não poderia ser mais arriscada pela perspectiva das finanças nacionais, como, novamente, bem destaca PRADO JÚNIOR (1963, p. 146):

> Base econômica, como se vê, muito precária, e dependendo de conjunturas incertas e inteiramente fora do nosso alcance; o que o correr do tempo, aliás, se incumbiria de dolorosamente mostrar. Mas está-se ainda longe deste momento fatal em que nos faltariam sob os pés os fundamentos da nossa vida econômica. Estamos ainda numa fase em que graças sobretudo e quase unicamente ao café, a economia brasileira se expande; as finanças públicas, apesar dos *deficits* constantes, podiam fazer face às mais prementes necessidades administrativas e realizar algumas obras de vulto; até a moeda, sempre tão precária, fortalecer-se-á e gozará de certa estabilidade nos últimos anos da monarquia (basta dizer que o ouro e a prata chegaram a circular normalmente sem que os expulsasse a massa de papel inconversível que formava o meio circulante do país); o crédito brasileiro no exterior era sólido, o que assegurava inversões crescentes de capitais estrangeiros, sobretudo empréstimos públicos. Este afluxo constante de capitais vindos de fora, garantia o equilíbrio do balanço de contas exteriores e das finanças públicas que sem ele, e mesmo com todos os progressos do país, não se teria podido manter. A economia brasileira ajustar-se-á inteiramente a este sistema de equilíbrio, e embora ele representasse um saque ilimitado sobre o futuro, não apresentava no momento inconveniente algum. O único risco seria o estancamento súbito desta fonte larga e generosa, o que naturalmente traria o colapso de todo sistema. Mas nada fazia supor tal eventualidade, pois tudo corria admiravelmente bem para ambas as partes. Ainda nas vésperas da República, no mesmo ano em que esta é proclamada (1889), o governo imperial levantará em Londres seu último e mais vultoso empréstimo, da importância considerável de quase 20 milhões de libras, destinado a converter diferentes créditos anteriores e pagar juros e amortizações, vencidos.

> Isto já se tornara um recurso normal: quando não se podia pagar uma dívida vencida, ela se saldava com um novo empréstimo...

De modo a amenizar tais fragilidades sistêmicas, certas frações da administração pública e da classe dirigente orquestraram uma ampla operação de administração dos passivos públicos, como recorda SILVA (2009, p. 44):

> Já no período entre 1881-1889, destaca-se uma expressiva operação de administração de passivo. […] Em outubro de 1889, diante de uma situação favorável das finanças e sob o comando do visconde de Ouro Preto como ministro da Fazenda, o governo lançou uma megaoperação no valor de £ 19.837.000 de conversão de débitos antigos com juros de 5% por um novo e único empréstimo com juros de 4% e prazos mais dilatados (56 anos). Essa operação de reestruturação de passivos, negociada com os banqueiros Rothschild, foi considerada um grande sucesso. Além de uniformizar quase toda a dívida em um único nível de juros e cronograma de pagamentos, a operação conduziu a uma economia anual de £ 437.985 em quotas de juros e amortização.

Porém, essas iniciativas não seriam suficientes para que se revertesse o quadro de desarranjo em que se encontrava o tesouro após anos de práticas fiscalmente nocivas. Na iminência da Proclamação da República, o Brasil via-se política e economicamente debilitado. Com efeito, o balanço teria sido francamente negativo: "[n]*ão gozou o Brasil sob o Império, apesar de todos os progressos realizados, em nenhum momento, pode-se dizer, de estabilidade e segurança financeira*" (PRADO JR, 1963, p. 150) .

1.3. República do Brasil: da proclamação à Lei de Responsabilidade Fiscal

Durante o início da fase republicana, usualmente chamada de "Primeira República", a dívida pública manteve-se em trajetória relativamente similar àquela observada ao longo do Império. Em outras palavras, seguiu-se uma tendência de crescente endividamento público, ainda que, em geral, esse tenha se dado de forma consistente e estável, sem saltos abruptos. Ainda assim, como destaca SILVA (2009, p. 45), o "*período foi marcado por dificuldades de financiamento interno e externo e reestruturações*".

Com efeito, segundo esse autor, duas foram as principais dificuldades enfrentadas no período: a **(i)** deterioração da credibilidade da dívida brasileira diante, por exemplo, das recorrentes suspensões de resgates; e **(ii)**

heterogeneidade ou "fragmentação" da dívida "*devido à grande diversidade de instrumentos com prazos e taxas de juros distintos*". Somava-se a tais problemas o fato de que a maioria dos títulos em circulação até então, se não a sua totalidade, possuía caráter nominativo, o que comprometia a sua liquidez.

Já nos primeiros anos da República, foram empreendidas algumas tentativas de correção dessas deficiências. Buscou-se emitir novos títulos "ao portador", em substituição aos antigos, nominativos. Também pretendeu-se consolidar a dívida, uniformizando as características dos títulos emitidos e solucionando a questão da fragmentação. A despeito disso, essas todas teriam restado frustradas, ao menos em um primeiro momento.[157]

Se, internamente, tais questões mostravam-se problemáticas e de difícil resolução, elas eram ainda mais sensíveis sob a perspectiva da dívida externa. Embora comprometessem o controle sobre a dívida, essas circunstâncias, no entanto, não impediam que mais recursos fossem captados e, consequentemente, que ela seguisse em expansão.

Em 1898, 1914 e 1931, nesse último caso, já sob o governo de Getúlio Vargas, foram necessárias negociações de novos empréstimos com os credores internacionais, cuja destinação seria cobrir dívidas anteriores e a evitar uma moratória soberana do Brasil. Tais empréstimos de emergência ficariam conhecidos como "*funding loans*".(SILVA, 2009, p. 51–53)[158]

Ainda que, como dito, o recurso a empréstimos em praças financeiras estrangeiras não seja propriamente uma novidade, tendo acompanhado a

[157] "Rui Barbosa, primeiro ministro da Fazenda da República, tentou regularizar o resgate dos títulos e instituir a emissão de títulos ao portador. Contudo, essa regularização durou pouco, sendo interrompida logo após sua saída, em janeiro de 1891. Quanto à emissão de títulos ao portador, o primeiro lançamento do tipo só foi possível em 1903, ou seja, após a consolidação de 1902 […]. Mesmo assim, esse mecanismo só viria a ser utilizado novamente a partir de 1917. A consolidação de 1902 tentou resolver o problema de alta fragmentação da dívida – e foi bem-sucedida, ao menos inicialmente. A quase totalidade dos títulos em circulação foi trocada por novos títulos, todos nominativos, no valor de 529.750 contos de réis, que renderiam juros de 5% a.a. Contudo, o efeito dessa uniformização também não durou muito. Entre 1902 e 1956 (ano de nova consolidação), 145 autorizações para emissão de títulos foram expedidas com elevada falta de padronização nas características desses empréstimos. As taxas de juros, por exemplo, variavam de 3% a 7% a.a." (SILVA, 2009, p. 46)

[158] A respeito do funding loan, mais informações podem ser conferidas nos relatos da época (GUANABARA, 2002), inclusive da lavra do próprio Campos Salles (1983) – presidente do período mais lembrado pela prática.

experiência fiscal brasileira desde seus primórdios, os contornos e a postura assumida pelo Estado republicano em relação a tal expediente não encontrariam precedentes até então. Como ressalta PRADO JÚNIOR (1963, p. 156), tais recursos, no limite, viabilizaram a atividade econômica do país, dada a sua inserção em segmentos estratégicos para a promoção do desenvolvimento nacional.[159]

Entretanto, com a maior descentralização política que sucedeu ao Império, surge ainda uma nova questão: a do endividamento dos entes subnacionais. Como visto, na fase imperial anterior, o Estado central, isto é, a corte sediada no Rio de Janeiro, detinha absoluto controle sobre a contratação de empréstimos internacionais. Em contraste, com o advento da República, cada um dos estados, as novas repartições administrativas que substituíram as antigas províncias, e até dos municípios ganha autonomia suficiente para, entre outras ações, realizar tais operações por si só. Essa autonomia, contudo, não era irrestrita e se dava sob bases e limites determinados, nos termos da Constituição de 1891.

Ainda que tenha sido responsável pela introdução de inovações, como a adoção do sistema federativo entre nós, o que, naquele momento, justamente implicou a possibilidade de endividamento subnacional[160], essa constituição, de um lado, manteve o protagonismo do Poder Legislativo no que se refere à disciplina e gerenciamento da dívida pública (art. 34, 3º) e a garantia dessa pelo

[159] "Outro fator ainda virá estimular as atividades brasileiras. É a finança internacional que entra a participar delas ativamente. A ação direta dos interesses comerciais estrangeiros já se fazia sentir desde longa data. Referi-me anteriormente aos empréstimos públicos que vêm desde os primeiros anos da Independência e que tiveram tamanho papel na evolução do Brasil; lembrei também as iniciativas do capital estrangeiro em alguns setores privados (estradas de ferro, empresas de mineração, linhas de navegação, etc). Não esqueçamos também a participação de tantos estrangeiros nas atividades econômicas do país, e ocupando sobretudo no comércio e na indústria posições de relevo. Mas tudo isto ficará a grande distância do que ocorre nesta nova fase que agora se inaugura, em que é propriamente a finança internacional, multiforme e ativa, e não apenas indivíduos ou inversões esporádicas de capital, que vem interferir na vida brasileira procurando participação efetiva, constante e crescente em todos os setores que oferecessem oportunidades e perspectivas de bons negócios. O estabelecimento de filiais dos grandes bancos estrangeiros (ingleses, alemães, franceses, norte-americanos e outros) e o largo impulso que logo adquirem seus negócios serão sintoma desta situação inteiramente nova." (PRADO JR, 1963, p. 156)

[160] A rigor, poder-se-ia questionar, hoje, em retrospecto, se a descentralizadora Constituição de 1891 agiu bem ao permitir o empoderamento das elites locais. É que, a bem da verdade, a possibilidade de endividamento dos entes subnacionais desacompanhada de maiores preocupações se não a manutenção do poder das próprias elites locais, parece ter implicado, sobretudo, na má-gestão da própria cosia pública. (SILVA, 1981, cap. 1; VIANNA, 1999)

governo central (art. 84) e, de outro, incluiu mecanismos de intervenção federal, notadamente, de sorte a "*assegurar a execução das leis e sentenças federaes e reorganizar as finanças do Estado, cuja incapacidade para a vida autonoma se demonstrar pela cessação de pagamentos de sua dívida fundada, por mais de dous annos*", a partir da edição da emenda constitucional nº 3, de 1926.

Apesar da relativa transformação política que se observou nos níveis mais elevados da estrutura e administração do Estado brasileiro, alguns traços característicos de sua estrutura econômica, que o acompanham, inclusive, desde a fase colonial, antes, portanto, de ele sequer ter sido formado, seguiram inalterados. Esses traços referem-se, em especial, à sua natureza – ou "vocação" – agroexportadora e à consequente exposição ou dependência de finanças externas. Dito isso, a conjuntura internacional em que se encontrava o Brasil no final do século XIX e início do XX em nada pressionou por uma mudança de orientação – pelo contrário, talvez tenha até acelerado tais processos históricos.

Com o aquecimento da procura internacional pelos produtos primários brasileiros, entre eles ainda destacando-se o café, as classes dirigentes do país encontravam condições mais do que propícias para o comércio, de modo que, segundo PRADO JÚNIOR (1963, p. 157), atingiram-se extraordinários saldos comerciais positivos.[161] Apesar disso, as regras referentes à dívida seguiam carecendo de critérios jurídicos claros que regessem seus propósitos e estabelecessem limites para a sua constituição.

Se esse contexto pouco estimulava o saneamento das contas nacionais, tampouco os eventos que se seguiriam no decorrer do século contribuiriam para

[161] "[O]btêm-se mesmo saldos comerciais apreciáveis. Os maiores que o país jamais teve são aliás deste período, cifrando-se, no primeiro decênio do século atual, numa média anual de 273 mil contos (15.700.000 libras esterlinas). E são estes saldos vultosos que permitirão fazer frente regularmente aos grandes compromissos externos em ascensão contínua e paralela ao desenvolvimento do país; serviço da dívida pública, pagamento de dividendos e lucros comerciais das empresas estrangeiras operando no Brasil […]. Para atender a estes compromissos, e em reforço dos saldos comerciais, concorrem as inversões de capitais estrangeiros, e em particular os empréstimos públicos. Agora não é mais apenas o governo central que recorre ao crédito estrangeiro; os Estados, tornados autônomos pela República, dele se utilizam largamente; e as simples municipalidades seguem o exemplo. A dívida externa do Brasil cresce de pouco menos de 30 milhões de libras por ocasião da proclamação da República, para quase 90 milhões em 1910. Em 1930 alcançará a cifra espantosa de mais de 250 milhões." (PRADO JR, 1963, p. 157)

a contenção dos gastos. A despeito da crise econômica de 1929 e das convulsões políticas e sociais ocorridas no mesmo período, as contas nacionais mantiveram-se em aceleração constante. Isso perdurou de forma mais ou menos estável até que, novamente, a eclosão de um conflito, desta vez, a Segunda Guerra Mundial, viria a representar um novo ponto de inflexão.[162]

De 1942 em diante, com o crescente envolvimento brasileiro na guerra, as despesas nacionais só fizeram crescer, deixando o tesouro em situação cada vez mais debilitada. Mais uma vez, os efeitos financeiros da guerra marcariam os cofres públicos anos após a cessação das hostilidades. Com o crescimento extraordinário do volume de dívida e do esforço fiscal necessário para adimplir com o seu serviço, o Brasil apresentou sucessivos e crescentes *déficits* orçamentários entre as décadas de 1940 e 1960.

Com a queda da credibilidade da dívida brasileira e a consequente dificuldade de colocação de novos títulos em mercado que a seguiu, juntamente da indisponibilidade de alternativas, como o aumento da tributação, o Estado se viu sem opções se não emitir moeda para cobrir os rombos nas contas nacionais.[163] Isso, por sua vez, gerou um ciclo vicioso, agravando exponencialmente não apenas as contas do país como também a estabilidade de sua economia como um todo, dada a inflação que daí resultou.[164]

---

[162] "Esses novos empréstimos possuíam finalidades diversas: cobertura de déficits orçamentários; recolhimento de papel-moeda; financiamento de obras específicas; aquisição de ativos fixos ou empresas; e pagamento de empréstimos compulsórios, dentre outras. Esta última finalidade cumpriu papel fundamental na política de financiamento da República, especialmente por intermédio do lançamento das obrigações de guerra, a partir de 1942, que influenciaram sobremaneira a evolução do estoque da Dívida Interna Fundada. […] A estagnação da emissão voluntária de títulos públicos tornava mais complicado o financiamento dos déficits orçamentários crescentes, especialmente a partir de meados da década de 1950. Não dispondo do crédito público e nem sendo capaz de aumentar a carga tributária, o governo financiou a quase totalidade de seus déficits via emissão de moeda, aumentando as pressões inflacionárias" (SILVA, 2009, p. 46–47)

[163] BALEEIRO (2015, p. 638–642), autor udenista (e, pois, em alguma medida insuspeito), deu, à época, a perspectiva de que a emissão de moeda, cumulada com a inflação, seria uma forma de imposto geral, exatamente por aumentar as disponibilidades financeiras do erário.

[164] "A estagnação da emissão voluntária de títulos públicos tornava mais complicado o financiamento dos déficits orçamentários crescentes, especialmente a partir de meados da década de 1950. Não dispondo do crédito público e nem sendo capaz de aumentar a carga tributária, o governo financiou a quase totalidade de seus déficits via emissão de moeda, aumentando as pressões inflacionárias." (SILVA, 2009, p. 47)

Assim, diante dessas circunstâncias, em 1943, foi celebrado um acordo permanente para o pagamento da dívida externa e, em 1956 e 1962, foram empreendidas novas tentativas de reestruturação e consolidação da dívida. (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, 2020) Na primeira oportunidade, por meio da Lei nº 2.977, de novembro daquele ano; na segunda, por meio de uma operação de emissão de novos títulos, chamados de "Títulos de Recuperação Financeira". Em ambos os casos, no entanto, os resultados teriam ficado aquém do esperado.[165]

As medidas adotadas pelo Estado surtiram pouco efeito para equilibrar as contas do país e sanar as deficiências que a economia então experimentava. Ainda que se gerasse crescimento econômico à época, isso se dava em bases insustentáveis de endividamento público e sob constantes crises de balanço de pagamentos. Somava-se ao delicado quadro das finanças públicas uma crescente tensão e instabilidade políticas, cuja intensificação viria a culminar no golpe civil-militar de 1964 e na deposição do governo.

Ainda que, de um lado, a instalação do regime militar tenha representado um grave retrocesso democrático e o recrudescimento da repressão política no país, de outro, ele implicou a implementação de um amplo projeto de reformas da estrutura administrativa e financeira do Estado, tão logo ascendera ao poder. Já em 1964, entre outras medidas do novo regime,[166] destacam-se a criação do

[165] "Se, por um lado, o governo não encontrava êxito em suas emissões primárias, por outro, podem ser destacadas duas grandes operações de administração de passivo (ou consolidações) realizadas em 1956 e em 1962. Em 1956, o governo lançou uma lei de reestruturação do serviço da Dívida Interna Federal com o objetivo de padronizar a dívida e melhorar seu controle. Tal consolidação também foi influenciada por uma forte pressão de instituições financeiras que enfrentavam dificuldades em adquirir títulos em quantidade suficiente para atender a recolhimentos compulsórios. […]. Houve, no entanto, ao menos uma falha importante: os juros não foram uniformizados, mantendo-se vários títulos e com taxas de juros diferentes. Além disso, o prazo dos novos títulos era considerado muito longo pelo mercado financeiro. Em 1962, houve uma nova e mais completa consolidação. O governo lançou os chamados Títulos de Recuperação Financeira para unificar a dívida interna da União, substituindo todos os títulos da Dívida Interna Fundada Federal, excetuadas as obrigações de Reaparelhamento Econômico. Estes títulos também poderiam ser emitidos para cobrir déficits orçamentários, porém o governo não obteve êxito para esse fim. Já a troca foi bem-sucedida, e os juros foram unificados em 7% anuais." (SILVA, 2009, p. 48).

[166] "Uma das medidas destinadas a aprimorar o mercado de títulos públicos foi a instituição da correção monetária, a qual buscava evitar para o investidor as perdas advindas da crescente inflação. De fato, para atingir o objetivo de criar um mercado desenvolvido e líquido de títulos

Conselho Monetário Nacional – CMN e do Banco Central do Brasil – BCB pela Lei nº 4.595 e, no ano seguinte, o lançamento do Plano de Ação Econômica do Governo – PAEG. A despeito de ter sido editada pouco antes desses eventos, ainda merece destaque a Lei nº 4.320, também de 1964.

A reformulação institucional promovida pelo projeto político militar almejava, sobretudo, conferir maior liquidez à dívida pública, com o desenvolvimento de um mercado de capitais nacional suficientemente robusto, capaz de absorver os títulos públicos. Como resultado, a dívida não apenas passaria a ser, ao menos em sua maioria, desatrelada de projetos específicos como, também, seria negociada em um mercado próprio.[167]

Suas premissas eram não apenas aprimorar a estrutura administrativa da dívida, de modo a também aprimorar a sua gestão, mas viabilizar o manejo da política monetária e, em especial, estimular ainda mais a demanda por títulos da dívida e, portanto, a capacidade de endividamento nacional e financiamento de crescentes *déficits* públicos.[168]

---

públicos, estes deveriam oferecer proteção contra a perda do poder aquisitivo da moeda, fazendo com que a escolha, pelo investidor, de um título indexado à inflação fosse a solução natural. Assim, o primeiro instrumento padronizado de dívida pública foi a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), instituída legalmente pela Lei nº 4.357/64 e pelo Decreto nº 54.252/64. A criação dos títulos com correção monetária, na medida em que protegia os investidores das perdas representadas pela inflação, representou um grande impulso ao desenvolvimento do mercado de títulos públicos no Brasil." (PEDRAS, 2009, p. 59–60)

[167] "Até 1964, as emissões tinham como objetivo o financiamento de projetos específicos. A partir daquele ano, o governo empreendeu uma série de reformas que vieram a alterar profundamente o mercado de capitais no Brasil e que buscavam assegurar os objetivos antes mencionados. Tais mudanças apresentaram, de fato, impactos significativos sobre a dívida pública, na medida em que, pela primeira vez, se buscou montar um mercado de títulos públicos de forma estruturada." (PEDRAS, 2009, p. 58).

[168] "[A]té o advento dessas reformas, a dívida pública apresentava-se sob a forma de uma grande diversidade de títulos públicos, nominativos, emitidos para as mais diversas finalidades e com reduzida credibilidade junto ao público. Além disso, em meados da década de 1960, as taxas de inflação encontravam-se já na casa dos 30% anuais. A conjugação desses fatores veio contribuir para a necessidade de uma completa reformulação da política de endividamento público no Brasil. É interessante aqui observar que, na origem das medidas que buscavam o desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil, em especial quando da criação do Banco Central do Brasil, havia objetivos duplos no que se refere às políticas voltadas para a administração da dívida pública. As medidas tomadas tinham como meta básica a constituição de um mercado eficiente de títulos públicos para propiciar tanto a demanda para o financiamento dos déficits públicos quanto a viabilização das operações de política monetária." (PEDRAS, 2009, p. 59)

Essas medidas contribuíram para a racionalização da dívida brasileira, mas não foram completamente suficientes para atenuar por completo ou efetivamente sanar a geração desses constantes *déficits* orçamentários. Diante disso, entraria em cena o recém-criado BCB, cuja função, além de autoridade monetária, seria a de financiador do Estado.

As bases de uma política fiscal coerente, ao menos com relação à gestão da dívida, estavam, assim, lançadas. Seria sobre elas que, ao longo da década de 1970, o Brasil iria vivenciar um período de notável prosperidade econômica e estabilidade fiscal.[169]

Mais uma vez, o cenário externo iria contribuir com a captação de recursos no exterior. A grande circulação dos assim chamados "petrodólares" no mercado internacional propiciava uma fonte abundante e acessível de liquidez.[170] O país, há décadas afastado das captações internacionais, voltaria a se endividar externamente.[171]

---

[169] "Os anos do final da década de 1960 e início da década de 1970 foram particularmente positivos para o país. As taxas de crescimento da economia apresentavam níveis bastante elevados, seja para os padrões históricos brasileiros seja para os padrões internacionais,9 e a inflação apresentava níveis ainda inferiores aos observados na segunda metade da década anterior. Nesse contexto, fica fácil perceber o sucesso experimentado pela política de endividamento nos primeiros anos da década de 1970, o que fez do período um ponto singular na história da Dívida Pública Federal interna. Nesses anos, iniciou-se a emissão regular de títulos prefixados, inaugurando-se, inclusive, processo de colocação desses títulos por meio de oferta pública a preços competitivos (leilão)." (PEDRAS, 2009, p. 61).

[170] Segundo ABRANCHES (1988, p. 122–123) "A dívida foi contraída na ditadura, nos anos 1970, com a reciclagem dos "petrodólares" oriundos das duas crises do petróleo. Os bancos, afogados em liquidez e em busca de rentabilidade, precisavam aplicar os petrodólares dos países árabes. Passaram a aceitar qualquer projeto do então chamado Terceiro Mundo, quanto maior, melhor. Os militares brasileiros tinham os técnicos do Planejamento com o dedo no gatilho para projetos grandiosos. O passivo cresceu ao longo da década de 1980, marcada pela recessão e pela aceleração da inflação. Foi uma das heranças econômicas pouco lembradas dos militares."

[171] "As reformas introduzidas pelo Paeg e, mais precisamente, as elevadas taxas de crescimento obtidas, conjugadas com níveis de inflação sob controle, geraram expectativa bastante favorável para o país. No entanto, o próprio fato de as taxas de crescimento da economia serem elevadas gerava a necessidade de se obter recursos externos para o financiamento desse crescimento, de forma que ao longo da segunda metade da década de 1960 o país experimentou um forte aumento nas entradas de capitais externos (o Brasil foi o quarto maior receptor líquido de recursos externos no período de 1964 a 1967). […] De fato, no início dos anos 1970, a situação era favorável para que se buscasse influxo de recursos por meio de captações soberanas no mercado internacional, fato marcante, tendo em vista que a última vez que o Brasil recorreu a esse tipo de financiamento foi em 1931. Ainda antes da primeira crise do petróleo, a partir de 1972 o país efetuou a colocação de bonds do governo no mercado externo. Nesse ano, foram realizadas três emissões, nos mercados europeu e americano, e em 1973 seria feita uma emissão no mercado japonês. Nos anos seguintes, a despeito do primeiro choque do petróleo, não apenas a República continuou acessando esse

A robustez do novo sistema financeiro criado pelos militares, no entanto, era meramente aparente. O cenário doméstico seguia sólido, embora a situação externa estivesse prestes a se deteriorar consideravelmente nos anos seguintes. No que se assemelhou a uma tempestade perfeita, conjugando o grande endividamento externo contraído pelo país, o choque do petróleo, de 1979, a súbita elevação dos juros nos EUA e a moratória mexicana, de 1982, a situação fiscal do Brasil, na verdade, via-se em bases delicadas.

A rápida sucessão entre esses eventos tornou a situação crítica. O contexto, envolto pelo contágio do calote mexicano a outras economias da região naquilo que ficou conhecido como "a crise da dívida latino-americana", mostrou-se tão crítico que foi necessário recorrer a recursos do Fundo Monetário Internacional – FMI. (ALMEIDA, 2014) No entanto, dada a magnitude da dívida externa nacional, a instabilidade econômica perduraria.

Foi também nesse contexto de crise generalizada que, como já se observou anteriormente na história fiscal do país, foi reformulada a sua estrutura administrativa. Assim, criou-se, por meio do Decreto nº 92.452, de 1986, a Secretaria do Tesouro Nacional – STN, e, por meio do Decreto nº 94.443, de 1987, foi transferida a "*competência para exercer atividades relativas aos serviços de colocação e resgate de títulos da dívida pública*" do BCB para o Ministério da Fazenda. Também foi nesse mesmo período que o Brasil recebeu sua primeira nota de uma agência de classificação de risco, a Moody's.[172]

Adicionalmente, outros eventos notáveis daquele período foram **(i)** a edição do Decreto-Lei nº 2.376, de 1987, o qual, entre outras disposições, introduziu inédita previsão na legislação brasileira, dando destinação específica à dívida – ou, em outras palavras – limitando-a, essencialmente, a "*cobrir* deficit

mercado, como grandes empresas brasileiras aproveitaram o sucesso das colocações e efetuaram emissões nos mercados externos." (PEDRAS, 2009, p. 70)

[172] O histórico completo das notas de classificação de crédito atribuídas ao Brasil entre 1986, ano da primeira classificação, e os dias atuais, é disponibilizado pelo próprio Tesouro Nacional ([s.d.]).

no Orçamento Geral da União"[173]; e **(ii)** a proliferação de novas espécies de títulos, lançados como alternativas em meio à crise. (TAVARES; TAVARES, 2009)

Essas medidas, no entanto, não foram suficientes para reverter a severa depressão que se abateu sobre o país e suas contas. Em 1987, em meio à transição para a redemocratização e às vésperas da promulgação da Constituição de 1988, o governo decretou a moratória da dívida externa.[174] Nos anos seguintes, o Brasil ainda enfrentaria dificuldades. Isso, a despeito de a referida Constituição representar um marco na história fiscal do país.

A Constituição de 1988, ao passo que, de forma geral, manteve institutos, por assim dizer, consagrados no ordenamento nacional, como a primazia do Poder Legislativo para tratar sobre aspectos concernentes à dívida (art. 48, II e XIV), trouxe outros avanços, inclusive nesse âmbito. Ela, por exemplo, foi a primeira a dedicar todo um capítulo ao tema das "finanças públicas". Além disso, expandiu o protagonismo do Senado Federal, introduzido pela emenda constitucional nº 1, de 1969, mas que agora passou a deter competências específicas sobre a dívida externa.[175] Além disso, essa Constituição **(i)** reserva à lei complementar dispor sobre aspectos da dívida (art. 163); e **(ii)** acrescentou

[173] Apesar disso, PEDRAS (2009, p. 63) faz ressalvas acerca do novo regime introduzido pelo referido decreto-lei: "[a] despeito da separação de funções e da criação da Secretaria do Tesouro Nacional, este mesmo Decreto-Lei nº 2.376 estabeleceu que: "[...] se o Tesouro Nacional não fizer colocação de títulos junto ao público, em valor equivalente ao montante dos que forem resgatados, o Banco Central do Brasil poderá subscrever a parcela não colocada". Em outras palavras, embora fosse um avanço institucional em relação à prática anterior, qualquer que fosse a necessidade de rolagem, esta seria passível de financiamento via Banco Central, bastando para isso que o mercado se recusasse a dar o financiamento. […] Essas medidas, aliadas à necessidade de reduzir os déficits fiscais, levaram o Banco Central, e não o mercado, a absorver as novas emissões de dívida, conforme permitido pela legislação em vigor"..

[174] "Após intensos debates entre o Banco Central e o Ministério da Fazenda,30 em fevereiro de 1987 o governo brasileiro promoveu, enfim, a moratória da dívida externa, ao suspender os pagamentos de juros sobre a dívida de médio e longo prazos […] Em setembro de 1988, foi assinado acordo pondo fim à moratória, o qual previa a entrada de dinheiro novo (US$ 5,2 bilhões), o reescalonamento de algumas obrigações de médio e longo prazos, a manutenção das linhas de crédito de curto prazo e a troca de US$ 1,05 bilhão de dívida antiga por títulos (Brazil Investment Bond Exchange Agreement). Apesar disso, por incapacidade de pagamento, ao final de 1988 e em julho de 1989 o país deixou de honrar compromissos externos (sendo uma moratória de fato, porém não declarada)."(PEDRAS, 2009, p. 73).

[175] Cf. arts. 42, VI, e art. 52, V a IX, respectivamente, da Constituição de 1988 e da emenda nº 1 à constituição de 1967, de 1969.

limitações às competências do BCB, notadamente, quanto ao financiamento do Estado (art. 164).

Embora, juridicamente, a atual Constituição, de 1988, tenha inaugurado uma nova fase no ordenamento de Direito Financeiro brasileiro, ela ainda assim esbarrou nos empecilhos materiais enfrentados pelo país à época de sua promulgação. Essa Constituição, quando de sua entrada em vigor, presenciou condições econômicas amplamente desfavoráveis à implementação de seu projeto social e político. No início da década de 1990, o país ainda se encontrava no meio de uma alta inflacionária, sem que nenhum dos diversos planos de estabilização monetária destinados a controlá-la até então fosse bem-sucedido.

A partir de 1993, a situação enfim mudaria de figura, tanto interna quanto externamente. O assim chamado "Plano Brady", no âmbito da dívida externa, e, internamente, a implementação do Plano Real e de outras medidas, como o aprimoramento da transparência das relações entre o BCB e o Tesouro Nacional, lograram conter a inflação e pareciam indicar uma recuperação da credibilidade e da atividade econômica do Brasil.

O país, assim, tinha diante de si uma oportunidade de retomada do crescimento econômico por meio de uma abordagem relativamente mais sustentável do ponto de vista fiscal. Coincidia, nesse sentido, um ambiente com maior segurança jurídica, composto, não apenas pela Constituição, que, inclusive, introduz inovações como a assim chamada "regra de ouro" das finanças públicas,[176] mas por órgãos e uma legislação infraconstitucional que seriam em muito aprimorados nos anos seguintes.

Assim, da segunda metade da década de 1990 até os dias atuais, o país encontraria condições favoráveis à captação, o que provocaria um crescimento da dívida, mas também estimularia mais aprimoramentos,[177] entre os quais

[176] Referência ao texto do art. 167, III, da Constituição, o qual passou a prever que: "Art. 167. São vedados: […] III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;"

[177] "Entretanto, a despeito do relativo sucesso na estabilização da inflação, a partir daquele ano [1995] a dívida começou a apresentar trajetória forte de elevação, o que pode ser explicado pela conjugação de alguns fatores, dentre eles: (i) a rígida política monetária da época, a qual acarretou uma taxa real de juros média no período extremamente elevada; (ii) o reduzido superávit

merece destaque a Lei Complementar nº 101, de 2000, conhecida como "Lei de Responsabilidade Fiscal". (AFONSO, 2016)

2. Período contemporâneo

Atualmente, o ordenamento fiscal brasileiro goza do maior nível de racionalização e complexidade já observado na história do país.[178] Ele é composto, fundamentalmente, por três pilares principais, além da Constituição[179]: **(i)** a referida Lei Complementar nº 101; **(ii)** legislação federal esparsa, tanto de elaboração mais recente, como as Leis nº 9.496, de 1997, 10.179, de 2001, e 11.312, de 2006, quanto herdada de fases anteriores, como a Lei nº 4.320, de 1964; e, finalmente, **(iii)** decretos presidenciais, resoluções e outras normas do CMN e do BCB, bem como outras normas infralegais, notadamente, as Resoluções do Senado Federal e, entre essas, destacando-se as de números 40 e 43, que, entre outros temas, dispõem sobre os limites de endividamento dos estados e munícios.

Apesar de editados em momentos históricos nem sempre equivalentes, cada uma dessas normas segue, em linhas gerais, uma mesma orientação axiológica: a intenção de aumentar a transparência, eficiência e controle das finanças públicas. Ainda que, desde uma perspectiva das teorias política e econômica, tais vieses possam ser questionados, fato é que a realidade e características das referidas normas apontam para essa direção.

---

primário, que se apresentava até negativo para alguns entes de governo; e (iii) a política de propiciar maior transparência às contas públicas, reconhecendo vários passivos que antes se encontravam disfarçados, como, por exemplo, o programa de saneamento das finanças estaduais e municipais e a capitalização de alguns bancos federais. De fato, nessa segunda metade da década de1990, a DPMFi em mercado cresceu em média, em termos reais, à taxa de 24,8% a.a. […] Nos primeiros anos após o Plano Real, o governo logrou melhorar substancialmente a composição da dívida. As expressivas emissões diretas representadas pelo reconhecimento dos passivos contingentes (fundamental para um saneamento definitivo das contas públicas), aliadas às altas taxas de juros necessárias à consolidação da estabilidade, fizeram com que o estoque da dívida pública crescesse brutalmente no período. Esse fato gerou a necessidade de que seu prazo médio fosse elevado para evitar que o risco de refinanciamento a cada período ficasse muito grande."(PEDRAS, 2009, p. 66–67).

[178] Nesse sentido, vide, a título de exemplo, as informações reunidas pelo Tesouro Nacional ([s.d.]) em formato de "visão integrada" entre todos os entes federativos,.

[179] A própria Constituição já foi submetida à sucessivas alterações em relação a temas financeiros e fiscais desde a sua edição original. Nesse sentido, cita-se, a título de exemplo, as emendas à constituição de números 21, 25, 40, 42, 109.

Nesse sentido, o projeto legislativo que viria a se tornar a Lei de Responsabilidade Fiscal foi originalmente proposto de modo a reduzir o *déficit* público e estabilizar o montante da dívida.[180] Concebida no âmbito do Programa de Estabilidade Fiscal – PEF (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL, [s.d.]), essa lei buscou assegurar o cumprimento de metas fiscais nas três esferas de governo. A partir dela, a União, os estados e os municípios estariam sujeitos a um regime fiscal mais "*compatível com a estabilidade de preços e o desenvolvimento sustentável*". Tratou-se de uma inovação significativa – e, com efeito, sem precedentes – no ordenamento nacional.

Juntamente de outras normas que a seguiram, a lei buscou, em última medida, disciplinar, de modo "*eficiente*", os gastos públicos, evitando *déficits* "*recorrentes e imoderados*" e a "*expansão indesejável da dívida*" ao introduzir, inspirada em práticas internacionais e em diretrizes do FMI, um novo conceito de responsabilidade e equilíbrios fiscal e orçamentário.[181] Nesse sentido, a lei, em conjunto com as outras normas citadas, estabelece diversos limites à dívida pública, em especial, quanto a gastos com pessoal.

Foi sobre essas normas que o Brasil pôde experimentar um momento de estabilidade da trajetória de sua dívida. Em realidade, diante de condições externas favoráveis, o país novamente gozou de relativa prosperidade. As boas condições das contas nacionais foram suficientes, inclusive, para saldar históricas posições em aberto do país com credores estrangeiros. Assim, como ressalta PEDRAS (2009, p. 76–77):

> A partir de 2006, tendo em vista a redução expressiva da necessidade de financiamento externo pela redução da dívida e o forte influxo de dólares, o país deixa de necessitar das emissões externas como fonte de financiamento. A partir daquele ano, inclusive, foram realizadas diversas operações de pré-pagamento de dívida mobiliária federal externa, que remontaram a US$ 35,7 bilhões. Já em relação à dívida

[180] Cf. item 2 da EM Interministerial nº 106/MOG/MF/MPAS, de 13 de abril de 1999, que acompanhou o envio do projeto..

[181] "Diferente do equilíbrio orçamentário, este já previsto na Lei 4.320 de 1964, a Lei de Responsabilidade Fiscal traz uma nova noção de equilíbrio para as contas públicas: o equilíbrio das chamadas "contas primárias", traduzida no Resultado Primário equilibrado. Significa, em outras palavras, que o equilíbrio a ser buscado é o equilíbrio auto-sustentável, ou seja, aquele que prescinde de operações de crédito e, portanto, sem aumento da dívida pública." (NASCIMENTO; DEBUS, 2000, p. 11)

> contratual, o país antecipou o pagamento da dívida remanescente com o Clube de Paris no valor de US$ 1,7 bilhão, bem como, ainda em 2005, realizou o pré-pagamento de sua dívida com o FMI, no valor de US$ 20,4 bilhões. […], foram realizadas diversas operações de redução da dívida mobiliária. Em abril de 2006, dando prosseguimento ao pagamento antecipado do estoque remanescente de C-Bond, em outubro do ano anterior, o país exerceu a cláusula de recompra antecipada dos demais Bradies, no valor de US$ 6,5 bilhões, terminando assim uma importante fase da história do seu endividamento externo. […] A partir de 2007, iniciou-se programa, agora em caráter permanente, de recompra dos títulos da dívida externa.

Naturalmente, o recente – e já deteriorado – quadro de estabilidade econômica e fiscal não pode ser encarado como definitivo e imutável, como, inclusive, demonstra a própria história recente do país. Persistem deficiências estruturais no modo de gerir a dívida e na própria constituição dessa. Além disso, a continuidade de uma base econômica pouco diversificada e, de forma geral, pouco complexa ou sofisticada no país também continuam como ameaças à sua prosperidade e sustentabilidade no longo prazo. Nesse sentido, inclusive em anos recentes, a volatilidade econômica afetou e, talvez, siga afetando a atividade nacional, não só do ponto de vista econômico, mas também gerando déficits financeiros, que implicam em um endividamento cada vez maior.

Paralelamente, o próprio ordenamento e instituições seguem em constante processo de adaptação e evolução. Exemplos mais claros e recentes disso são a edição da Lei Complementar nº 200, de 2023, que "[i]*nstitui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico*". Além disso, diversos outros projetos legislativos encontram-se em tramitação e/ou em discussão, como novas propostas de emenda à Constituição.

Se, de um lado, a instituição do "regime fiscal sustentável" se anuncia como uma tentativa de "arrumar a casa", é bom que se diga que nem toda inovação ou adaptação é necessariamente benéfica. Sobretudo a partir da crise de 2013 (e, posteriormente, em razão da pandemia), o regime fiscal brasileiro se complexificou enormemente – e, via de regra, tudo se operando no plano constitucional: a emenda constitucional 95/2017 instituiu o "novo regime fiscal", um regime restritivo visando a conter o crescimento da despesa pública; a

emenda constitucional 106/2020 instituiu, em razão da pandemia, o regime extraordinário fiscal, flexibilizando o regime anterior; em plena pandemia, a emenda constitucional 108/2020 tornou o FUNDEB permanente e modificou os critérios constitucionais de repartição de receitas de ICMS para os Municípios (o que afeta diretamente as contas públicas destes entes e, principalmente, o equilíbrio do federalismo fiscal); a emenda constitucional 109/2021 instituiu uma cláusula de calamidade na Constituição, que flexibiliza as normas constitucionais de responsabilidade fiscal; a emenda constitucional 114/2021 atrasou o pagamento dos precatórios da União para abrir espaço para o pagamento do Auxílio Brasil; finalmente, em meio a completa incompreensibilidade do regime financeiro constitucional (fruto de anos e mais anos de complexificação e medidas de arrocho financeiro seguidas de afrouxamento), a emenda constitucional 126/2022 estabeleceu regras de transição e instituiu a necessidade de estabelecimento de um novo regime fiscal pela via da lei complementar – que é, justamente, o novo "regime fiscal sustentável".

E, bom que se diga também que esse breve histórico diz respeito somente às ECs que se relacionam, minimamente, ao endividamento e gestão da despesa pública, mas a racionalidade orçamentária foi quebrada, também, por um Congresso com um apetite cada vez maior pelas verbas orçamentárias (à exemplo do escândalo do orçamento secreto ou da constitucionalização da feição impositiva das emendas individuais e de bancada, com o posterior aumento dos percentuais a ela destinados, bem como das bases de cálculo, operadas pelas emendas constitucionais 86/2015, 100/2019 e 126/2022); e é quebrada, rotineiramente, por decisões casuísticas, à exemplo da decisão monocrática proferida no mandado de injunção 7.300/DF pelo Min. Gilmar Mendes[182], que

[182] "Mandado de injunção. Renda básica de cidadania. Lei 10.835/2004. Art. 2º. Omissão do Poder Executivo Federal em fixar o valor do benefício. 2. Colmatação da inconstitucionalidade omissiva. Equilíbrio entre o indeclinável dever de tutela dos direitos e liberdades constitucionais (CF, art. 5º, XXXV) e o princípio da divisão funcional dos poderes (CF, art. 2º), além da observância às regras fiscal-orçamentárias. Precedentes. 3. A falta de norma disciplinadora enseja o conhecimento do writ apenas quanto à implementação de renda básica para pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica (pobreza e extrema pobreza), na linha dos arts. 3º, III; 6º; e 23, X, da Constituição Federal. 4. O Fundo Federal de Combate à Pobreza possui receitas próprias e prioriza o atendimento de famílias situadas abaixo da linha da pobreza. Art. 81, caput e §1º, do

excluiu o bolsa família do teto de gastos, visando a abrir espaço para os gastos do governo na transição.

Conclusão

Ao longo de sua história, a discussão sobre a dívida pública manteve-se, quando muito, em plano secundário do debate público no Brasil. Apenas aflorava nos momentos em que, também em função do desconhecimento e pouca atenção que recebera da população e das autoridades, de modo preventivo, o seu descontrole causava consequências que impactariam significativamente o cotidiano da vida nacional.

Inversamente, na atualidade, trata-se cada vez mais de um tema que, na verdade, passa a justamente fazer parte da rotina das pessoas. Isso, contudo, não quer dizer que o debate sobre a dívida, seus limites e seus propósitos, tenha se tornado substancialmente mais qualificado, na mesma proporção em que passou a estar mais presente no dia a dia dos cidadãos. Daí surge a necessidade de não apenas trazer luzes a tal discussão, fomentando-a, mas, em especial, identificando bases legítimas e razoáveis, amparadas em fatos e dados, de modo a afastar proselitismos, oportunismos e toda a sorte de distorção.

A relevância do tema não comportaria tais apropriações indevidas, em especial, considerando-se que, também no momento atual, os níveis das dívidas

---

ADCT c/c arts. 1º e 3º, I, da Lei Complementar 111/2001. 5. Bolsa Família. Lei 10.836/2004. De 2014 a 2017, milhões de concidadãos retornaram à extrema pobreza. Inexistência de atualização adequada do valor limite para fins de enquadramento e também da quantia desembolsada pelo Poder Público. Política pública que necessita de atualização ou repaginação de valores. Proteção insuficiente de combate à pobreza. 6. Lei 10.835/2004 e suas variáveis sociais, econômicas e jurídicas. Risco de grave despesa anual. Realidade fiscal, econômica e social, na quadra atualmente vivenciada e agravada pelas consequências da pandemia em curso. 7. Determinação para que o Poder Executivo Federal implemente, no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022), a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Art. 8º, I, da Lei 13.300/2016. 8. Apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básicos e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível. 9. Concessão parcial da ordem injuncional." MI 7300, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 20-08-2021 PUBLIC 23-08-2021

soberanas em diversos países ao redor do mundo, com destaque às principais economias industriais, recorrentemente ultrapassam recordes, atingindo patamares cada vez mais elevados. (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2024; ROSARIO, 2024)

Talvez, mais do que nunca, se faça necessário resgatar e examinar a história e antecedentes da dívida, avaliando as causas e origens da sua situação atual, para que, então, se possa abordar o tema de modo mais producente, tendo em vista o futuro. Foi a essa tarefa que esse trabalho buscou, ainda que tímida e insuficientemente, promover.

A partir da pesquisa proposta, identifica-se uma fase de consolidação das estruturas financeiras antes que limites objetivos à dívida pública fossem de fato traçados. Tais limites, em realidade, somente foram estabelecidos de forma bastante recente. Observando-se o quadro da história fiscal do Brasil, é possível extrair as seguintes conclusões:

(i) a dívida mostrou-se tão mais controlável quanto maior também foi a participação da poupança interna, nacional, em sua composição. Assim, regras bastante restritas e uma postura de contenção devem ou podem ser adotadas em relação ao endividamento externo. Esse deve ser, tanto quanto possível, evitado, tendo em vista a estabilidade da capacidade de pagamento do país;

(ii) a criação ou aprimoramento das regras e estruturas institucionais de gestão e controle da dívida historicamente resultaram ou estiveram atreladas a reações a momentos de crises. Nota-se, portanto, uma postura de mitigação de danos, e não propriamente de prevenção em relação à configuração desses;

(iii) os institutos e estruturas relacionados à dívida pública nacional receberam influência determinante, como reprodução ou apropriação, de modelos estrangeiros, quer, por exemplo, na inspiração da primeira constituição nacional, de 1824, quer como na mais recente Lei de Responsabilidade Fiscal; e

(iv) por um aspecto material, independentemente da alternância de governos e até de sistemas ou regimes políticos inteiros, como o colonial, o imperial e o militar, a permanência da base econômica primária do país, eminentemente

agrária ou extrativista e voltada à exportação de produtos de baixo valor agregado, encontra-se como uma causa elementar das fragilidades financeiras ao longo de sua história, apresentando-se como origem ou fator catalisador de crises.

Como sucintamente foi demonstrado, a dívida pública brasileira, durante gerações, encontrava limites, basicamente, na medida dos voluntarismos daqueles empossados de posições de poder. Entretanto, o período mais recente dessa história, iniciado com a promulgação da Constituição de 1988 e, em especial, marcado pela edição da Lei Complementar nº 101, de 2000, assim como por outras normas e por uma gradativa modificação da postura pública, representa uma inversão nessa tendência de longa data.

Após um gradual processo de desenvolvimento institucional e jurídico que se estendeu por dois séculos, atualmente, o Brasil experimenta um amplo sistema de gestão da sua dívida. O ordenamento de Direito Financeiro nacional encontra-se, hoje, no seu maior nível de sofisticação, galgado progressivamente ao longo do referido processo. Contudo, muito embora se faça necessário reconhecer os avanços alcançados, também não se pode deixar de ressaltar as diversas e graves deficiências que o sistema até hoje carrega, além dos retrocessos recentes.

O discurso hegemônico em prol de finanças públicas hígidas, sustentáveis e que se revertam em proveito da população não pode ser confundido com, ou deixar ser sobreposto por, qualquer sorte de "fundamentalismo fiscal". Em essência, não se trata de adotar-se uma postura ortodoxa ou heterodoxa do ponto de fiscal e econômico. Em termos mais diretos, a sustentabilidade fiscal limita-se, de um lado, pelas normas que uma sociedade erige para reger a vida coletiva. Entretanto, de outro, a aplicação de tais normas não deve se dar de forma irrefletida, ignorando a realidade e as necessidades dessa mesma sociedade, especialmente em situações de crise.

Referências

ABRANCHES, S. H. H. DE. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, p. 5–34, 1988.

AFONSO, J. R. Uma história da Lei Brasileira de Responsabilidade Fiscal. **Direito Público**, v. 13, 7 dez. 2016.

ALMEIDA, P. R. DE. O Brasil e o FMI desde Bretton Woods: 70 anos de história. **Revista Direito GV**, v. 10, p. 469–496, dez. 2014.

BALEEIRO, A. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BANK OF ENGLAND. **Why was the Bank of England founded?** Disponível em: <https://www.bankofengland.co.uk/museum/online-collections/blog/why-was-the-bank-of-england-founded>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

CABRAL, D. **Tesouro Público do Rio de Janeiro**. Arquivo Nacional. Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/15-dicionario/65-dicionario-da-administracao-publica-brasileira-do-periodo-imperial/346-tesouro-publico-do-rio-de-janeiro>. Acesso em: 17 jul. 2024.

CAMARGO, A. R. **Juntas da Real Fazenda**. Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/15-dicionario/57-dicionario-da-administracao-publica-brasileira-do-periodo-colonial/181-juntas-da-real-fazenda>. Acesso em: 17 jul. 2024.

CAMPOS SALES, M. F. DE. **Da propaganda à presidência**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983.

DÍAZ, E. **Estado de Derecho y Sociedad Democratica**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981.

FERGUSON, N. **The Ascent of Money:** A Financial History of the World. New York. New York: Penguin Books, 2009.

FURTADO, C. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GABLER, L. **Tesourarias das Províncias**. Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/15-dicionario/65-dicionario-da-administracao-publica-brasileira-do-periodo-imperial/345-tesourarias-das-provincias-tesourarias-da-fazenda>. Acesso em: 17 jul. 2024.

GUANABARA, A. **A Presidência de Campos Salles**. Brasília: Livraria do Senado Federal, 2002.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Fiscal Monitor:** Fiscal Policy in the Great Election Year. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2024/04/17/fiscal-monitor-april-2024>. Acesso em: 17 jul. 2024.

KELSEN, H. Essência e valor da democracia. Em: **A democracia**. Tradução: Tradução: Vera Barkow et al. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 23–107.

LIVRARIA DO SENADO FEDERAL. **Falas do Trono:** desde o ano de 1823 até o ano de 1889: acompanhadas dos respectivos votos de graça da Câmara Temporária e de diferentes informações e esclarecimentos sobre todas as sessões extraordinárias, adiamentos, dissoluções, sessões secretas e fusões com um quadro das épocas e motivos que deram lugar à reunião das duas Câmaras e competente histórico. Brasília: Livraria do Senado Federal, 2019.

NASCIMENTO, E. R.; DEBUS, I. **Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2000.

NOGUEIRA, O. **1824**. 3. ed. Brasília: Livraria do Senado Federal, 2012.

OFFICE FOR BUDGE RESPONSIBILITY. **300 years of UK public finance data**. Disponível em: <https://articles.obr.uk/300-years-of-uk-public-finance-data/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

OFFICE FOR BUDGE RESPONSIBILITY. **Home**. Disponível em: <https://obr.uk/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

OLIVEIRA, R. F. DE. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEDRAS, G. B. V. História da dívida pública no Brasil: de 1964 até os dias atuais. Em: SILVA, A. C.; CARVALHO, L. O. DE; MEDEIROS, O. L. DE (Eds.). **Dívida**

Pública: a experiência brasileira. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Banco Mundial, 2009. p. 57–80.

PESSOA, G. T. DE A. **Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda**. Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/15-dicionario/65-dicionario-da-administracao-publica-brasileira-do-periodo-imperial/339-secretaria-de-estado-dos-negocios-da-fazenda>. Acesso em: 17 jul. 2024.

PRADO JR, C. **História econômica do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1963.

RODRIGUES, J. The Bank of England: a brief history. **The Guardian**, 8 jan. 2009.

ROSARIO, J. DO. **Global debt hits new record high at $313 trillion -IIF | Reuters**. Disponível em: <https://www.reuters.com/business/global-debt-hits-new-record-high-313-trillion-iif-2024-02-21/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

SCHMITT, C. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Tradução: Ellen Kennedy. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985.

SCHMITT, C. **Constitutional Theory**. Tradução: Jeffrey Seitzer. Durhan, London: Duke University Press, 2008.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Títulos públicos antigos**. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/divida-publica-federal/sobre-a-divida-publica/titulos-publicos-antigos>. Acesso em: 17 jul. 2024.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Estatísticas e Relatórios da Dívida Pública Federal**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/divida-publica-federal/estatisticas-e-relatorios-da-divida-publica-federal>. Acesso em: 17 jul. 2024a.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Visão Integrada das Dívidas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/historias/visao-integrada-das-dividas-da-uniao-dos-estados-do-distrito-federal-e-dos-municipios>. Acesso em: 17 jul. 2024b.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal (PEF)**. Disponível em:

<https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estados-e-municipios/plano-de-promocao-do-equilibrio-fiscal-pef>. Acesso em: 17 jul. 2024c.

SILVA, A. C. Origem e história da dívida pública no Brasil até 1963. Em: SILVA, A. C.; CARVALHO, L. O. DE; MEDEIROS, O. L. DE (Eds.). **Dívida Pública: a experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Banco Mundial, 2009. p. 33–56.

SILVA, G. DO C. E. **Conjuntura Política Nacional O Poder Executivo & Geopolítica do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1981.

TAVARES, M. F. T.; TAVARES, R. G. Títulos públicos federais e sua forma de precificação. Em: SILVA, A. C.; CARVALHO, L. O. DE; MEDEIROS, O. L. DE (Eds.). **Dívida Pública: a experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Banco Mundial, 2009. p. 307–337.

TEUBNER, G. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização**. Tradução: Tradução: Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

UK PUBLIC SPENDING. **UK National Debt - Current, Recent, Historical**. Disponível em: <https://www.ukpublicspending.co.uk/uk_national_debt_chart.html>. Acesso em: 17 jul. 2024.

VIANNA, O. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Livraria do Senado Federal, 1999.

12. Populismo autoritário e crise constitucional: uma crônica do Brasil recente (2019-2023)

Lucas Fucci Amato[183]

Coração americano
Acordei de um sonho estranho
Um gosto vidro e corte
Um sabor de chocolate
No corpo e na cidade
Um sabor de vida e morte
[...]

As horas não se contavam
E o que era negro anoiteceu
Enquanto se esperava
Eu estava em San Vicente
Enquanto acontecia
Eu estava em San Vicente
Coração americano
Um sabor de vidro e corte

(*San Vicente*, canção de Milton Nascimento e Fernando Brant, 1972)

Introdução

Este capítulo compila uma série de análises publicadas entre 2019 e 2023 na imprensa jurídica (site *Jota*), com as respectivas indicações de *links* que remetem a material jornalístico sobre fatos e personagens marcantes do período do governo liderado pela figura de Jair Bolsonaro (2019-2022), quando o Brasil e sua ordem jurídica e constitucional foram postos à prova de maneira antes só

[183] Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

imaginada pelo teatro do absurdo e pelo realismo fantástico em suas extrapolações mais caricatas e tragicômicas (ver, a propósito, Bender; Silva, 2024).

Já as eleições de 2018, sobretudo na disputa presidencial, exibiram em novos trajes – "cibernéticos" ou "digitais" – os vícios renitentes de nossa democracia representativa, como o clientelismo e o populismo (Amato, 2019). Justamente nas primeiras eleições após a proibição do financiamento empresarial de campanhas (STF, ADI 4650-DF, julgada em 2015), o poder econômico encontrou novas formas de irradiar-se na disputa política, com graves indícios da montagem de um esquema organizado de disseminação de desinformação e discurso de ódio em favorecimento à chapa vencedora da Presidência da República (Saba *et al.*, 2021); mas as *fake news* não se limitaram a estratégia de campanha, tornando-se ferramenta rotineira de governo (Amato, 2024, p. 179-199), explorada com requintes de crueldade e desvario durante a pandemia da Covid-19 (Barros; Amato, 2024), ao lado de um arsenal de táticas de degradação e desmonte das instituições que tenta(ra)m, na corda bamba, equilibrar Estado de Direito e democracia em uma sociedade tão complexa e assimétrica como o Brasil (Faria, 2022).

Os textos que seguem são uma crônica daquele momento. Sugerem que uma crise constitucional emerge justamente em momentos de reversão de expectativas, quando a capacidade operacional dos sistemas político, jurídico e econômico – sobretudo – é superestimada e se depara com uma abrangente desilusão. Nesse momento, a institucionalização (isto é, o apoio de expectativas em uma rede de expectativas generalizadas e pressupostas) é posta em xeque e se desvalorizam, em uma espiral de deslegitimação, os símbolos engendrados pelas organizações e discursos especializados: o poder, a validade jurídica, o dinheiro. Obscurecido o apoio ao quadro institucional vigente e desvalorizados seus símbolos, a violência, a anomia e a necessidade confluem em um solo fértil para a emergência do populismo autoritário – que acena para mudanças profundas e rápidas, sem poder concretizá-las, esparramando suas promessas como combustível para manter sua base de apoio iludida e mobilizada contra "o sistema". O máximo que consegue é desinstitucionalizar, fragilizar as

convenções, organizações e procedimentos correntes, sem propriamente institucionalizar soluções alternativas, duráveis e suficientemente complexas.

Por outro lado, os artigos também insinuam os limites das instituições atualmente desenhadas e operantes para moldar aspirações políticas democráticas e canalizá-las por vias estruturalmente transformadoras, para além das retóricas mais apologéticas ou apocalípticas sobre a suficiência da democracia liberal ou sua completa obsolescência. Além da "resistência" da ordem constitucional posta – pressuposto que, apesar da gravidade das ameaças, conseguiu-se manter –, um passo além seria atualizá-la por meio de reformas que neutralizassem os riscos e aproveitassem as oportunidades abertas pelas transformações tecnológicas, econômicas, políticas e culturais do tempo presente. É justamente a falta de propostas e reformas plausíveis encaminhadas pelas vias democráticas que, de um lado, sobrecarrega o Judiciário com funções que extrapolam sua eficácia e legitimação e, de outro, retroalimenta os atalhos simplificadores e perigosos do populismo autoritário.

1. Desordenando o Estado constitucional: uma gênese e dez mandamentos. *Uma lista com 10 (anti)orientações inspirada (livremente) em estudos do professor David Driesen. 13/12/2019*

A constituição não é apenas um texto, mas uma instituição – uma série de normas, procedimentos e organizações que moldam as expectativas sociais e as relações entre a política e o direito. Essas expectativas, lastreadas no texto constitucional e pressupostas como apoio para uma prática efetiva dos procedimentos e decisões do Estado, podem estar patologicamente desajustadas. É um desajuste radical dessas expectativas, com várias manifestações regionais, que levou à ascensão (democrática) de um populismo (autoritário) ao redor do mundo.

Em menos de 24 horas, na Faculdade de Direito da Universidade de Oxford houve seminários discutindo as distorções constitucionais produzidas no

movimento do Brexit[184] e o papel dos chefes de governo na destruição dos fundamentos da democracia[185] (tomando como exemplo os Estados Unidos de Trump, a Hungria de Orbán e a Polônia de Duda). De quebra, ainda em Oxford, um seminário sobre Gilberto Freyre[186], o teórico da miscigenação racial "democrática" e apoiador do regime autoritário brasileiro de 1964.

Essa conjunção casual de eventos diz respeito na verdade a certo provincianismo constitucional. Cada fenômeno tende a ser tratado dentro das conjunturas políticas nacionais e conforme os mecanismos institucionais de cada país: o Reino Unido não tem uma constituição escrita, então seu primeiro ministro move-se estrategicamente pelo descrédito da soberania parlamentar; os europeus, que há um século se dissipavam pelas Américas, hoje revoltam-se contra a perda de postos de trabalho para migrantes africanos e de outras partes do sul ou leste global. Os brasileiros viram-se pegos em uma espiral de ascensão econômica e política do país seguida da mais grave crise econômica nacional.

Há um denominador comum a esses movimentos geradores de uma nova onda política global – comumente descrita pela ciência política como um populismo autoritário de direita. Esse denominador é, como dito, um desajuste das expectativas – o medo do imigrante, nos países ricos, sobretudo; o medo do declínio econômico americano diante da ascensão da China e o medo dos trabalhadores brancos pobres diante das políticas identitárias afirmativas. O sociólogo alemão Niklas Luhmann (2013 [1997], p. 25) já defendia a tese de que a integração social aumenta com a exclusão[187]. Nessa toada, uma crise global favorecedora da exclusão e da vulnerabilidade (cultural, política, econômica) é o que está na raiz da ascensão eleitoral de figuras que prometer unir a sociedade sob seu comando unitário, expurgando o Estado da corrupção alastrada por seus opositores-inimigos.

184 https://www.law.ox.ac.uk/events/legal-implications-brexit
185 https://www.law.ox.ac.uk/events/head-states-role-undermining-democracy-poland-hungary-and-united-states
186 https://www.eventbrite.co.uk/e/gilberto-freyre-an-international-intellectual-and-ancestor-of-southern-theory-tickets-76815833225
187 https://www.estadao.com.br/sao-paulo/a-exclusao-e-contagiante-a-inclusao-nao-imp-/

No caso brasileiro, é visível um ciclo de inflação e deflação política, econômica e jurídica. Expectativas acima da capacidade de realização política – os protestos de junho de 2013, a tentativa de nomeação de um ministro mais poderoso e popular que a própria presidenta[188] – desvalorizaram o poder. Ascendeu como representante da "nova política" um deputado com três décadas de carreira parlamentar e que, patenteando o descrédito e a ilegitimidade do poder, encarnou a apologia da violência[189].

Políticas econômicas apostaram em aprofundar a crise fiscal do Estado para reverter a estagnação, e acabaram por realimentar ambos os lados, deprimindo o investimento público e privado. O "ajuste" ortodoxo pretende realinhar as expectativas e os investimentos, mas fecha as portas de inclusão social pelas políticas públicas e desestrutura os instrumentos de ação estatal.

Um ativismo judicial confiante em conceder direitos individuais ou coletivos para além das normas legais e constitucionais gerou reações contra a judicialização e fez a superexposição do Supremo Tribunal Federal transformá-lo em um ator perante a opinião pública, mais do que em um intérprete prudente de direitos e deveres. Sob o "novo regime", a própria corte pretende fazer uma correção deflacionária, e ater-se ao direito posto. Uma volta política a uma posição "apolítica"? Ou uma abertura à negociação (ou coalizão) com os Poderes políticos[190]?

Essa gênese da situação periclitante da democracia no Brasil e no mundo conduz a uma série de medidas que os governos eleitos na nova onda política tendem a tomar. Em uma orientação compartilhada em redes transnacionais paralelas, governos populistas de direita parecem seguir à risca a mesma cartilha. A lista de (anti)orientações é inspirada (livremente) em estudos do professor David Driesen[191], da Universidade Syracuse de New York, tomando por base a

188 http://www.jota.info/stf/supra/lula-ministro-sem-foro-privilegiado-um-supremo-salomonico-19042016

189 https://www.jota.info/artigos/indignidade-desonra-e-quebra-de-decoro-presidencial-na-era-jair-bolsonaro-13092019

190 https://www.jota.info/stf/do-supremo/toffoli-um-articulador-entre-os-poderes-14092019

191 https://www.law.ox.ac.uk/events/head-states-role-undermining-democracy-poland-hungary-and-united-states

comparação entre governos atuais de países como Hungria, Polônia, Turquia e Estados Unidos, mas não é difícil encontrarmos nossos paralelos domésticos.

1º Mandamento: Distorça os procedimentos eleitorais. Use recursos ilegais ou ainda não regulados pelo direito. As ferramentas eletrônicas[192] são transnacionais, sua tecnologia é de conhecimento limitado a algumas poucas empresas e especialistas, portanto se trata de um bom espaço para espalhar seu discurso sem maiores controles ou responsabilizações.

2º Mandamento: Distraia a opinião pública com *tweets*[193] e declarações absurdas. É o novo contato entre o líder e as massas, que nem precisam sair do seu celular e ir a um comício.

3º Mandamento: Desacredite os meios de comunicação de massa – não são só oligopólios econômicos, mas perigosos agentes de ideias subversivas. Ameace-os. Corte assinaturas[194] e propaganda de governo. Mas se pode desenvolver, ao mesmo tempo, uma relação produtiva com a mídia que se mostre mais amigável ao governo[195] e à apologia de suas medidas[196].

4º Mandamento: Use a mentira como ferramenta de comunicação. Alastre o conceito de *fake news*, que interessa muito a quem se aproveita da mentira. Afinal, até a verdade passa a ser colocada sob suspeita, já que ninguém pode assegurá-la. Se lhe acusarem de *fake news*, é *fake news*[197]!

5º Mandamento: Desestruture as divisões de trabalho e competências dentro do Executivo. Conselhos, ministérios, secretarias e órgãos devem alinhar-se de maneira absoluta à visão pessoal do presidente e de seus ministros[198], em

192 https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/11/whatsapp-baniu-400-mil-usuarios-nas-eleicoes-de-2018-entenda-a-punicao.ghtml
193 https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/globo-ministros-preferidos-trump-e-golden-shower-o-que-dizem-os-2-mil-tuites-de-bolsonaro/
194 https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-manda-governo-cancelar-assinaturas-do-jornal-folha-de-paulo-24055009
195 https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-recebe-silvio-santos-e-edir-macedo-no-alvorada/
196 https://www.poder360.com.br/midia/governo-bolsonaro-reduz-publicidade-na-globo-e-prioriza-sbt-e-record/
197 https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/24/eduardo-bolsonaro-chama-cpmi-da-fake-news-de-esculhambacao-e-pede-memes.htm
198 https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/11/bolsonaro-exonera-presidente-da-funarte.shtml

vez de abarcarem vários interesses ou ideologias conflitantes. Não deve haver espaço nem para participação (confusão democrática) nem para profissionalismo (impessoalidade burocrática é igualmente perda de tempo).

6º Mandamento: Desestruture o serviço público[199]. A burocracia do Estado não deve ser aperfeiçoada, mas é melhor que seja destruída. Congele salários, corte verbas e promova um descrédito geral de tudo o que é público;

7º Mandamento: Desrespeite a autonomia do Judiciário: como não existe "interesse público", "política de Estado" ou "república", use também este Poder em favor de sua visão pessoal: por exemplo, nomeie juízes e procuradores alinhados à sua ideologia de governo ou mesmo religião[200], não respeite listas ou representações corporativas;

8º Mandamento: Não há "república", nem deveria haver partidos[201]; portanto, trate o Estado como coisa pessoal: se o povo votou em você, deve confiar em sua família e ela é que deve governar, ocupando postos de governo ou orientando as decisões de Estado[202].

9º Mandamento: Você não está sozinho. Procure orientação e apoio mundo afora[203]. Essas medidas são a última moda global.

10º Mandamento: Assim, a democracia vai sendo erodida internamente. Nem é preciso um golpe de Estado para que o autoritarismo vá se tornando parte da rotina... Com esses dez passos, logo a Constituição se tornará apenas mais uma folha de papel. Mas, se ainda for preciso, governe por medidas provisórias, decretos[204] ou faça reformas constitucionais[205] que contrariem os próprios ideais

199 https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/05/politica/1572911857_846911.html
200 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/bolsonaro-diz-que-ministro-terrivelmente-evangelico-da-agu-e-bom-nome-para-o-stf.shtml
201 https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-ao-deixar-psl-bolsonaro-fica-mais-dependentede-base-informal-no-congresso-24079924
202 https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/07/pretendo-beneficiar-um-filho-meu-sim-diz-bolsonaro-sobre-eduardo.shtml
203 https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2019/11/02/nos-bastidores-brasil-costura-nova-alianca-com-governos-populistas-na-onu.htm
204 https://exame.abril.com.br/brasil/em-derrota-para-bolsonaro-camara-aprova-projeto-de-armas-desidratado/
205 https://exame.abril.com.br/economia/pacotao-de-paulo-guedes-vai-testar-negociacao-do-governo/

e direitos garantidos na Constituição. Se esta Constituição não servir mesmo, faça uma nova[206]!

Como cidadãos, é bom termos atenção para nos defendermos desses 10 mandamentos que, implementados atenciosamente pelos governantes do dia, desorganizam e desestruturam o Estado democrático e seu direito. Não é só das cortes que devemos desconfiar: a Constituição depende da boa saúde de todos os Poderes, inclusive da chefia de Estado. Embora continuem a ser absurdas, essas medidas não devem ser mais surpresa para ninguém. Previsíveis, podem ser contra-atacadas.

2. Governar por decreto: quatro paradoxos e um presidente. *O novo autoritarismo carece de autoridade e não quer impor o medo; prefere monopolizar o amor ao governante e o ódio aos descontentes. 20/04/2020*

Thomas Hobbes (*Leviatã*, capítulo 26) definia a soberania como "o poder integral de prescrever regras" e considerava um paradoxo exigir que o soberano-legislador se submetesse às mesmas leis que outorgasse. O soberano não se sujeita às leis; os súditos, sim – sendo componentes do corpo artificial que é o soberano. Carl Schmitt pretendeu-se um sucessor teórico de Hobbes e ofereceu-se ao nazismo como jurista oficial do regime. Sonhava com uma conciliação entre o decisionismo arbitrário do chefe de Estado e o ordenamento concreto do espírito popular e de suas tradições profundas (Schmitt, 2011 [1934]). Desdenhava da visão liberal do direito como norma abstrata, capaz de se impor sobre o próprio órgão que a põe. Para rejeitar os constrangimentos da legalidade formal e material – do protagonismo congressual e das normas gerais e abstratas –, o soberano havaria de exercer seu misto de judicatura, legislação e execução supremas, alinhando o povo em seu favor e colocando-o em movimento.

Durante a república parlamentar (ou semipresidencial) de Weimar, o artigo 48 da Constituição de 1919 foi invocado reiteradas vezes. O dispositivo autorizava, de um lado, a intervenção federal; de outro, os "poderes

[206] https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/constituinte-numa-hora-dessas.html

emergenciais" do Presidente para chefiar as Forças Armadas e suspender direitos fundamentais. A crise econômica favoreceu a propaganda das ideias radicais de Hitler e lhe concedeu as bases de apoio popular necessárias para desfazer-se dos bloqueios parlamentares (ver Lepsius, 2017). Mas muito de Hobbes e Schmitt chegou até nós e penetrou o constitucionalismo liberal e democrático. O ideal constitucional de uma ordem jurídica plenamente autorregulada chegou assim a alguns paradoxos: para fugir ao absolutismo decisionista, ou para contê-lo em alguma medida.

A combinação de soberania popular, separação de Poderes e Estado de Direito cria aquele tipo de legalidade liberal que se funda precisamente no paradoxo que Hobbes queria evitar: decidimos sobre quem vai decidir por nós – nossos representantes – e as decisões destes são tomadas em nosso nome, portanto imponíveis a nós e a eles. A sede desse paradoxo é o Legislativo, embora na república também o Executivo tenha um caráter de representação e responsabilidade política. A federação expande essa autovinculação pelos vários níveis de governo.

Ao lado de um Kelsen deturpado, e ignorado em sua defesa do pluralismo democrático, Schmitt foi notável influência sobre governos autoritários ao redor do mundo, inclusive para a ditadura militar brasileira, a começar do primeiro Ato Institucional, atribuído a Francisco Campos (ver Silva, 2009). Mas Schmitt adentrou também, com atenuantes e ponderações, a tradição constitucional democrática e liberal. Na verdade, Schmitt construiu um pensamento constitucional ambivalente: de um lado, enrijecendo a Constituição com certas "garantias institucionais" (como a propriedade, no direito privado; e o autogoverno das unidades federativas, no direito público) que permaneceriam intocáveis. O constitucionalismo liberal e democrático desde a segunda metade do século passado adaptou a ideia de Schmitt, como no caso de nossas "cláusulas pétreas". Aceitou os limites materiais à reforma constitucional, porém valorizando os textos constitucionais e colocando-os sob a guarda não de um soberano absoluto, mas da jurisdição constitucional. De outro lado, Schmitt aceitava o estado de exceção como puro exercício de poder, razão de Estado não

constrangida pelo direito, soberania em estado bruto. Um equivalente funcional a tal estado de exceção foi incorporado nas constituições democráticas na forma do estado de sítio, do estado de defesa e da intervenção federal. Durante a vigência dessas situações excepcionais, a Constituição não pode ser emendada, é certo; mas a legalidade normal é amainada em favor de uma legalidade excepcional. A constituição procura normatizar a exceção – outro paradoxo.

Entretanto, há as "exceções excepcionais" – infrequentes, como calamidades, guerras, grave comprometimento da ordem pública – e as exceções rotineiras: terceiro paradoxo. Essa exceção rotineira se corporifica nos casos de "relevância e urgência", quando "o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional" (artigo 62, *caput*, da Constituição Federal). Aloja-se também sob a competência do presidente para expedir decretos para a "fiel execução" de leis (artigo 84, IV).

Mais do que em princípios abstratos e insuperáveis, nossa ordem constitucional parece fundar-se em paradoxos intrincados, como os três elencados. Eles consagram a supremacia da lei e do parlamento na formação da vontade pública e na definição do interesse público. Definem hipóteses estritas para que o Executivo possa intervir na ordem jurídica, subordinando-o sempre ao Legislativo. Na medida em que essas hipóteses são flexibilizadas ou invocadas abusivamente, a pretensão e a prática de "governar por decreto" (ou por medidas provisórias[207], ou mesmo dentro de um estado de defesa) torna-se perigosa.

Bolsonaro já baixou dez medidas provisórias durante entre fevereiro e março, na ambiência da crise do coronavírus[208]. A literatura comparada sobre "governo por decreto" dentro do presidencialismo destaca o caso brasileiro pelo protagonismo do Executivo no controle do processo legislativo, em contraste com o modelo presidencial dos Estados Unidos, no qual o controle da agenda depende mais enfaticamente das bases congressuais (e de seu alinhamento ao

207 https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/o-uso-abusivo-de-mps-e-o-peixe-na-rede/

208 https://www.jota.info/jotinhas/covid-19-bolsonaro-ja-baixou-10-medidas-provisorias-em-dois-meses-01042020

Executivo). Entretanto, os presidentes brasileiros historicamente desfrutavam de um poder de veto relativamente menor e de uma dependência do parlamento relativamente maior em comparação, por exemplo, com a Argentina. Com isso, o sucesso costumava ser menor na transformação de decretos de urgência em legislação permanente. O Legislativo ou obstruía tal transformação ou alterava consideravelmente o conteúdo das medidas, atenuando as intenções presidenciais originais (ver Negretto, 2004). Se isto mudou no atual governo é uma hipótese que só poderá ser constatada com o tempo.

Evidente é que, com sua habitual rudeza, nosso atual chefe de Estado e de governo tem tratado de colocar o dedo nas feridas constitucionais que institucionalizam a precedência do Congresso na definição das políticas públicas ou, ao menos, de sua moldura institucional. Não só por palavras, mas também por atos (paralegislativos), o Presidente ataca a autoimposição das leis[209] e medidas de política pública[210] aos próprios governantes, abusa das medidas provisórias e ameaça governar por decreto ou impor um estado de defesa ou de sítio[211]; por vezes, volta atrás em suas ameaças de se sobrepor aos demais Poderes[212] – mas sempre no espírito de que sua única consistência é a incongruência. Ou, como observou José Eduardo Faria, invocando Shakespeare: é uma loucura com método[213].

O Presidente diz-se liberal e democrata (embora recém-convertido), mas sabemos desde Fuller (1969 [1964]) que um estado de direito verdadeiramente compenetrado das virtudes da legalidade liberal deveria garantir a não contradição entre suas prescrições, a constância e a congruência entre as proclamações e as condutas das autoridades. Até Hobbes já dizia que o soberano é necessário para definir o sentido das palavras e formular as devidas distinções

209 https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/07/ibama-diz-que-multa-de-bolsonaro-prescreveu-e-contraria-parecer-da-agu.shtml

210 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/ignorar-isolamento-e-nova-obsessao-de-bolsonaro-relembre-outras-desde-o-inicio-do-governo.shtml

211 https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/congresso-esta-atento-pra-bolsonaro-nao-decretar-estado-de-sitio-diz-molon/

212 https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/08/bolsonaro-diz-que-decreto-sobre-retomada-de-atividades-pode-virar-projeto-enviado-ao-congresso.htm

213 https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/pandemia-e-estado-de-sitio/

em lei, evitando que seus súditos caíssem em um conflito perene, cada qual julgando segundo suas próprias convicções e arbítrios. Entretanto, o novo autoritarismo carece de autoridade e não quer impor o medo; prefere monopolizar o amor ao governante e o ódio aos descontentes. Trata-se de uma estratégia de comunicação que reproduz o manual mundial do populismo autoritário, última edição (atualizada para as tecnologias digitais).

O chefe de Estado, que deveria simbolizar a unidade nacional, desorienta e confunde; o chefe de governo, por sua vez, assume sua ignorância completa sobre o conteúdo das políticas públicas, da economia à saúde pública. Nosso paradoxo final é de que se trata da mesma pessoa: o presidente da república. O protagonismo legislativo, federativo e judiciário de contenção dessa incongruência tem seus limites – até porque tal ignorância do nosso "soberano" por vezes deixa de ser um fator de autocontenção e se transforma em uma autoexaltação de seu poder: no limite, para inflamar manifestações autoritárias contra os Poderes constituídos[214] ou mesmo cogitar da decretação de um estado de sítio; corriqueiramente, para intervir em preços[215], conceder benefícios econômicos casuísticos a setores favorecidos[216] ou contradizer (por atos[217] e discursos[218]) as prescrições sanitárias de seu próprio governo (bem como da ciência mundial, das organizações internacionais e dos governos estaduais e municipais).

Irá o constitucionalismo liberal-democrático – com a supremacia da lei, o federalismo e o controle judicial – conseguir conter os adeptos cientes ou inconscientes de Hobbes e Schmitt? Esperamos que o direito coloque em ação sua função antiviral.

---

214 https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/07/bolsonaro-convoca-povo-para-manifestacoes-de-rua-e-fala-em-segunda-facada.htm

215 https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/15/apos-bolsonaro-intervir-na-petrobras-ministros-discutirao-politica-de-preco-de-combustiveis.ghtml

216 https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/23/bc-muda-compulsorio-e-libera-temporariamente-r-68-bilhoes-ao-mercado-financeiro.ghtml

217 https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/03/15/ao-ir-a-manifestacao-bolsonaro-contrariou-medicos-e-auxiliares.htm

218 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/de-gripezinha-a-pedido-por-uniao-compare-os-pronunciamentos-de-bolsonaro-na-crise-do-coronavirus.shtml

3. Presidencialismo às avessas? *Coalizões para governar e fugir ao impeachment aproximam na prática o presidencialismo do parlamentarismo. 08/10/2020*

O grande paradigma político vindo da antiguidade ocidental foi o governo misto representado pela República romana, um esquema de composição de camadas sociais: os cônsules (dois pretores com funções executivas, de *imperium*) eram o homólogo da monarquia (ou diarquia), mas eleitos anualmente; as assembleias (o "comício" geral e os "concílios", inclusive da plebe) vocalizavam a democracia dos homens livres; o senado respondia pelo freio conservador, aristocrático, dos patrícios.

O paradigma romano veio sendo transformado por experiências e teorias modernas. Escrevendo em plena Revolução Gloriosa de 1688-89, Locke vê emergir a supremacia parlamentar e a diagnostica como chave para a limitação do absolutismo monárquico. O parlamentarismo só vai se aperfeiçoando nos séculos seguintes, com a criação da figura do primeiro-ministro e sua dependência da confiança da maioria parlamentar. Montesquieu observa a Inglaterra com simpatia pelo equilíbrio que gera, prevenindo invasões do rei ou do povo às prerrogativas da nobreza. Se o parlamentarismo não garante total autonomia entre os Poderes, ao menos empodera o Legislativo bicameral para conter o chefe de Estado. O Judiciário permanecia como Poder "nulo" politicamente, de mera aplicação da lei.

As colônias britânicas na América, sem um rei natural, inventaram o presidencialismo: além de chefe de governo (como no parlamentarismo), um cidadão comum haveria de ser também o chefe de Estado. Madison procura uma forma de evitar que o Presidente da República encarne uma vontade popular irresistível e, assim, imponha a tirania da maioria contra as classes proprietárias. Além dos critérios censitários do colégio eleitoral (que faz a eleição indireta do Presidente), a solução madisoniana é programar o impasse: reforçando o bicameralismo legislativo e os "freios e contrapesos" entre os Poderes políticos: deve-se dificultar a formação de maiorias, fragmentar os interesses e opô-los em

grupos rivais. O que se haveria de evitar a todo custo é que algum desses Poderes pudesse apelar diretamente ao povo, para que este arbitrasse (por exemplo, por referendos ou eleições antecipadas) o travamento decisório.

Ao longo do século XIX, e com muito mais força durante o século XX, desenvolveram-se três tendências praticamente desconhecidas dos pais dogmáticos da "separação dos Poderes". Em primeiro lugar, organizou-se a competição partidária mais aberta e pluralista – de modo que, mesmo no presidencialismo, o chefe de governo pode governar em coalizão com o parlamento (se obtiver maioria) ou ser bloqueado por este. No sistema americano, por exemplo, se houver "unidade de partido" (*i.e.*, se a maioria congressual for do partido do Presidente), a realidade da "separação de Poderes" torna-se relativizada (como é, por princípio, no parlamentarismo).

Em segundo lugar, o Poder Executivo vai incrementando suas atribuições e orçamento na condição de organizador e gestor da burocracia pública, voltada mais e mais à provisão ou regulação de políticas e serviços públicos e da atividade econômica. Em terceiro lugar, firma-se a prática e a organização do controle judicial de constitucionalidade (difuso, no modelo americano desenvolvido ao longo do século XIX; concentrado, no modelo europeu difundido na segunda metade do século XX). Em paralelo a este tripé, no século XX o parlamentarismo tornou-se o sistema de governo dominante na Europa. Desde o século anterior, o presidencialismo espraiou-se pelo continente americano.

Chegamos então ao caso brasileiro. A Constituição imperial de 1824 copiou o parlamentarismo inglês, combinando-o a uma incomum proposta do francês Benjamin Constant: o Poder Moderador. Como chefe do Poder Executivo, ao Imperador – política e juridicamente irresponsável – cabia nomear magistrados, prover empregos e expedir decretos (artigo 102); no exercício da função de governo, contava com o auxílio de seu gabinete ministerial. Entretanto, como titular exclusivo do Poder Moderador (artigo 101), ao mesmo Imperador competia suspender magistrados, nomear e demitir livremente seus Ministros de Estado, nomear senadores (a partir de uma lista tríplice em eleições censitárias),

dissolver e reconvocar a Câmara dos Deputados. No reinado de D. Pedro II, portanto, o governo e o gabinete ministerial emergiam do parlamento, mas dependiam sobretudo da vontade do chefe de Estado. A vantagem do parlamentarismo inglês seria a estabilidade do governo – dada a necessidade de formação de consenso majoritário no parlamento; mesmo a troca do governo e de sua chefia (gabinete ministerial e primeiro-ministro) se dariam sem maiores rupturas, pelo voto de desconfiança. Entretanto, no "parlamentarismo às avessas" do Brasil, a troca de governo era rotineira e conflituosa: com a "moderação" do Imperador, no segundo reinado, de 1847 a 1889, houve 32 gabinetes, o que resultou em uma duração média de menos de um ano e meio por gabinete (Amato, 2018, p. 189).

Grande constitucionalista do regime imperial, Pimenta Bueno justificava o Poder Moderador como encarnação perene da nação, contra a prevalência das maiorias episódicas no parlamento (argumento análogo ao de Madison para programar os "freios e contrapesos"); no seu exercício, o Imperador estaria acima de todas as paixões, facções, interesses e rivalidades (Pimenta Bueno, 1857, p. 205). Difícil crer, em retrospecto histórico, que o Imperador fosse um harmonizador neutro, e não um grande manipulador do jogo de cadeiras governamentais.

Derrotado o império pelo golpe militar republicano, veio à tona a decisão sobre o sistema de governo. O grande arquiteto constitucional de 1891, Rui Barbosa, era contrário ao presidencialismo, mas acabou tendo que aceitá-lo. Contra o presidencialismo "imperial" – isto é, para conter o protagonismo do Presidente – a solução foi reforçar o contrapeso judicial, ampliando as liberdades públicas, as garantias individuais e de fato implementando o controle judicial (difuso) de constitucionalidade das leis (ver Ré, 2016, p. 392-395). Esta teria sido a lição do constitucionalismo americano ao longo do século XIX.

Em uma república, a característica distintiva do presidencialismo em relação ao parlamentarismo é a eleição direta do chefe de governo que, dispondo de mandato fixo (independente da confiança parlamentar) e enfeixando as competências da chefia de Estado com as atribuições de direção governamental,

viria a ter um poder quase "imperial". Sobretudo nas experiências autoritárias, ainda que eleito indiretamente ou não eleito, o presidente "forte" seria nosso equivalente a um imperador temporário: um chefe de Estado capaz de se impor acima das rivalidades e interesses regionais e particularistas, protegendo as massas. Tal era, por exemplo, a opinião de Gilberto Freyre (2011 [1971], p. 237).

Entretanto, o que a retrospectiva histórica mais uma vez reafirma não é a posição moderadora e sobranceira do Presidente (como se pensava do Imperador). É certo que, no presidencialismo democrático, o Presidente dispõe de uma legitimação especial, por ser eleito diretamente pela vontade majoritária dos eleitores, em uma campanha mais ideológica que a parlamentar, e dispor de um mandato fixo, independente da maioria legislativa. Com isso, o presidente nasce de uma força plebiscitária e desestabilizadora dos acertos mais fragmentários, oligárquicos e particularistas que marcam a representação congressual (Unger, 2001, p. 147-159). Entretanto, uma série de fatores (a fragmentação partidária, os vínculos eleitorais corporativistas e clientelistas, a variedade regional e a distorção federativa da representação congressual) torna o presidente refém do Congresso para pautar sua agenda de governo. A dependência de coalizões majoritárias – formadas pela troca de votos parlamentares por emendas orçamentárias e cargos no Executivo – é capaz de moderar o poder presidencial a ponto de aproximá-lo aos limites de atuação de um primeiro-ministro. Não há mostras de que o "presidencialismo de coalizão" tenha cedido atualmente[219], por mais que o atual Presidente o tenha combatido retoricamente desde sua campanha.

A este dado se acrescenta outro, que talvez tenha configurado de vez um peculiar "presidencialismo às avessas": a força do chefe de Estado e governo dada pelo sistema presidencialista é, no caso brasileiro, relativizada pelo caráter do regramento do impedimento presidencial: tanto a Lei do Impeachment (Lei 1079/50) quanto os artigos 85 e 86 da Constituição de 1988[220] foram construídos

219 https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2020/09/04/diminuicao-de-auxilio-vai-gerar-frustracao-e-aversao-a-bolsonaro-diz-sergio-abranches.ghtml

220 https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/25/na-constituinte-tentativa-de-adocao-do-parlamentarismo-fracassou

sob uma orientação simpática ao parlamentarismo[221], que deixou marcas. A abertura das hipóteses para o impedimento, combinada à discricionariedade do Presidente da Câmara para receber a denúncia e dar início ao processo[222], aproximou-o sobremaneira do voto de desconfiança parlamentar. De modo que tanto pode haver Presidentes da República que polêmica e dificilmente se enquadram nas hipóteses jurídicas para a sanção do impedimento, mas que foram ou podem ser alvo de tal pena[223], quanto presidentes que claramente cometeram crimes de responsabilidade mas foram poupados do acolhimento da denúncia, do processo e da sanção, uma vez que na prática garantiram apoio parlamentar.

O caso atual parece, por ora, enquadrar-se na última categoria[224]. Por mais que tenha se manifestado, por palavras e atos, contra o Congresso[225] e o Supremo Tribunal Federal[226], o presidente ainda tem uma agenda de governo (sobretudo econômica)[227] e uma estratégia de coalizão[228] que lhe garantem algum apoio parlamentar – se não para implementar tudo o que propõe, ao menos para continuar sobrevivendo aos pedidos de *impeachment*, que até o momento somam mais de 50 em menos de dois anos de mandato[229].

---

221 https://www.estadao.com.br/brasil/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/

222 [Acrescentado ao artigo original: ver, a propósito, a discussão de Ribeiro (2022) sobre a discricionariedade do Presidente da Câmara dos Deputados para dar andamento ou não aos pedidos de *impeachment*]

223 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/medo-da-maldicao-dos-tres-impeachments-e-infundado.shtml

224 https://piaui.folha.uol.com.br/falta-de-decoro-sem-impeachment-e-crime-sem-castigo/

225 https://www.jota.info/legislativo/bolsonaro-congresso-stf-manifestacao-26022020

226 https://www.jota.info/analise/as-contradicoes-de-bolsonaro-na-relacao-com-o-supremo-29052020

227 https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/08/13/maia-elogia-bolsonaro-e-preve-reforma-tributaria-aprovada-na-camara-em-2020.htm

228 https://www.jota.info/dados/governo-bolsonaro-apoio-camara-indice-19082020

229 https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/08/13/52-pedidos-de-impeachment-esperam-decisao.ghtml

4. Brasília e a Renascença Democrática. *Terrorismo contra o Estado Democrático de Direito foi laboratório de anomia. 11/01/2023*

O direito é "história congelada" (Friedrich, 1961, p. 1027) e "política congelada" (Unger, 2017 [2015], p. 175 e 192). Surge de conflitos e discussões, incluindo por vezes golpes, revoluções e guerras. Uma vez posto, permite pressupor o apoio de todos, de terceiros anônimos – ou seja, institucionaliza regras, normas, padrões de orientação e avaliação, válidos e imponíveis independentemente das orientações ideológicas, crenças religiosas ou escolhas morais de cada qual. Os procedimentos – eleitorais, legislativos, administrativos, jurisdicionais – absorvem insatisfações e desilusões, dando margem para os envolvidos tentarem racionalizar suas paixões e argumentar em defesa de suas posições e permitindo com que, uma vez que aceitem participar do jogo (votar e ser votado, por exemplo), aderindo a regras pré-definidas, tenham que aceitar (segundo um consenso generalizado suposto) tanto a vitória quanto a derrota futura. Proclamados os resultados e constituídas as decisões, o discurso jurídico atua para estabilizar o sentido do direito como um conteúdo universalizante e imparcial, fazendo-nos até mesmo esquecer sua gênese mais ou menos conturbada.

O emaranhado de personagens e estruturas, interesses e ideias, atos e palavras que constitui a história é, na média ou longa duração, o laboratório em que conseguimos apreender melhor os elementos e etapas da "linha de montagem" e "desmontagem" do direito. Entretanto, certos eventos carregam uma carga de sentidos tão grande que são capazes de deixar a descoberto as redes de expectativas e símbolos que são a ossatura das instituições.

É o caso das horas de terror e vandalismo[230] nos edifícios que sediam os três Poderes do Estado brasileiro e na praça que representa a "independência" e a "harmonia" entre eles, concretizando e simbolizando os termos da Constituição (art. 2º da Carta de 1988 e art. 36 da Constituição de 1946, vigente à época da

[230] https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/01/10/raridades-quanto-valem-as-obras-de-arte-destruidas-nos-ataques-a-brasilia.htm

construção de Brasília). A um só tempo, vimos descarnada e devorada não apenas a democracia e a república (sediadas nos Palácios do Planalto e do Congresso), além do Estado de Direito (guardado sobretudo pelo Poder Judiciário, com o STF em sua cúpula); vimos a depredação material e simbólica do centro da soberania de um Estado-nação.

Quando o poder perde sua potência simbólica e sua capacidade de estruturar a tomada e a imposição de decisões, recai na violência. Quando a inflação corrói o poder de compra das pessoas, não se planejam mais investimentos nem se realizam mais pagamentos e transações, a moeda perde valor, cai-se na necessidade. Quando o direito é destruído, não há mais expectativas generalizadas resistentes à desilusão, não há normas – experimenta-se a anomia.

As expectativas são generalizadas a partir de signos e símbolos. As obras de arte, os prédios tombados e a infraestrutura física e tecnológica destroçados nos atos de terror do último domingo são tanto a base operacional da organização burocrática e política do Estado brasileiro quanto a representação máxima dos elementos fundamentais do Estado: soberania, povo e território.

A monopolização do exercício da força pelo Estado é sua razão mínima de existência, a incitar um temor generalizado capaz de evitar a "guerra de todos contra todos"; a expressão de Hobbes vinha combinada a uma defesa do caráter absoluto do poder estatal, contra sua implosão por facções que o consumiriam em disputa. Desde as revoluções constitucionais, o governo representativo permitiu institucionalizar o conflito político, neutralizando a guerra de facções ao balizar os limites procedimentais e discursivos em que se dá o dissenso entre governo e oposição. Já a democracia – a extensão do voto a todos, para além de um círculo oligárquico de homens ricos e letrados – é uma conquista mais recente, que se acelerou ao redor do mundo no período entreguerras do século XX e depois da segunda guerra mundial.

Brasília é, paradoxalmente, a concretização e simbolização, em um *lugar* transformado por engenho e arte, no centro do território nacional, da *utopia* democrática no Brasil: "No centro de um planalto vazio/ como se fosse em

qualquer lugar / Como castelos nascem dos sonhos / Pra no real achar seu lugar" – nos versos cantados por Oswaldo Montenegro (*Léo e Bia*, canção de 1978). Depois de um império que prolongou a escravidão e a própria dinastia dos tempos coloniais, depois de uma república proclamada a partir de um golpe militar e depois de uma ditadura positivista que fechou o Congresso e propulsionou a modernização institucional, cultural e econômica do país, em 1946 demos início ao primeiro período considerável democrático em nossa história – embora ainda excluísse analfabetos, o sufrágio estava aberto a homens e mulheres, e pela primeira vez mais de um décimo da população efetivamente participava de eleições limpas (Nicolau, 2004, p. 45-46).

Presos à exploração colonial durante a renascença europeia, tivemos então, fora de época, nossa própria renascença: com Pelé e Garrincha, Villa-Lobos e Portinari, Tom Jobim, Vinícius de Moraes e Dorival Caymmi, Guimarães Rosa e Jorge Amado. Os tempos haveriam de ficar registrados em uma cidade-monumento, que fincava, em asfalto e concreto, amplas janelas e vitrais, a renascença democrática brasileira. Juscelino Kubitschek, Oscar Niemeyer, Lúcio Costa e Burle Marx, Anísio Teixeira, Darcy Ribeiro e Celso Furtado, Marianne Peretti[231], Athos Bulcão, Di Cavalcanti[232] e Alfredo Ceschiatti[233] quiseram implantar, no centro do país, a república iluminista que fora negada nas Minas Gerais meses antes da Revolução Francesa. Era preciso tentar novamente, finalmente, corrigir e reconstruir a nação imaginada por José Bonifácio[234] e a república liberal traçada por Rui Barbosa[235].

Mas Brasília assistiu desde seu início à descrença e à desestabilização da democracia que marcou nosso momento constitucional de 1946 a 1964. Entre 64

[231] https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2023/01/conheca-o-vitral-araguaia-de-marianne-peretti-atacado-na-invasao-ao-congresso.shtml
[232] https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/01/09/filha-de-di-cavalcanti-lamenta-ataque-a-painel-no-planalto-fiquei-estarrecida.ghtml
[233] https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/01/10/conheca-a-obra-de-alfredo-ceschiatti-artista-mineiro-que-criou-escultura-vandalizada-em-ato-terrorista-em-brasilia.ghtml
[234] https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2023/01/golpistas-desenham-bigode-de-hitler-em-pintura-de-jose-bonifacio-no-planalto.shtml
[235] https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/01/busto-de-rui-barbosa-e-tapete-da-princesa-isabel-terroristas-destroem-patrimonio-historico-na-invasao-ao-supremo.ghtml

e 85, transformou-se em símbolo distópico do autoritarismo militar. Desde a redemocratização, entre esperanças e desilusões, reconstruiu-se como a sede da legitimidade política. Os movimentos de deslegitimação abrangente disparados a partir dos protestos de 2013, a manipulação congressual para o *impeachment* de 2016 e as manobras judiciais da Operação Lava Jato culminaram com a eleição para a Presidência da República de um ex-militar de baixa patente, acusado de tentativas de explodir bombas em quartéis[236], cultor de torturadores e ditadores[237], além de oriundo da banda mais fisiológica e corrupta da Câmara dos Deputados.

Com este currículo e por vezes invocando ser "liberal" ou "libertário", o Presidente promoveu a cumulação de todos os vícios da história política nacional, combinando-os às estratégias mais sórdidas do novo autoritarismo cibernético mundial: campanhas orquestradas de desinformação nas plataformas digitais[238] associaram-se a desfiles de tanques; as forças armadas e policiais foram corrompidas pelo fundamentalismo autoritário, corrosivo da impessoalidade burocrática, e a administração pública foi loteada e ocupada por militares incompetentes[239] e grupelhos especializados no discurso de ódio. O que havia de mais recente e de mais anacrônico no manual do populismo autoritário foi coroado por manifestações fascistas dominicais, recorrentes em Brasília e ao redor do país, com vocalização das demandas por um golpe de Estado (sob o eufemismo de "intervenção militar constitucional"), com violência verbal e simbólica contra o Supremo Tribunal Federal e com a campanha de descrédito de um dos sistemas eleitorais[240] mais íntegros e invulneráveis do planeta (ver LAUT, 2022). Após todos esses ensaios – além da noite de terror em Brasília em

236 https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/09/02/por-que-bolsonaro-foi-preso-e-por-que-ele-saiu-do-exercito.ghtml

237 https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/08/bolsonaro-chama-coronel-ustra-de-heroi-nacional.ghtml

238 https://www.jota.info/artigos/o-direito-e-as-fake-news-em-2021-um-balanco-29122021

239 https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2023/01/09/desbolsonarizacao-no-governo-lula-atinge-militares-em-cargos-politicos.htm

240 https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2023/01/10/em-tom-de-ameaca-bolsonaro-previa-ataque-golpista-a-brasilia-desde-2021.htm

dezembro, no dia da diplomação de seu sucessor eleito[241] –, o presidente saiu do país.

No primeiro domingo do ano, houve a posse pacífica do sucessor, que recebeu a faixa presidencial de uma catadora e, ao som de *O Trenzinho do Caipira*, subiu a rampa do Palácio do Planalto com uma das mais importantes lideranças indígenas, além de outros representantes do povo brasileiro, em sua pluralidade e vulnerabilidade. No domingo seguinte, o rastro de necessidade (33 milhões de famintos) e violência (discurso de ódio, armamento da população e de representantes políticos[242]) deixado pelo bolsonarismo rasgou todos seus véus e passou das palavras à ação, do mundo virtual à materialidade do real. No dia seguinte, a reunião de todas as esferas da Federação e de todos os Poderes da República, descendo a rampa do Palácio do Planalto rumo à visitação aos escombros do Supremo Tribunal Federal, cravou o início de um longo esforço de reinstitucionalização contra a anomia, de manutenção da Constituição de 1988 contra a escalada golpista e de reconstrução do Estado nacional brasileiro.

5. Inflação Judicial versus Inovação Institucional. *Judiciário é vocacionado a garantir direitos e instituições, mas não a reformá-los. 10/10/2023*

Nas últimas semanas temos assistido a disputas públicas entre os três Poderes pela prerrogativa de decidir pautas sensíveis, como drogas, aborto e imposto sindical[243]. Observamos, de um lado, a tentativa legislativa de reverter o julgamento do STF sobre a inconstitucionalidade do marco temporal para a demarcação de terras indígenas e, de outro, a disputa, dentro do Executivo, sobre o possível veto presidencial à lei[244], veto este que poderá ser derrubado no

241 https://www.poder360.com.br/brasilia/veja-fotos-e-videos-de-protestos-contra-prisao-de-indigena/

242 https://www.poder360.com.br/poder-justica/justica/gilmar-mendes-suspende-porte-de-arma-de-carla-zambelli/

243 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/09/senado-ve-interferencia-do-stf-e-avalia-retomar-temas-julgados-pelo-tribunal.shtml?utm_campaign=jota_info__direito_na_midia_-_19092023&utm_medium=email&utm_source=RD+Station

244 https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/10/09/lula-e-pressionado-a-nao-vetar-marco-temporal-e-tema-abre-divergencia-no-governo.ghtml

parlamento, sem que nada impeça potenciais novas ações judiciais sobre o tema. Finalmente, o Senado insinua tomar a dianteira nas propostas de reforma do desenho institucional e da dinâmica decisória do Supremo, limitando as decisões monocráticas[245], pondo em discussão a possibilidade de mandato para os ministros da corte[246] e até levantando o debate sobre alguma forma de revisão das decisões do STF pelo Congresso[247], em direção a um modelo de controle judicial de constitucionalidade mais "fraco". Da parte do Supremo, seu novo presidente repudia que reformas do tipo sejam encaminhadas legislativamente[248], mas também já admite, estrategicamente, retirar de pauta julgamentos sobre temas controversos como descriminalização do aborto[249].

A última década registra outros exemplos interessantes de teste dos limites de atribuição de cada Poder. É o caso de proposta de emenda constitucional sugerida por ministro do STF para mudar o sistema de governo em direção ao "semipresidencialismo"[250]. Igualmente, é ilustrativa a reação do Congresso ao STF por meio da emenda constitucional 96/2017, que incluiu o §7º no art. 225 da Constituição: "não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais". Tratou-se justamente de uma reversão legislativa ("*backlash*") do julgamento da ADIn 4.983 de 2016, quando o Tribunal considerou inconstitucional lei estadual que regulava a vaquejada[251].

245 https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/10/04/ccj-senado-projeto-decisoes-monocraticas-stf.htm

246 https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/10/05/apos-pecs-que-limitam-stf-pacheco-nega-afronta-a-judiciario.htm

247 https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/10/04/barroso-nao-ve-razao-para-mudanca-no-stf-mas-pondera-nenhum-tema-e-tabu.htm

248 https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/barroso-se-opoe-a-pec-do-senado-que-limita-decisoes-individuais-do-stf/

249 https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/10/barroso-diz-que-aborto-precisa-de-mais-debate-e-nao-sera-pautado-no-stf.shtml#:~:text=O%20presidente%20do%20STF%20(Supremo,que%20ser%C3%A1%20pautado%20ou%20n%C3%A3o.

250 https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/03/ministro-do-stf-envia-minuta-de-pec-de-semipresidencialismo-a-politicos-que-o-procuram-sobre-crise.shtml

251 https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/eunicio-oliveira/pec-da-vaquejada-e-promulgada-em-sessao-solene-do-congresso

Podemos analisar esses embates institucionais a partir de uma analogia entre a formação de preços na economia, a formação de consenso na política e a determinação da validade e do sentido das normas jurídicas. A inflação ocorre quando as transações, as decisões ou as interpretações presumem estar sustentadas por mais confiança do que realmente podem gerar; a deflação ocorre quanto as operações econômicas, políticas ou jurídicas se restringem e deixam de usar o apoio e a confiança disponíveis.

Assim, na economia a inflação desvaloriza a moeda e reduz o poder de compra: a demanda supera a oferta e os preços sobem. Na deflação, os preços caem e os mercados se retraem, pois se reduzem as transações: o consumo e o comércio ficam aquém da produção e da oferta. Na política, promessas demagógicas inflacionam e desvalorizam o poder; geram expectativas além do apoio social disponível para concretizá-las. Já governos conservadores subutilizam o poder do Estado e o apoio disponível para reformas; mantêm intocados as estruturas sociais e os privilégios incrustados.

Chegando ao que mais de perto nos interessa: quando juízes deixam de concretizar o sentido da constituição, em suas instituições fundamentais e naquelas normas que mais claramente se depreendem do texto constitucional, estão eles subutilizando a constitucionalidade, a validade, o apoio textual e normativo disponível para sua tomada de decisão. Deflacionam a Justiça.

Por outro lado, quando juízes avançam em interpretações polêmicas, com baixo amparo na programação predefinida pelas normas aplicáveis, caminham em direção a uma inflação jurisdicional, a qual desvaloriza socialmente o Poder Judiciário, corroendo a confiança na instituição. Mais problemática ainda é a situação em que o constrangimento dos procedimentos, papéis e programas decisórios típicos da jurisdição é driblado por expedientes como os abusos no exercício de poderes de agenda, pedidos de vista, decisões monocráticas e/ou liminares. Mais sistematicamente, a hiper-exposição individual de juízes pelos meios de comunicação os incentiva a observar mais o brilhante espelho da opinião pública do que o espectro mais restrito e minucioso da consistência jurídica e dos direitos e deveres constitucionalizados – haja vista a estratégia

midiática de combate à corrupção orquestrada pela Operação Lava Jato (Amato, 2020).

A questão é que a inflação das expectativas e esperanças se depara ciclicamente com a deflação, na forma de desilusão e deslegitimação. O excesso de demanda diante da oferta é "enxugado" pela diminuição de crédito, com aumento dos juros. O excesso de promessas de reformas, para além do apoio social e político disponível, gera perda de credibilidade do governo e pode alimentar reações na forma de derrotas eleitorais ou mesmo de golpes que alijam do poder as forças transformadoras. Após duas décadas de magnificação da exposição individual e institucional do STF à opinião pública – a partir de julgamentos criminais (como o mensalão) e ações de controle abstrato de constitucionalidade –, os ataques e as defesas legislativas e judiciais que se têm registrado procuram rebalancear o jogo mútuo entre os Poderes.

É uma característica institucional do Poder Judiciário a inafastabilidade da jurisdição. Porém, muitos temas que chegam aos juízes, e especialmente aos tribunais supremos e constitucionais, não contam ainda com um prévio processamento político do dissenso e do debate, que serve tanto para expandir o campo de soluções possíveis para os problemas quanto para corrigir vieses unilaterais e estabelecer pontos de consenso, inclusive angariando o suporte da opinião pública. Pode não se chegar à melhor resposta, mas se crava uma solução institucionalizada – capaz de contar com apoio geral presumido, ainda que o direito positivo seja contingente e reversível. Se a solução, ainda que não a melhor, for uma das alternativas defensáveis segundo a moldura e a textura constitucional, deve ser incorporada ao direito.

Quando o Judiciário mesmo é instado a lidar com temas que exigem reforma e inovação jurídica, o próprio constrangimento dos papéis e procedimentos judiciais não habilita aquele Poder a produzir soluções boas e legitimadas. Juízes podem até construir argumentos mais racionais e detalhados, entretanto não dispõem da ampla burocracia especializada e da legitimação representativa com que contam os Poderes eleitos.

Será que, como defende um ministro do STF[252], a melhor solução para a responsabilização das plataformas digitais pela disseminação de *fake news* é equipará-las a empresas de mídia e publicidade, que produzem o conteúdo que veiculam? Será que a solução para a precarização do trabalho por aplicativos é equipará-lo à relação de emprego celetista, como entendeu o TRF-2 em relação aos motoristas da Uber[253]?

A consequência previsível do reformismo judicial é o contra-ataque dos Poderes eleitos e da opinião pública em direção ao esvaziamento até dos papéis mais cruciais que o Judiciário efetivamente cumpre na defesa e garantia do Estado democrático de direito e dos direitos fundamentais. O maximalismo judicial de curto prazo – com suas pretensões de vanguarda reformista – pode comprometer o papel mais minimalista, mas crucial e duradouro, de arbitragem judicial dos conflitos políticos e sociais pela garantia do sentido básico e consensual do texto, dos direitos e das instituições constitucionais.

É preciso estarmos atentos aos limites da jurisdição em termos das reformas que é capaz de oferecer e estabilizar. Para tanto, evitemos maniqueísmos em que a jurisdição seja idealizada como neutra e progressista, blindada a interesses corporativos parciais e vocacionada ao bem comum, enquanto que a legislação, o governo e a administração sejam necessariamente desprezados em sua representatividade democrática e capacidade técnica de solução de problemas. Está o Judiciário livre dos grupos de interesse? Em uma decisão judicial colegiada, vale no fim das contas o placar (assim como no Legislativo) ou a soma dos fundamentos de cada voto judicial produz uma motivação coerente, com *rationes decidendi* atribuíveis à corte como um todo e capazes de consolidar jurisprudência e precedentes?

Quais são as expectativas procedimentais e argumentativas associadas a cada arena decisória do direito? Quais as vantagens comparativas de cada uma, quais as potencialidades e quais os riscos associados a transgressões e

252 https://www.jota.info/stf/do-supremo/redes-foram-instrumentalizadas-por-omissao-conivente-no-8-de-janeiro-diz-moraes-31032023

253 https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2023/09/14/uber-e-condenada-a-pagar-r-1bi-e-contratar-todos-os-motoristas-por-justica.htm

hibridismos (por exemplo, à aproximação da jurisdição, especialmente no controle de constitucionalidade, a um papel legiferante)?

Em lugar da avaliação predefinida com respeito à consideração ou ao desprezo por uma ou outra arena decisória, é tarefa da pesquisa ponderar os riscos, as oportunidades e os limites da afirmação de direitos por meio da interpretação judicial do direito posto. Cabe discernir, de um lado, mudanças (ou conservações) possíveis pela interpretação judicial (contramajoritária, se preciso) dentro da moldura institucional estabelecida e, de outro, potencialidades técnica e democraticamente legitimadas de reforma e inovação dessas molduras institucionais.

Referências

AMATO, Lucas Fucci. A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos, trajetórias e alternativas institucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 219, p. 183-208, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p183.pdf . Acesso em 22 jul. 2024.

AMATO, Lucas Fucci. Victor Nunes Leal e a sociologia do constitucionalismo brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-26, 2019. Disponível em: https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/12956/10397 . Acesso em 22 jul. 2024.

AMATO, Lucas Fucci. Crônica sociológica de um direito precário: corrupção, constituição e instituições. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, p. 1-12, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6ztd4ZxFHNQw8qpd8WxjrtM/?format=pdf&lang=pt . Acesso em 22 jul. 2024.

AMATO, Lucas Fucci. **O direito da sociedade digital:** tecnologia, inovação jurídica e aprendizagem regulatória. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em:

https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1314 . Acesso em 22 jul. 2024.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; AMATO, Lucas Fucci. Regulación de la desinformación digital: un estudio socio-jurídico sobre las *fake news* y salud en el caso brasileño. **Oñati Socio-Legal Series**, v. 14, n. 3, 2024. Disponível em: https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/download/1804/2242/12337 . Acesso em 23 jul. 2024.

BENDER, Marcelo; SILVA, Ronaldo. Odorico Paraguassú e Jair Bolsonaro: padrão discursivo e sujeição dos corpos durante as emergências de saúde. **Anamorphosis, Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 10, n. 2, p. 1-22, 2024. Disponível em: https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/1072/1304 . Acesso em 22 jul. 2024.

FARIA, José Eduardo. **Degradação Democrática:** o Brasil em risco. Londrina: Engenho das Letras, 2022.

FREYRE, Gilberto. **Novo mundo nos trópicos.** 3 ed. São Paulo: Global, 2011 [1971].

FRIEDRICH, Carl Joachim. Law and History, **Vanderbilt Law Review**, v. 14, n. 4, p. 1027-1048, 1961.

FULLER, Lon L. **The morality of law.** 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].

LAUT – Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo. **O Caminho da Autocracia.** São Paulo: LAUT, 2022. Disponível em: https://laut.org.br/wp-content/uploads/2022/08/autocratas-completo-v4.pdf . Acesso em 22 jul. 2024.

LEPSIUS, Mario Rainer. **Max Weber and Institutional Theory.** Bern: Springer, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society II.** Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].

NEGRETTO, Gabriel. Government Capacities and Policy Making by Decree in Latin America: The Cases of Brazil and Argentina. **Comparative Political Studies**, vol. 37, n. 5, 2004. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0010414004263663 Acesso em 9 abr. 2020.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito publico brazileiro e analyse da Constituição do Imperio.** Rio de Janeiro: Rio de Janeiro : Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

RÉ, Flávia Maria. **Ideias em ação:** liberalismo e reforma no pensamento político de Rui Barbosa. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 134, p. 109-131, 2022.

SABA, Diana; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; PONCE, Paula Pedigoni. **Fake news e eleições:** estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. Disponível em: https://www.editorafi.org/203fakenews . Acesso em 13 abr. 2024.

SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. Tradução de Peter Naumann. *In:* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 [1934].

SILVA, Márcia Pereira da. História e culturas políticas: as concepções jurídicas evocadas pelos governos militares enquanto instrumento de obtenção de legitimidade. **História**, Franca, vo. 28, n. 2, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742009000200002 Acesso em 9 abr. 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via:** presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira Unger **O Movimento de Estudos Críticos do Direito:** outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 [2015].

13. Retrocesso democrático no governo Bolsonaro (2019-2022): Tensões e disrupturas entre burocracia e ala política dentro do Ministério do Meio Ambiente

Nicolas Bortolatto Garcia Costa[254]

Introdução

No século XX, até o final da Guerra Fria houve um surgimento de ditaduras no mundo inteiro, tendo como exemplo Brasil, Argentina, Chile no Pós Segunda Guerra Mundial, e Alemanha, Itália e Portugal no entre guerras. No entanto, após a década de 80, com o final da Guerra Fria e a derrubada do Muro de Berlin, houve um incentivo para que os países virassem democráticos. Inclusive Samuel Huntington alega que dentre o período de 1974 até 1990 houve um crescimento das democracias ao longo do globo[255] (HUNTINGTON, 1991). Entretanto, curiosamente, houve um crescimento de governos autoritários, tanto de esquerda, e de populismos (HAAGARD; KAUFMAN, 2021, p.1). Tal estratégia foi e está sendo adotada, principalmente, por líderes populistas autocratas, que estão entre uma ditadura/regime autoritário competitivo, de

[254] Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Filosofia pela PUC/SP e em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

[255] Este ensaio adotará um conceito procedimentalista mínimo, no entanto, mais abrangente do que o de Huntington. Huntington argumenta que a democracia é composta por eleições periódicas e sufrágio universal, com alguns esparços direitos básicos, como liberdade de expressão, imprensa e reunião, que estão associados meramente ao cumprimento das eleições (HUNTINGTON, 1991, p.5-7). Nesta perspectiva, há países como Venezuela que podem ser enquadrados como democráticos apenas pelos itens eleições periódicas e sufrágio universal, apesar de não haver proporcionalmente direitos básicos plenos. Isto é problemático, e por isto se oferecerá uma concepção procedimentalista um pouco mais abrangente, apesar desta não envolver, outrossim, elementos de um conceito mais material de democracia, como é o caso da participação popular. Tal movimento se adota para poder analisar minimamente a democracia brasileira, e mesmo com esta régua procedimentalista mínima, se mostrará que houve um retrocesso democrático.

uma democracia constitucional plena[256]. Alguns, como Hugo Chavéz na Venezuela, conseguiu virar de um líder populista autoritário para um ditador, eliminando quaisquer espécies que uma provável oposição o vença (Nicolás Maduro sucedeu o legado de Chavéz). Há diversas hipóteses para que os golpes de estado se tornaram menos frequentes, e a ascensão de líderes populistas algo mais frequente. Entre algumas razões estão: (i) o temor de sanções econômicas mais severas dos países do ocidente como Estados Unidos e União Européia; (ii) uma tentativa do líder autocrata de escamotear suas intenções de ganhar poder para eliminar a oposição e se firmar como líder autoritário sem chance da sociedade e oposição o remove-lo. Tal movimento tem sido feito de maneira lenta e mostrando que, há uma compatibilidade entre autoritarismo e capitalismo, ao contrário do que se pensava anteriormente de não ser possível essa aliança[257]. As estratégias são várias, desde a cooptação da máquina pública, eliminação/silenciamento da oposição, estratégias de veto em áreas econômicas, entre outras, em mais variados graus. Por isto, que na literatura de ciência política, há uma diferença entre erosão democrática e uma democracia colapsar totalmente, virando um regime autoritário competitivo ou uma ditadura (GINSBURG, HUQ, 2018, p.43 e ss).

Se há países como Turquia ou Venezuela, que é quase consenso que sofreram uma escalada autoritária até virar regimes autoritários competitivos[258], há um caminho até este objetivo se concretizar, e nisto, há os regimes populistas

[256] Se adota a tese de Nadia Urbinati (2019), que um governo populista é aquele que esgarça a democracia até suas últimas consequências, mas falta algo a mais para ele se tornar um regime autoritário competitivo, que mantém eleições periódicas e sufrágio universal, mas não há chance nenhuma de haver uma oposição que consiga derrotá-lo, além de não haver o mínimo de direitos básicos.

[257] Contrariando autores como Francis Fukuyama, que defendiam que após o muro de Berlin, a aliança entre democracia e capitalismo será hegemônica. Esta tese é afirmada em FUKUYAMA, 1992. Há, por exemplo, a seguinte afirmação neste livro: "Dos diferentes tipos de regimes surgidos no curso da história da humanidade, desde monarquias e aristocracias até as teocracias religiosas e as ditaduras fascistas e comunistas deste século, a única forma de governo que sobreviveu intacta até o fim do século XX foi a democracia liberal." (FUKUYAMA, 1992, p. 80).

[258] Considera-se índices globais de auferição de democracia no mundo, como o Freedom House, que classificou Turquia e Venezuela como "not free". Ver: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>.

e suas tentativas de *democracy backsliding*[259]. Pode-se dizer que o Brasil é um exemplo disto, principalmente durante o governo Jair Bolsonaro (2019-2022). Entre diversas áreas que foram afetadas, uma que pode se destacar é o meio ambiente, que durante o governo Bolsonaro: (i) passou por um aumento do desmatamento; (ii) assédio moral e institucional dos servidores do Ministério do Meio Ambiente (MMA); (iii) um incentivo por parte do governo Bolsonaro em afrouxar a fiscalização (em parte por um populismo autoritário por parte de Bolsonaro, mas também por parte da infecção da ideologia neoliberal no Estado brasileiro, encabeçada por um de seus principais ministros, Paulo Guedes); (iv) um esvaziamento das competências institucionais do MMA; (v) militarização do órgão; (vi) diminuição da participação popular no monitoramento das políticas públicas do MMA[260].

Diante de tais políticas o uso e relação da burocracia com o poder político entram em choque, uma vez que o governo Bolsonaro queria desmantelar o que está insculpido como política de Estado na Constituição Federal[261]. Diante

[259] "By backsliding we mean the incremental erosion of democratic institutions, rules and norms that results from the actions of duly elected governments, typically driven by an autocratic leader. While backsliding may stop short of outright authoritarian rule, a number of cases did in fact revert. Democracy was consuming itself." (HAAGARD; KAUFMAN, 2021, p.1).

[260] Ver por exemplo, GROSSI; MEDEIROS, 2022, p.764-789; GUESSEN, 2021; ASCEMA, 2020. Tais exemplos
serão retomados adiante para analisar as políticas adotadas no MMA durante a gestão Bolsonaro. Conforme ASCEMA, 2020, p.4, relata o cenário político e socioambiental brasileiro de 2020, onde se "demonstra o resultado do desmonte realizado pelo Governo Bolsonaro, os ataques constantes contra os órgãos e entidades socioambientais, além dos discursos contra a atuação dos servidores e as normas ambientais. Desde 2019, com o início do atual governo, tem havido um aumento em número e extensão dos incêndios florestais, expansão do desmatamento da Amazônia; vazamento de óleo atingiu diversos pontos da costa brasileira sem que o governo se mostrasse capaz de dar uma resposta rápida e competente que possibilitasse descobrir os responsáveis por sua origem; as tentativas de incriminar e intimidar indígenas, ambientalistas e organizações não-governamentais, além de intimidação e cerceamento da ação dos servidores da área ambiental, resultando em um real e deliberado desmonte das instituições públicas de meio ambiente".

[261] Principalmente expostas na Constituição Federal, em: "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. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua

disto, há um conflito. Este é caracterizado como um líder populista tentando utilizar a máquina pública a favor de seus interesses, ao mesmo tempo que esta máquina e a burocracia que se incumbe de realizar as funções de Estado, sofrem uma retaliação por procurarem cumprir estas mesmas funções de Estado. Assim, surge algo contraditório, que é uma chamada ordem manifestadamente ilegal, onde os políticos (governo Bolsonaro, ex-ministro Ricardo Salles) tentam utilizar-se da máquina pública ao mesmo tempo que procuram desmantelá-la, indo contra a ordem democrática estabelecida. Como isto é estabelecido no caso concreto do meio ambiente? Desta maneira, procura-se, ao longo do ensaio, analisar o *backsliding* que o governo Bolsonaro realizou no MMA, e o conflito entre a burocracia deste órgão (incumbida de realizar o que a lei pede) e a chefia do órgão (que procura utilizar o MMA ou desmantelá-lo, para interesses populistas autoritários).

Para tal percurso, se explorará 3 casos concretos que ensejam maior análise: o esvaziamento e militarização do órgão, o assédio institucional à servidores que cumprem o que está colocado na instituição, e a diminuição de participação popular. Estes três episódios, de maneira interrelacionada, remontam e contribuem para um *democracy backsliding* no governo Bolsonaro, já que: (i) fere-se o *rule of law* necessário para uma democracia constitucional; (ii) tensiona-se com o que seria esperado de uma burocracia, apagando-se a memória de preservação do órgão, que é essencial para seu funcionamento democrático (tal elemento é combinado com questões econômicas neoliberais); (iii) cerceamento de participação da sociedade civil.

proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [...] § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Porém, antes de entrar nos casos concretos, será necessário caracterizar qual conceito de democracia se adota neste ensaio, além de como qual abordagem de burocracia se adota.

Em primeiro lugar, entende-se democracia como Ginsburg e Huq proporam, que consiste em (2018, p.9; p.14):

> We identify three such 'floor' requirements for a working democracy. These start with free and fair elections to be sure, but extend to the liberal rights of speech and association that are necessary for the democratic process; and the stability, predictability, and publicity of a legal regime usually captured in the term *rule of law*—a quality of special importance when it comes to the machinery of elections. […] In this vein, we can think of *democracy* as denoting a system-level effect that emerges when all three institutional predicates are operating tolerably well.

Ou seja, o modelo de democracia que se adota no ensaio é procedimental, onde há três requisitos, eleições periódicas com sufrágio universal, direitos básicos para o funcionamento da democracia e o chamado *rule of law*, que será explicitado sucintamente adiante ao dizer como que o governo Bolsonaro fere este valor jurídico ao desmantelar o MMA, utilizando-se de exemplos os três casos concretos.

Em segundo lugar, o conceito de burocracia utilizado será o weberiano clássico, que se entende como:

> Max Weber examined the concept of bureaucracy as a domination system based on legal and instrumental rationality, in which the means are organized for the ends (Weber 1978). This system of domination, which gained predominance in the modern world, permeates social relations, systems of authority, and public and private organizations. Moreover, it has an advantage over all other systems of domination because of its specialization, certainty, continuity, and unity (Rockman 2019). The rise of bureaucracy is also an essential condition for the existence of democracies (du Gay 2020), as a democratic regime presupposes the existence and maintenance of laws, impersonality in their application, and separation between the ruler and the ruled (Weber 1978).

Assim, o funcionário público como um agente que obedece um direito formal, racional, abstrato, previsível e calculável, oposto à um direito de caráter

mais material, que examina os casos mais de maneira concreta, com uma maior margem de discricionariedade fora do direito, e portanto, mais suscetível à influências externas (ARGUELLO, 1997, p.172; p. 147-152). Adota-se este conceito uma vez que é possível explicar o conflito entre o agente de Estado do MMA, que tem certas funções estabelecidas em lei, com o agente político do governo Bolsonaro, que por meio de seu poder realiza diversas práticas que vão contra o que se esperava, racionalmente, cumprir juridicamente. É posto que para Weber, aquilo que é irracional é arbitrário, submetido à caprichos pessoais e baseado em valores afetivos, e isto ajuda a explicar em parte o processo de desmantelamento das políticas do MMA, principalmente porque com estas medidas, o governo poderia se beneficiar com o *backsliding* para se manter no poder (isto a custa de interesses gerais de políticas públicas, da Constituição e da sociedade em querer preservar o meio ambiente)[262]. Além disso, em conjunto com este fator, pode-se ver uma tensão com o setor econômico, que será explorada mais a frente.

Desta maneira, parte-se para os casos concretos, que são três: a militarização e esvaziamento do MMA; o assédio institucional feito pelo poder político em relação ao MMA; e a diminuição de participação popular.

1. Casos concretos de *backsliding* no Governo Bolsonaro

1.1. Esvaziamento e militarização do MMA

Apesar da militarização do MMA não ser um fenômeno exclusivo deste ministério, é importante salientar que tal fenômeno contribuiu para o cerceamento dos servidores e desmonte institucional. É preciso salientar que o apontado para o cargo, Ricardo Salles, é ex- diretor jurídico da Sociedade Rural Brasileira (SBR), e ex-secretário do Meio Ambiente de São Paulo condenado por improbidade administrativa por fraudar o plano de manejo da área de proteção

[262] É claro que há críticas a essa abordagem de burocracia weberiana clássica, como o *New public management* e o *Critical management studies*, sendo que aquela alega que esta burocracia é ineficiente e é preciso enxertar princípios do mercado, a enxugando e tornando mais eficiente segundo padrões mercadológicos, e esta alega que os burocratas são apenas são reprodutores de desigualdades sociais uma vez que seu pensamento é moldado pelo *status quo* (BARROS; DINIZ; LOTTA, 2023, p.161; p.165). Entretanto, a abordagem weberiana como ferramenta teórica consegue explicar alguns pressupostos do *backsliding*.

ambiental da várzea do Tietê (ASCEMA, 2020, p.6). Salles é detentor de um passado obscuro com setores ruralistas, sendo que as principais contribuições para sua eleição como deputado federal em 2022 foram advindas deste setor, principalmente de pessoas físicas ligadas a SBR. Tal passado criminoso chamou a atenção de Jair Bolsonaro, que o convidou para assumir a pasta do MMA, uma vez que Bolsonaro é adepto de uma agenda ambiental ultrapassada, com uma lógica extrativista pura que remonta a feições coloniais[263]. Já na reforma ministerial, em 01/01/2019 (MPV 870/2019), o MMA começa a ser desmontado, perdendo sua capacidade de formular algumas políticas públicas fundamentais para o funcionamento da pasta. A secretaria de Mudanças do Clima e Florestas é extinta, o Serviço Florestal Brasileiro e o Cadastro Ambiental Rural vão parar o Ministério de Agricultura, Abastecimento e Pecuária (MAPA), a Agência Nacional de Águas (ANA) vai para o Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR) e a competência de demarcação de terras indígena também vai para o MAPA (ASCEMA, 2020, p.7). Logo após, em 28/02/2019, são exonerados 21 dos 27 superintendentes regionais do Ibama, sendo que após isto, diversas superintendências ficam sem a efetivação de novos superintendentes e muitos indicados foram Políciais Militares sem o devido preparo para questões de meio ambiente (ASCEMA, 2020, p.9).

É ressaltado que "A Funai, mostra o levantamento, é o órgão mais aparelhado pelos fardados. São 33 prepostos militares, contra 25 no Ibama e 23 no ICMBio. A sinecura contempla até PMs da Rota paulista, conhecida por sua violência no patrulhamento das ruas e não por pendores ambientalistas" (GUESSEN, 2021).

Dentro do MMA, ressalta-se que no Gabinete do Ministro (GM) foram ocupados por coronéis da reserva do Exército, inclusive o Chefe de Gabinete, desde 2019 até maio de 2021, e o acessor especial. A unidade administrativa (Secretaria de Planejamento, Orçamento e Administração, SPOA) vinculada à

[263] O curioso é que uma das primeiras coisas a serem feitas dentro do MMA durante a governo Bolsonaro foi perseguir e exonerar José Morelli, que aplicou uma multa (de R$10.000,00) ao então deputado Bolsonaro por ele pescar ilegalmente na estação ecológica de Tamoios (RJ) (ASCEMA, 2020, p. 9).

Secretaria-Executiva (SECEX) foi assumida por um coronel da reserva, e seu substituto era outro coronel. Já a própria SECEX, em agosto de 2019, foi assumida por um coronel da reserva da PMESP. O titular da Secretaria da Biodiversidade (SBio) entre maio de 2019 e setembro de 2020 era um brigadeiro médico da Aeronáutica, e a sua Chefe de Gabinete era oficial também da aeronáutica. Após saírem da SBio, se tornaram diretores de uma organização que gerencia programas ambientais e programas de reflorestamento, por meio de parcerias com proprietários (GROSSI; MEDEIROS, 2022, p.768). Isto sem falar no ICMBio, onde em 24/04/2019, que devido à crise interna, por vários atos de assédio institucional perpetrados por Salles, 3 diretores pedem demissão e o quarto, ao saber que seria exonerado por Salles pelo Twitter, também pede sua demissão. Eles são substituídos por 4 PMESP (ASCEMA, 2020, p.13). E em 2020, quando o governo instala o Conselho da Amazônia, em abril de 2020, há 19 militares e 4 delegados da PF, e nenhum representante do Ibama, ICMBio ou Funai (ASCEMA, 2020, p.25).

Além disso, há o esvaziamento do MMA em geral, com números alarmantes: "Enquanto sobram militares, faltam técnicos e especialistas. O ICMBio tem 1,5 mil vagas abertas e sem previsão de concurso público. No Ibama, o déficit passa de 2,5 mil postos, o que confirma o sucateamento da fiscalização." (GUESSEN, 2021). Em novembro de 2019, o MMA perdeu 17% dos seus analistas, que passaram de 476 em 2018 para 395 (ASCEMA, 2020, p.22). Pode-se destacar dois casos, onde Salles exonerou pessoalmente servidores. Em 10/04/2020, o ex-ministro exonerou o Coordenador-Geral para o monitoramento do uso da biodiversidade e comércio exterior do Ibama, André Sócrates de Almeida Teixeira. Essa exoneração, segundo algumas fontes, foi uma retaliação ao servidor por ele ser contrário à exclusão de regras que impediam a exportação de madeira ilegal. Outro caso foi a exoneração do Diretor de Proteção Ambiental do Ibama, Olivaldi Azevedo, em 14/04/2020. Esta exoneração ocorre após uma rede de televisão veicular uma reportagem sobre uma operação de fiscalização em terras indígenas no sul do Pará, com foco em garimpo ilegal e transmissão de Covid-19 (ASCEMA, 2020, p.25). Há um terceiro caso, onde a exoneração foi feita

pelo governo federal. Após outra operação contra o garimpo e madeireiros ilegais, o governo federal exonera dois chefes de fiscalização (Renê Luiz de Oliveira, coordenador-geral de fiscalização ambiental; Hugo Ferreira Loss, coordenador de operações de fiscalização) que estavam no Ibama durante 4 mandatos presidenciais diferentes (ASCEMA, 2020, p.26).

A rotatividade de vários órgãos é alarmante, sendo que são colocadas pessoas sem *expertise* nenhum na área ambiental. Apenas observar o departamento de Coordenação de Inteligência Ambiental do Ibama, onde após a servidora com *expertise* ambiental, que ocupava o cargo de coordenadora desde 2015, assume uma outra servidora, que fica de 16/07/2019 até 01/07/2020, e apenas em 21/08/2020 é nomeado André Heleno Azevedo Silveira (agente da ABIN, sem *expertise*), que é afastado do cargo em 19/05/2021 por consequência da operação Akuanduba da PF, e é exonerado em 22/08/2021, sendo que o cargo fica vago até a reportagem, 21/12/2022. O mesmo acontece com a Coordenação de Controle e Logística da Fiscalização (CONOF), onde Mara Regina Maia, ex-sargento temporária do Exército, sem *expertise*, assume como coordenado e em 08/12/2021 deixa o cargo, que permanece vago em 22/08/2022 (PEREIRA, 2022).

Com isto, junto com a militarização e esvaziamento do órgão, a outra tática para minar as políticas do MMA é praticar assédio institucional, sendo que o governo (Bolsonaro, Salles e Guedes, principalmente), adotam uma postura outrossim contrária aos servidores de forma geral.

1.2. Assédio institucional

O assédio institucional é caracterizado como uma relação abusiva entre a ala política do governo (que detém os cargos de chefia), e os burocratas, que é a ala de política de Estado. A tensão ocorre quando a ala política de governo busca que a ala de Estado esteja alinhada aos seus interesses, que são contrários à Constituição, ou em outras palavras "a Constituição é usada contra a Constituição" (SILVA; LUNELLI, 2022, p. 745). Basicamente, com este tipo de processo de assédio, há a perda da memória institucional (que é construída por meio da profissionalização da burocracia e institucionalização de políticas

públicas) e o afastamento dos valores constitucionalizados, redirecionando os objetivos e a atuação das instituições para estrangulá-las até uma paralisia completa, indo contra os direitos pré-estabelecidos (SILVA; LUNELLI, 2022, p.745). Alega-se que o assédio institucional é uma gestão organizacional da própria instituição, que é cooptada por interesses dos diretores ou políticos, tendo uma política de gestão desumana, focada em atingir objetivos (políticos e econômicos) (CALVO, 2017, p.13). Desta maneira, o que ocorre é um esvaziamento da pasta, a adaptação aos interesses autoritários do líder autocrata populista que está no poder. Bolsonaro e Salles são adeptos de uma política ultrapassada de desenvolvimento a custo do desmatamento, e além disso, de uma mentalidade extrativista (com características que remontam ao colonialismo) onde se é preciso retirar o máximo de recursos que o meio ambiente oferece, e os vender. Este tipo de política também oferece um benefício à ruralistas que também se ganham com o desmonte da fiscalização, além de criminosos que assassinam indígenas e procuram extrair todas as riquezas de fauna e flora do local[264]. Desta maneira, se percebe que o assédio institucional é vinculado à um tipo de política específica, além de servir aos interesses do governo e do agronegócio nacional e internacional.

Neste sentido, a prática de assédio institucional abrange diversas táticas de desmonte do órgão. Tal prática é reverberada pelo então Ministro Ricardo Salles, que tem uma posição extremamente negativa e contrária aos servidores de carreira do MMA. Já antes de Salles alegar querer "passar a boiada", afirmou a respeito do corpo técnico do órgão em uma rede social que "bicho grilo chuchu beleza já tá provado que não funciona" (postagem de 30 de março de 2019), procurando fortalecer o órgão ambiental "com gente séria e competente". Após este ato, Salles foi denunciado pela Asibama/DF[265], em 7 de junho de 2019, à Comissão de Ética Pública (órgão central do Sistema de Gestão da Ética do Poder

[264] Conforme relata o Observatório do Clima (2023), o que houve no governo Bolsonaro foi um aumento de assassinatos de indígenas, um aumento no desmatamento e uma diminuição da aplicação de multas, além do estrangulamento financeiro da pasta, com um orçamento menor do que o de 2002.

[265] Associação dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e do Plano Nacional de Cargos do MMA e do Ibama – PECMA, no DF.

Executivo Federal) (GROSSI; MEDEIROS, 2022, p.769-770). Esse desprezo aos servidores também é observado em um evento que Salles realizou com alguns ruralistas, reunindo-se no Parque Nacional da Lagoa do Peixe (RS) (em 13/04/2019), onde além de não convocar nenhum servidor do parque, os ameaçou (com aplausos da platéia) com a possível abertura a tais servidores de PAD. Este episódio resultou no pedido de demissão do presidente do ICMBio, sucedido de todos os diretores do órgão (ASCEMA, 2020, p. 9). Tal prática era algo constante dentro do órgão, sendo que foram colacionados alguns episódios onde Salles e seus encarregados procuraram minar a autonomia dos servidores e eliminar qualquer chance do órgão funcionar regularmente[266]. Também quem desvalorizou constantemente os servidores públicos é a figura de Paulo Guedes. Em discurso proferido na reunião ministerial de 22 de abril de 2020, qualificou os servidores públicos como inimigos e se vangloriou que seus salários ficarão 2 anos sem aumento (ASCEMA, 2020, p. 27).

Um dos primeiros atos de assédio é Ricardo Salles, em 13/03/2019, estabelecer a chamada "lei da mordaça", onde entrevistas e pedidos de informações necessitam ser encaminhados à assessoria de comunicação do MMA ao invés de poder ser solicitado à um servidor (ASCEMA, 2020, p.9). Tal prática retirou a possibilidade dos servidores proferirem críticas à ala política e comissionada encabeçada por Salles. Normalmente, a resposta dada à imprensa, passou a ser frequentemente "procurado, o MMA não se manifestou" (p.27). Essa prática é atestada pela maioria dos servidores, um ano após a instituição da "lei da mordaça" (23/06/2020). Funcionários relatam que desde que Salles assumiu

[266] Não apenas no MMA, mas por exemplo, na FUNAI, órgão que também detem competência de fiscalização em terras que poderiam potencialmente ser desmatadas (indígenas e quilombolas), a ameaça a servidores era constante. A ameaça de PAD ali é política constante do órgão, sendo que servidores em entrevista anônima contaram que: (a) a corregedoria estava ocupada por delegada da PF que abria PAD contra quem deixou os PAD's prescreverem; (b) perseguição constante por quem tenta realizar o seu trabalho; (c) dois funcionários que recém ingressaram no órgão por concurso, trabalhavam na parte de demarcação, fizeram manifestações técnicas em processos e foram afastados do setor em que estavam (estavam apenas cumprindo o que tinham que fazer);(d) funcionários que foram removidos ou pediram remoção pela sensação de inoperância ou perseguição chegou num ponto em que não estavam mais aguentando, por amea ça constante feita pela instauração de PAD". (SILVA; LUNELLI, 2022, p.757-58). Tais práticas atestam que tais medidas eram uma política de desmonte institucional, não apenas no MMA, mas em todo setor do meio ambiente.

o ministério esta prática está em vigor, vivendo em um clima de perseguição e ameaças, veladas ou não (ASCEMA, 2020, p.29).

Há atos que tentam paralisar a função de fiscalização do órgão. Assim, uma das estratégias de paralização das atitidades do órgão, está impedir que seja feita a queimada de equipamentos utilizados pelo garimpo, contrariando o Decreto 6.514/2006. Em primeiro lugar, em 09/09/2019, o novo superintendente regional do Ibama no Pará (coronel da Política Militar) comunicou que o Ibama parará de queimar equipamentos ilegais do garimpo e do desmatamento (ASCEMA, 2020, p.18). E um mês após isto, em 10/09/2019, a Diretoria do ICMBio (já reformulada após o incidente que ocorreu no Parque Nacional da Lagoa do Peixe) retira a autonomia e discricionariedade dos agentes de fiscalização em campo, estabelecendo um Memorando Circular que estabelece que apenas com autorização prévia de autoridades superiores, seria possível destruir/inutilizar equipamentos apreendidos em infrações ambientais (ASCEMA, 2020, p. 18).

Além de não poder realizar suas funções, Salles, o ex-ministro da pasta queria barrar ações de combate à crimes ambientais, perseguindo servidores e realizando operações que realizavam suas funções legais. "Ao menos duas operações foram obstruídas ou paralisadas pessoalmente pelo ministro, na área em que seriam realizadas. Uma envolvia o garimpo ilegal na paraense Jacareacanga, outra foi abortada por uma canetada que desfez a maior apreensão de madeira ilegal da história do País" (GUESSEN, 2021). Outro caso emblemático é o de se reunir com criminosos e suspender fiscalização na Reserva Extrativista Chico Mendes. Inclusive, Salles se reuniu com um criminoso que ameaçou de morte um servidor para discutir o futuro da reserva extrativista e reclamar de suposta truculência de agentes do ICMBio. Ressalta-se que apenas em 2019 o desmatamento nesta unidade aumentou 203% (ASCEMA, 2020, p.23). Além disso, há um caso emblemático onde após servidores do Ibama cumprirem a sua função institucional retirando criminosos de terra indígena no Pará, a diretoria do órgão solicitou abertura de investigação contra estes (as operações ocorreram entre abril e maio de 2020 e a investigação foi solicitada 28/07/2020). A ASCEMA

Nacional foi a defesa dos servidores, classificando a ação do diretor do Ibama como retaliação (ASCEMA, 2020, p.33).

Além de atos de paralisação de atividades e ameaças constantes, os servidores quando tentam fazer algo contra as ilegalidades perpetradas por Salles e seus capachos, há também consequências. Relata-se duas. A primeira é a destituição de Marcelo Grossi (servidor do MMA) do cargo de secretário da Comissão de Ética do MMA, pois este enviou denúncia contra Salles à CGU, à Comissão de Ética da Presidência, ao TCU, por Salles ter esvaziado a Comissão de Ética do Ministério (ASCEMA, 2020, p.32). Já o outro caso foi contra o servidor Hugo Ferreira, que após assinar e enviar uma nota técnica ao TCU que expõe a ineficiência do novo modelo sancionador ambiental, este foi ameaçado pelo acessor do ministro Salles, Leopoldo Penteado Butkewicz. Ele realizou uma denúncia que foi encaminhada à Corregedoria e Comissão de Ética do Ibama, pedindo também providências contra o Superintendente de Apurações de Infrações Ambientais (Siam), Wagner Tadeu Matiota. O caso que ocorreu foi o seguinte: após Hugo realizar um trabalho que Wagner pediu para este fazer pois perdeu o prazo, Leopoldo apareceu na sala de Hugo, confiscando o computador pois antes de devolver à Hugo o equipamento precisaria passar por uma inspeção. Tal fato foi corroborado pelo Wagner, que esteve do lado de Leopoldo. O acessor de Salles ameaçou o servidor com possível PAD pela conduta deste realizar seu trabalho e até pediu para este ir para casa (BRAGANÇA, 2021a). Após relatar alguns atos de assédio institucional, se discorrerá sobre a eliminação de participação popular no MMA.

1.3. Eliminação de participação popular no MMA

O governo de Bolsonaro, em 11 de abril de 2019, publica o Decreto 9759/2019, em que ementa diz: "extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da adminstração pública federal". Com este Decreto 9579/2019, são extintos o Fórum Brasileiro de Mudança do Clima (FBMC), Plano Nacional de Recuperação Nativa (Planaveg), e a sua Comissão (Conaveg), Comissão Nacional da Biodiversidade (Conabio) e Comissão Nacional de

Florestas (Conaflor) (SILVA; LUNELLI, 2022, p.772; ASCEMA, 2022, p.9). No mesmo sentido, (no dia de 28/05/2019) no Decreto 9806/2019, Bolsonaro altera a composição e funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), sendo que os integrantes vão de 96 para 23, e o número de cadeiras da sociedade civil vai de 23 para 4, sendo escolhidos por sorteio. Também houve redução no número de representantes do governo (ASCEMA, 2020, p.12). Já o Decreto 10239/2020 que altera a estrutura do Conselho Nacional da Amazônia, que é transferido do MMA para a vice-presidência, deixando de fora governadores, Ibama, ICMBio, Funai e sociedade civil, locupletando o Conselho de militares (ASCEMA, 2020, p. 24).

Além da ação de retirar a sociedade civil de diversos órgãos, principalmente com a chancela do decreto 9759/2019, há o planejamento de ações orientadas à diversas propostas de regulamentação de mineração, implantação de hidroelétricas, exploração de petróleo e gás em terras indígenas, tudo isto sem autorização, consulta ou concordância dos povos afetados (ASCEMA, 2020, p.19).

2. Contribuições para o *backsliding* no Governo Bolsonaro

2.1. *Rule of Law*

Em primeiro lugar, se discorrerá sobre o chamado *rule of law*, que está sendo violado nos três casos concretos: a militarização e esvaziamento do órgão, o assédio institucional e a eliminação de participação popular com a extinção/retirada da sociedade civil de conselhos deliberativos.

O *rule of law* é um valor necessário para que um sistema seja considerado legal, ou seja, um valor onde é possível distinguir entre instituições e práticas em que em sua provável ausência o sistema não seria qualificado como um sistema de regras legítimo, assim como é possível fazer com a democracia, que, em suas condições mínimas, na ausência de sufrágiouniversal e eleições periódicas, este sistema não seria considerado uma democracia representativa clássica (WALDRON, 2008, p.19)[267]. Ginsburg e Huq (2018, p. 13) alegam que o *rule of law*

[267] Aqui o *rule of law* é também requisito da democracia. Entretanto, tal citação de Waldron serve para localizar que o *rule of law*, independentemente da posição política do governo, há coisas que

é bem entendido se observando na sua ausência. Onde ele está ausente é sintetizado pela frase de Getúlio Vargas, que diz: "Para meus amigos, tudo; para meus inimigos, a lei". Aqui, a lei, se for utilizada como uma ferramenta partidária, a escolha eleitoral é corrompida. Por isto que eleições em geral, para ter seu funcionamento correto, é preciso das funções administrativas serem neutras, sem beneficiar um dos lados. Esta concepção de Ginsburg e Huq focalizam o lado eleitoral que uma democracia necessita para funcionar. O *rule of law* funciona como aquela neutralidade, abstração e generalidade que uma lei necessita de ter para caracterizar a democracia como um sistema democrático. Waldron alega que o *rule of law*, alarga o conceito ressaltando seus aspectos não somente formais, mas o de procedimento para que uma lei seja considerada efetivamente uma lei legítima (e em consequência, o direito). Os 5 requisitos de Waldron são cortes, normas gerais públicas, positividade, orientação para o bem comum e sistematicidade (coerência, nos termos de Dworkin) (WALDRON, 2008, p.18-39). Algo importante a ser ressaltado na concepção de Waldron, é que além desse aspecto mais formalista que está presente em autores como Raz e Fuller do *rule of law*, é que o professor da New York University o relaciona com a dignidade dos cidadãos. O aspecto que Waldron ressalta é que o direito, ao ter esses 5 requisitos, necessita de tratar os cidadãos como sujeitos minimamente responsáveis, como sujeitos capazes de autodeterminar e agir dentro do espaço político. E isto inclui um modo de governança que seja capaz de realizar este ideal, tratando os sujeitos como indivíduos capazes de expressar sua opinião e serem ouvidos. Toma-se o exemplo das cortes, que é um dos tópicos para um sistema ser legítimo. Ali, Waldron diz que em um sistema judiciário, ao invés de ser caracterizado por um juiz que aplica normas secundárias sobre as normas primárias do sistema (visão Hartiana), as cortes são caracterizadas por proporcionar um tratamento ao autor e réu digno de como uma pessoa deve ser tratada, ou seja, onde seus argumentos são respeitosamente ouvidos diante da estrutura do judiciário, e respeitando a personalidade de cada um. Ou seja, para

possam manter um sistema de regras jurídico como propriamente legítimo, e não ilegal ou arbitrário.

Waldron, um sistema jurídico legítimo é diferente de um sistema de regras que funciona primariamente pela manipulação ou terror. O direito é diferente de um pastor ordenando ovelhas, pois há este elemento que os agentes públicos necessitam prestar atenção que é tratar as pessoas com respeito, com normas e aplicação que estas possam entender (WALDRON, 2008, p.18-29).

O que afinal o *rule of law* se relaciona com o *backsliding* democrático no setor do meio ambiente? Tendo os casos concretos descritos, afirma-se que a relação é direta. Em Isto ocorre devido ao tipo de comportamento que os cidadãos e funcionários foram sujeitados no seu governo. Em primeiro lugar, ao retirar a participação de conselhos do meio ambiente, tal ato é contra o *rule of law*, pois torna as decisões a participação dos cidadãos mais difícil e o governo em partes inacessível aos seus próprios cidadãos. Os cidadãos não são tratados com respeito desta maneira. Em segundo lugar, em relação ao assédio institucional, a conduta de Salles e seus encarregados retira a formalidade mínima necessária do ato ao redirecionar a política do meio ambiente para interesses pessoais ou interesses políticos que não abrangem a todos. Por isto suas instruções normativas e atos podem ser consideradas ilegítimas, pois obedecem à lógica estampada na frase de Getúlio Vargas, que mostra uma ambiguidade: enquanto não há fiscalização pelo assédio cometido aos servidores do MMA, os próprios servidores são tratados por meio de instruções normativas que os forçam a não realizarem valores mais abstratos como a orientação ao bem comum, generalidade, publicidade (e isto inclui a proteção ao meio ambiente, pois todos são afetados pelo desmatamento e destruição do patrimônio natural, ao passo que a venda de árvores e minérios de forma ilegal, apenas alguns se beneficiam). Neste sentido, a conduta de Salles diante do MMA não detinha abstratividade, generalidade e neutralidade suficientes para tratar todos cidadãos com igual respeito, favorecendo os madeireiros e os garimpeiros ilegais. Na mesma toada, com a ala política do governo Bolsonaro praticando assédio incansavelmente contra os servidores, esta não respeita os próprios servidores como cidadãos dignos, que tem direito de autodeterminação assim como todo o direito possível de realizar a sua função instituída por meio legal. Outrossim, o assédio

institucional vai contra a sistematicidade ou coerência que um sistema jurídico necessita, isto é, ao mesmo tempo que há determinadas leis determinando a proteção do meio ambiente, esta é obstaculizada pela não aplicação das normas ou criação de instruções normativas que barram a efetiva proteção do meio ambiente. É algo incoerente com o sistema como um todo (e com a função jurisdicional dos agentes do MMA). E em terceiro lugar, o esvaziamento do órgão outrossim é medida arbitrária, não respeitando o mínimo de procedimentos válidos dentro de uma democracia, que seria repor tal órgão com efetivo competente para realizar as funções necessárias que o MMA esta instruído. Logo, o aparelhamento do MMA aos interesses obscuros do governo Bolsonaro é uma clara afronta ao *rule of law*, assim como os seus cinco requisitos que qualifica uma ordem de regras como efetivamente legítima: cortes, normas gerais públicas, positividade, orientação para o bem comum e sistematicidade.

2.2. Tensão entre ala política e burocracia e apagamento de práticas institucionais

Um fenômeno que ocorre quando um líder autocrata ascende ao poder é o apagamento das práticas institucionais, que ocorre pela substituição de pessoas que detém uma *expertise* necessária para lidar com problemas de política pública por pessoas que não tem nenhuma bagagem institucional para lidar com tais problemas. A consequência destes atos é uma intromissão da ala política na burocracia[268]. Barros, Diniz e Lotta argumentam sobre o fator de independência da burocracia, que necessita ser respeitado de alguma maneira (2023, p. 159):

> Undermining bureaucratic independence is a goal for autocrats wishing to weaken the autonomy and independence of institutions (Rockman 2019), even if they do not plan what happens after (Peters and Pierre 2019). […] Bureaucrats need to uphold a particular ethos in

[268] A tese weberiana assumida entre separação entre burocracia e governo recebe críticas, mas é certo que é preciso haver o cumprimento da lei pelo burocrata, que tirando a discricionariedade, necessita de cumprir suas funções legais. A exemplo, um agente do Ibama que escolher seletivamente quem irá aplicar a multa a mando de um superior de cargo comissionado ou político é uma conduta considerada ilegal pois lhe faltou a imparcialidade de aplicar a todos, de maneira geral e abstrata a lei. Ao mesmo tempo, caso o fiscal do Ibama receba ameaça de morte, lhe é facultativo, pela sua discricionariedade, tomar medidas mais duras em relação ao criminoso ambiental.

> their work which does not need to be consistent with other dimensions of their lives […] Bureaucrats are responsible for generating and preserving the institutional memory that should be registered, official and impersonal, and are usually associated with official files. The permanence of memory and organizational continuity depends on the stability and relative neutrality of these bureaucrats.

Ou seja, ao haver um líder autocrata que faz constantes trocas, militarização e ameaças à função institucional dos burocratas, como aconteceu no caso do governo Bolsonaro, há uma ameaça à relativa neutralidade dos servidores. A perda de neutralidade causa espaços para arbitrariedade e uma maior chance para a prática de atos que estão alinhados à política de desmonte do governo Bolsonaro (para integrar indígenas aos pretensos "cidadãos do Brasil" e para utilizar as reservas, as explorando econômicamente e extraindo todos os seus recursos, sem preocupação com preservação). Ou, nos termos de Weber, uma maior quantidade de materialidade (elementos externos, individuais e submetidos ao capricho do governante), que são estranhos à formalidade, generalidade e abstratividade do direito.

Se anteriormente à 2019, um servidor ambiental poderia autuar quem cometesse crime ambiental, e quem cometeu o crime sofria várias consequências (como multa e apreensão de equipamentos e do material desmatado ou retirado da natureza), após 2019, Bolsonaro disse que iria acabar com a "festa da multa"[269]. Ou seja, foram feitas inúmeras tentativas de intimidação e assédio para quem cumpria a lei (no caso, os servidores), e a liberação dos garimpeiros ou madeireiros ilegais pelo Exército ou pelo Ibama, a ordens dos superiores como Salles ou Eduardo Bim. Os servidores foram se tornando incapazes de realizar seu trabalho, e quem cumprisse a lei seria punido. O estrangulamento da burocracia mediante um claro interesse político é percebível no caso que ocasionou a demissão do superintendente da PF Alexandre Saraiva. Este servidor público, após realizar a maior apreensão de madeira da história da PF, foi removido de seu cargo[270]. Além disso, neste caso, Eduardo Bim, o ex-diretor do

[269] OBSERVATÓRIO DO CLIMA, 2023, p. 31 e ss.

[270] Tal ato perpetrado pela administração federal tem uma forte conexão com o desmantelamento do MMA. Conforme se observa em Observatório do Clima (2023, p.86): "Em junho de 2021, após

Ibama e homem de confiança de Salles conseguiu resolver o problema legal revogando uma instrução normativa do Ibama de 2015, para justamente conseguir exportar a mesma madeira apreendida sem necessidade de vistoria. Este tipo de ação, que contraria o mínimo de legalidade instaurado pelos procedimentos do Ibama tem uma consequência na estrutura burocrática por haver uma vontade de tipo material e não formal dentro dos procedimentos de fiscalização do Ibama. A abstratividade, generalidade e positividade da lei é violada para se cumprir a vontade de Bim. Isto acarreta na perda de formalidade e, consequentemente, no apagamento de memória institucional por parte da fiscalização do Ibama, que ao ser capturado por interesses escusos da administração Bolsonaro, concederia uma maior possibilidade aos diretores para perpetrar uma ilegalidade apenas munido de autoridade para tanto. Ao mesmo tempo, os servidores, que necessitavam de se reportar aos superiores para aplicar ou não uma multa, são constrangidos à não agir, perdendo ou não podendo utilizar de sua *expertise* para solucionar uma ilegalidade ou barrar alguma ação[271]. Logo, é um movimento duplo, ao mesmo tempo que o órgão do meio ambiente é esvaziado e tomado pelos interesses puramente externos ao cumprimento da legalidade, há tambem os servidores, que são prejudicados ao realizar seu trabalho, uma vez que eles são impedidos por Instruções Normativas que

dois anos e meio desmontando a governança ambiental no Brasil, Ricardo de Aquino Salles finalmente pedia demissão do cargo de ministro do Meio Ambiente. Salles saiu do ministério que jamais deveria ter ocupado por suspeita de envolvimento em nove crimes (entre os quais corrupção e contrabando de madeira). Um mês antes, em maio de 2021, endereços ligados a Salles e ao MMA haviam sido alvo de busca e apreensão na operação Akuanduba, da Polícia Federal, que investigava crimes de corrupção, advocacia administrativa, prevaricação e facilitação de contrabando. As investigações levaram também ao afastamento de Eduardo Bim, homem de confiança de Salles, da presidência do Ibama. Bim foi o primeiro presidente da autarquia fundada em 1989 afastado pela Justiça no exercício da função. Segundo o despacho do ministro do STF Alexandre de Moraes que determinou o afastamento, Bim, Salles e outros 21 servidores públicos e empresários são suspeitos de integrar o que a Polícia Federal chama de "um grave esquema criminoso de caráter transnacional". Bim teria intercedido a favor de empresas madeireiras e da Aimex (Associação das Indústrias Exportadoras de Madeira do Pará) ao revogar uma instrução normativa de 2015 e baixar um despacho autorizando a exportação de madeira sem vistoria da carga. Em abril, uma notícia-crime apresentada pelo ex-superintendente da PF no Amazonas, Alexandre Saraiva, havia acusado Salles de proteger madeireiros investigados pela Operação Handroanthus GLO. Em dezembro de 2020, a operação realizara a maior apreensão de madeira nativa da história do Brasil, na Amazônia".

[271] Vide Bragança, 2021b.

contrariam a lógica legal de proteção do meio ambiente (protegido pela Constituição), não podendo realizar adequadamente apreensões ou retendo material. Também não podiam queimar material apreendido como ilegal, e eram impedidos por forças do Exército de realizar tal ato[272]. Também há constantes desvalorizações do trabalho dos funcionários públicos, com objetivo de atacar diametralmente as estruturas democráticas que possibilitam o Segundo Barros, Diniz e Lotta, há uma perspectiva claramente anti-burocrática, e isto acarreta o desmonte de órgãos como ICMBio, Ibama e MMA para se criar um novo Estado com outro tipo de orientação (2023, p.163-64):

> We identify the emergence of an anti-bureaucracy perspective, according to which previous governments' vestiges must be erased to build a fresh and new state. It would pass through the dismantling of institutions, policies, organizational structures, and, ultimately, the bureaucrat's knowledge and memories. Therefore, the attack on bureaucracy in general and bureaucrats more specifically integrates a broader process of obliterating the past to more easily establish an authoritarian project that ignores republican and democratic processes […] The scorched-earth governments' leaders try to force the community to forget the prior process and organizational identity. These processes can lead to costs that include "not only a loss of public expertise and authority (a diminution of office-based competence) but vastly increased scope for patronage and private influence, as well as enhanced opportunities for and temptations to corruption – the blurring of office and self, and the re-emergence in the suitably modern guise of office as a tradable good" (DU GAY, 2009, p.94).

Tal tipo de ação, de cerceamento, demissão e perseguição dos servidores (e burocracia em geral, com todos seus ritos legais e infralegais) causa uma perda/inutilização de pessoas qualificadas que poderiam autuar de um jeito mais orientado a um bem comum ou de acordo com a lei (contrário aos interesses escusos do líder autoritário, e à prática de possível corrupção, além de influência pessoal e econômica em todo processo de desmonte[273]). Com os servidores não

[272] "Outro caso envolve um fiscal que atuava em um parque no Piauí. Após apreender armas de caçadores ilegais, o servidor foi levado por dois militares até a capital, Teresina, distante 400 quilômetros do posto de trabalho, sem ter sido informado dos moti vos. Seu paradeiro só foi descoberto pela insistência de colegas que tentavam localizá-lo durante o sumiço. O fiscal prestou depoimento na capital e foi liberado. As armas acabaram devolvidas aos caçadores" (GUESSEN, 2021).

[273] Conforme reportage detalhada por Allan de Abreu e Luiz Fernando Toledo (2022), pela revista Piauí, relatam que uma das ambições dos madeireiros ilegais é exportar a bem quista iron wood,

cumprindo suas funções e os diretores realizando medidas arbitrárias, a paralisia do órgão ambiental é eminente, assim como suas práticas construídas ao longo do tempo.

Pode-se ressaltar uma outra prática que leva ao apagamento de práticas institucionais é o fenômeno do neoliberalismo. O neoliberalismo é um tipo de política de governo que, basicamente, visa à retirar todo e qualquer tipo de procedimento das mãos do Estado. Dois expoentes importantes dessa corrente de pensamento é o economista Milton Friedman, que influenciou no modelo de neoliberalismo praticado no Chile (tal monta foi possível graças a um governo altamente autoritário, que é o de Pinochet). Merchior sintetiza o principal do seu pensamento:

> Law, Legislation and Liberty reafirmou também o que veio a ser conhecido como a tese da indivisibilidade da liberdade, graças a outra estrela de Chicago, o economista Milton Friedman (nascido em 1912). O que se afirma é que, a menos que se obtenha ou se mantenha a liberdade econômica, as outras liberdades – civil e política – se esvanecem. Em Capitalismo e Liberdade (1962), Friedman, argumentou que, dispersando-se o poder, o jogo de mercado equilibra concentrações de poder político. Ora, o Estado liberista evita por definição toda tendência de se colocar o poder econômico nas mãos políticas do Estado. A lição é clara: o liberismo pode não ser uma condição suficiente, mas é certamente uma condição necessária de liberdade global – tal é a mensagem do grande expoente de Chicago. (MERCHIOR, 2014, p. 229)

Nesse contexto, tal programa de sucateamento e entrega do jogo de forças políticas do Estado se traduz na burocracia com uma tendência de eliminação da mesma para uma substituição de fatores que interessam ao mercado, e apenas ao mercado, sem se importar com a manutenção de estruturas, de diversos âmbitos. E isto pode ocasionar na entrega ao mercado de áreas como as de proteção ambiental e regulação de propriedades públicas. Apenas observar o que aconteceu com o Ministério do Meio Ambiente no Brasil, e com as políticas de

nome dado para o ipê amarelo, uma das árvores de grande valor na Amazônia. Tal árvore é utilizada para decks em resorts e marinhas de luxo nos Estados Unidos e Europa (e não no Brasil, obviamente), onde Salles como ex-ministro do MMA foi um pivô de um esquema colossal de contrabando e tráfico internacional de madeira, facilitando que as árvores desmatadas chegassem ao seu destino final. Em decorrência de questões de espaço, não nos deteremos nesse assunto instigante, que leva à questões que remontam uma lógica colonizadora, onde o Brasil é apenas um país fornecedor de matérias primas para agradar gostos caros da elite mundial.

sucateamento de proteção ambiental do Chile, que, por exemplo, ao privatizar a água (trechos de rio), isso acarreta na distribuição de água do rio como um todo, afetando na proteção do meio ambiente (garimpo de ouro descarta mercúrio na água do rio como processo de purificação do mineral), assim como a saúde da população que consome aquela água, já que o mercúrio não dissolve na água e pode ir à trechos privatizados que contém alguma reserva ambiental, ou cidades. Assim, o neoliberalismo contribui como fator contingente do sucateamento dos serviços públicos de proteção ao meio ambiente.

2.3. Cerceamento da participação da sociedade civil

Os decretos 9759/2019; 9806/2019; 10239/2020 estão interrelacionados com o ponto de militarização e sucateamento do órgão, além de ferir a participação política no órgão, ferindo os direitos básicos do cidadão. Tais práticas vão contra o que foi estabelecido como democracia, isto é, sufrágio universal e eleições periódicas; direitos básicos; e *rule of law*. Principalmente o Decreto 9759/2019 que no seu art. 5 previa a extinção de conselhos representa uma tentativa de exclusão de participação da sociedade civil, uma vez que tais conselhos, por serem deliberativos, poderiam contrariar quaisquer orientações que vão contra o desmonte institucional do MMA, assim como ações do governo Bolsonaro que favorecessem criminosos como garimpeiros, grileiros e madeireiros ilegais.

A participação da sociedade civil em órgãos deliberativos do governo é fundamental para formulação de políticas públicas, e para garantir o efetivo exercício da cidadania, assim como a transparência necessária para se saber o que está sendo decidido no governo. "A participação social no contexto da democracia é revelador da qualidade da democracia. A maior participação da sociedade civil nos processos de decisão de políticas públicas leva a uma maior densidade e qualidade da cidadania" (GROSSI; MEDEIROS, 2022, p.773). Sem este elemento de deliberação pública, assim como da transparência dos atos governamentais, a democracia resta-se prejudicada. E assim, fere-se os dois elementos colocados por Ginsburg e Huq (2018, p.10-12), que são sufrágio

universal e eleições períodicas (que compõem um sistema democrático eleitoral), assim como direitos básicos como liberdade de expressão, associação e reunião. Isto ocorre porque o sufrágio universal e eleições periódicas pressupõe que haja plena possibilidade de participação em uma sociedade da oposição ou vozes contrárias à aquela que é a ideologia dominante do governo. Com a eliminação de conselhos e restrição da participação da sociedade civil, tal elemento de crítica e respeito à uma provável oposição resta-se prejudicada. E em segundo lugar, a eliminação dos conselhos da adminstração federal fere os direitos básicos de liberdade de expressão e associação, pois em uma democracia (se a liberdade de expressão for entendida como basilar para a formação de opiniões em uma democracia) é preciso garantir a todos direito de expressar livremente sua opinião, principalmente contra o governo ou políticas contra o governo, uma vez que o governo detém toda a aparelhagem do poder de polícia. Para um cidadão ser considerado plenamente inserido na democracia ele pode e deve expressar suas opiniões sem censura ou silenciamento por parte do governo. E quando há a decisão de desmatamento ou autorização de garimpo em reservas ambientais sem a participação e deliberação da sociedade civil em conselhos adequados para isto, tal como foi feito no governo Bolsonaro, isto fere frontalmente o direito de liberdade de expressão. Outro elemento importante é a transparência e comunicação à sociedade dos atos feitos no governo, coisa que foi duramente atacada com a eliminação dos conselhos. Assim, tais atos do governo Bolsonaro ferem de maneira incremental a democracia, ocasionando em um *backsliding*.

Conclusão

Portanto, o ensaio procurou argumentar a respeito do desmonte institucional das políticas de meio ambiente do Estado Brasileiro durante o governo Bolsonaro. Pode-se observar que nesta área a democracia brasileira sofreu um *backsliding* por sofrer um desmonte institucional do MMA, com a persecução de agentes públicos que realizavam seu trabalho, assédio institucional constante, instruções normativas que obstaculizam dos servidores realizarem seu trabalho, falta de verba e pessoal, militarização e esvaziamento do

órgão, além da diminuição da participação popular. Diante dessas considerações mais concretas foram analisadas quais consequências jurídicas/democráticas estas ações teriam, que passa por um desrespeito ao *rule of law*, a uma utilização indevida da burocracia e a mistura entre elementos materiais e formais, com o consequente apagamento das estratégias institucionais comumente utilizadas no funcionamento do órgão, assim como uma exclusão da participação popular por meio da extinção e retirada da sociedade civil de conselhos deliberativos, algo que afronta a democracia.

Referências

ABREU, Allan de; TOLEDO, Luiz Fernando. "A conexão. Um caso exemplar de contrabando de madeira amazônica para os Estados Unidos – e o papel de Ricardo Salles". Edição 185, janeiro de 2022. **Revista Piauí**. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-conexao-2/>. Acesso em: 23/05/2023.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.

AMARAL, Ana Carolina**.** "Comandante da Polícia Ambiental de SP deve assumir ICMBio de Salles". **Blog Ambiência. Jornal Folha de São Paulo.** 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://ambiencia.blogfolha.uol.com.br/2019/04/17/comandante-da-policia-ambiental-de-sp- deve-assumir-icmbio-de-salles/>. Acesso em 25/06/2023.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DE MEIO AMBIENTE (ASCEMA). 2020. "Cronologia de um desastre anunciado: ações do governo Bolsonaro para desmontar as políticas de meio ambiente no Brasil." **Biodiversidad En America Latina**, 2020**.** Disponível em: <https://www.biodiversidadla.org/Documentos/Cronologia-de-um-desastre-anunciado- acoes-do-Governo-Bolsonaro-para-desmontar-as-politicas-de-Meio-Ambiente-no-Brasil>. Acesso em 02/07/2023.

BARROS, Amon; DINIZ, Ana; LOTTA, Gabriela. "Scorched-Earth Politics and the Erasure of Memory by Far-Right Populists". In: PEREIRA, Anthony (ed. by). **Right-wing populism in Latin America and Beyond**. New York; London: Routledge, 2023, p. 155-171.

BAUER, Michael W.; PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon; YESILKAGIT, Kutsal; BECKER, Stefan. "Introduction: Populists, Democratic Backsliding, and Public Administration". In: BAUER, Michael W.; PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon; YESILKAGIT, Kutsal; BECKER, Stefan. **Democratic backsliding and public administration. How populists in government transform state bureaucracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 1-21.

BRAGANÇA, Danielle. "Servidor que relatou ineficiência no Ibama denuncia ameaças feitas por assessor de Salles". **((o))eco – Jornalismo Ambiental**. 11 de maio de 2021a. Disponível em: <https://oeco.org.br/noticias/servidor-que-relatou-ineficiencia-no-ibama-denuncia- ameacas-feitas-por-assessor-de-salles-2/>. Acesso em 06/07/2023.

BRAGANÇA, Danielle. "Governo paralisa (de novo) fiscalização ambiental, denunciam servidores." **((o))eco – Jornalismo Ambiental**. 21 de abril de 2021b. Disponível em: <https://oeco.org.br/noticias/governo-paralisa-de-novo-fiscalizacao-ambiental-denunciam- servidores/>. Acesso em 06/07/2023.

BRASIL. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). Instrução normativa nº9/2020. Publicada no DOI, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt- br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/instrucao-normativa-09.pdf>. Acesso em: 03/07/2023.

CALVO, Adriana. "Assédio Moral Institucional". In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro De Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP. Tomo: Direito Do Trabalho E Processo Do Trabalho**. MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus; GITELMAN, Suely (Coord. De Tomo). 1. Ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p.1-19.Disponível Em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/352/edicao-1/assedio-moral-institucional>. Acessado 28/06/2023.

CARDOSO JUNIOR, José Celso; SILVA, Frederico A. Barbosa da; AGUIAR, Monique Florencio de; SANDIM, Tatiana Lemos. **Assédio institucional no Brasil [livro eletrônico]: avanço do autoritarismo e descontrução do Estado**. Brasília, DF : Associação dos Funcionários do Ipea: EDUEPB, 2022.

CARVALHO, Daniel de. "Eu sou a Constituição, diz Bolsonaro ao defender democracia e liberdade um dia após ato pró-golpe militar". **Jornal Folha de São Paulo**. 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaroapos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml>. Acesso em: 26/06/2023.

FUKUYAMA, F. **O fim da História e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GROSSI, Marcelo Mourão Motta; MEDEIROS, Rodrigo Augusto Lima de. "Assédio institucional e cerceamento no Ministério do Meio Ambiente: a liminaridade do poder político e da burocracia especializada na proteção ao Meio Ambiente". In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; SILVA, Frederico A. Barbosa da; AGUIAR, Monique Florencio de; SANDIM, Tatiana Lemos. **Assédio institucional no Brasil [livro eletrônico]: avanço do autoritarismo e descontrução do Estado**. Brasília, DF : Associação dos Funcionários do Ipea: EDUEPB, 2022, p.764-789.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z.. **How to save a constitutional democracy**. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018.

GUEDES-NETO, João Victor; PETERS, B. Guy. "Working, Shirking, and Sabotage in Times of Democratic Backsliding: An Experimental Study in Brazil". In: BAUER, Michael W.; PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon; YESILKAGIT, Kutsal; BECKER, Stefan. **Democratic backsliding and public administration. How populists in government transform state bureaucracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 221-245.

GUESSEN, Ana Flávia. "Com Salles, governo assinou em um ano 721 medidas que impactam o meio ambiente". **CartaCapital**. 02 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/carta-capital/ricardo-

salles-assinou-721-medidas-contra-o-meio-ambiente-em-apenas-um/>. Acesso em 21/06/2023.

HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert. **Backsliding. Democratic regress in the contemporary world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

HUNTINGTON, Samuel. **The third wave. Democratization in the late twentieth century**. Norman; London: University of Oklahoma Press, 1991.

MERCHIOR, José Guilherme. **O liberalismo** - antigo e moderno. São Paulo: É realizações, 2014.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA (OC). **Nunca mais outra vez. 4 anos de desmonte ambiental sob Jair Bolsonaro**. [Livro eletrônico], 2023. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/wp-content/uploads/2023/03/AF_reduzido_20220323_individuais_nunca-mais-outra-vez-1.pdf> e <https://oeco.org.br/noticias/relatorio-detalha-politica-antiambiental-do-governo-bolsonaro/>. Acesso em 20/06/2023.

PEREIRA, José Alberto Gonçalves. "Comando da fiscalização do Ibama teve 19 ocupantes no governo Bolsonaro". **((o))eco – Jornalismo Ambiental**. 21 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://oeco.org.br/reportagens/comando-da-fiscalizacao-do-ibama-teve-19-ocupantes- no-governo-bolsonaro/>. Acesso em 28/06/2023.

SILVA, Frederico A. Barbosa da; LUNELLI, Isabella Cristina. "Etnografia do assédio institucional na Funai". In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; SILVA, Frederico A. Barbosa da; AGUIAR, Monique Florencio de; SANDIM, Tatiana Lemos. **Assédio institucional no Brasil [livro eletrônico]: avanço do autoritarismo e descontrução do Estado**. Brasília, DF : Associação dos Funcionários do Ipea: EDUEPB, 2022, p.726-763.

URBINATI, Nadia. **Me the people. How populism transforms democracy**. Cambridge, Mass.; London, England: Harvard University Press, 2019.

WALDRON, Jeremy. "The concept and the Rule of Law". **New York University School of Law Public Law and Legal Theory research paper series**. Working Paper no.08-50, 2008, p.1-66. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1273005>.

WALDRON, Jeremy. "The Rule of Law and the importance of procedure". **New York University School of Law Public Law and Legal Theory research paper series**. Working paper no.10-73, 2010, p. 1-25. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1688491>. Acesso em 18/05/2023.

WALDRON, Jeremy. "The Rule of Law". In: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>. Acesso em 15/05/2023.

WEDY, Gabriel. "O Brasil e a vedação constitucional de retrocessos ambientais". **Consultor Jurídico**. 25 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai- 25/ambiente-juridico-brasil-vedacao-retrocessos-ambientais. Acesso em 25/06/2023.

14. Emendas do Relator: o papel do Orçamento Secreto no retrocesso democrático brasileiro

Rodrigo Marchetti Ribeiro[274]

Introdução

"É orçamento secreto ou mensalão. São as duas maneiras de cooptar apoio no Congresso Nacional. Eu prefiro o Orçamento municipalista [...] A gente só não pode querer dizer que o Congresso Nacional não tem autonomia, não é o fórum nem o local adequado para discutir Orçamento. E nem creditar derrotas e vitórias ao Orçamento. O Orçamento é feito pelo Congresso Nacional, com as emendas de relator, são lícitas, são constitucionais". (MEDEIROS, 2022) Foi assim que o Deputado Arthur Lira (PP-AL), Presidente da Câmara dos Deputados, defendeu o assim chamado "orçamento secreto" (em uma das muitas vezes em que o fez). Com efeito, ele não estava de todo equivocado. Por trás de suas palavras, no entanto, há questões significativas, notadamente, sobre os novos termos em que passou a ser pautada a relação entre os Poderes, sobre as quais o presente trabalho pretende discorrer.

De fato, quando a defesa acima foi proferida, o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não havia declarado o orçamento secreto inconstitucional (o que ocorreu posteriormente) e, naquele momento, a prática era considerada legal e constitucional (apesar de já questionada). É fato que o orçamento secreto pode ser chamado de "municipalista" na medida em que canaliza recursos para os municípios — mas quais municípios? E, mais importante, com base em quais critérios? Estas são duas perguntas que, em uma democracia efetiva, precisariam

[274] Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestrando e Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*).

ser respondidas de forma satisfatória, considerando o interesse público e a gestão responsável do erário (e, como será visto abaixo, não o foram). E é fato, também, que o orçamento secreto serviu como forma de o governo Bolsonaro conquistar apoio no Congresso Nacional — qual o objetivo do governo em ter este apoio? A elucidação dessa questão também é fundamental para a democracia.[275]

A defesa do orçamento secreto feita por Lira coloca-lhe um véu, mas, ao tirá-lo, não necessariamente vamos encontrar uma prática republicana, democrática ou, sequer, com o Congresso como protagonista, como Lira faz crer ser o caso – em realidade, dada a sua natureza "secreta", os resultados dessa investigação são praticamente imprevisíveis. O objetivo deste artigo é, portanto, contribuir para remover esse véu, mostrar os motivos pelos quais os agentes políticos se envolvem no orçamento secreto e fornecer subsídios para situar e analisar tais práticas orçamentárias duvidosas à luz da noção de "retrocesso democrático" (*backsliding*), fornecida pela literatura a respeito do tema.

Para executar esta empreitada, o artigo está dividido em quatro seções além desta introdução, em que o leitor encontrará as seguintes informações: na próxima seção (1), há uma breve reconstrução da literatura ao redor da crise democrática para construir um marco teórico para as demais seções do estudo. Na seguinte (2), a reconstrução do caso do orçamento secreto, apontando os antecedentes relevantes, o mecanismo jurídico do caso em si e, finalmente, a sua declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Essa seção é, essencialmente, a narração de um caso e não se preocupa com maiores questões analíticas além de transformar um caso complexo (mesmo para olhos treinados) em uma informação mais facilmente compreensível e completa (não fragmentária). A terceira seção (3) procura entender a construção do orçamento secreto à luz das motivações dos agentes políticos. A quarta seção (4) retoma o marco teórico

[275] Este artigo trabalha com o pressuposto de que se obter apoio no Congresso era um modo de levar a frente um projeto autocratizante (além de impedir o *impeachment* do Presidente da República), dadas as feições do governo Bolsonaro, dentre as quais a própria existência do orçamento secreto como um instrumento de controle do Executivo pelo Legislativo. O artigo, porém, não se debruça em outras políticas adotadas ao longo do governo Bolsonaro para provar esta tese (CASTILHO; LEMOS, 2021; CHAGAS-BASTOS, 2019; DANN, 2022; DANN; MENDES; RIEGNER, 2022; ZANOTTI; RAMA; TANSCHEIT, 2023).

construído na seção 1 e mostra como o orçamento secreto pode ser entendido como um caso de retrocesso democrático. A conclusão, por fim, retoma e sistematiza os pontos levantados ao longo do texto.

Uma última ressalva: ao longo do texto (especialmente na seção 3) são feitas algumas assertivas (que talvez possam ser chamadas de economicizantes) sobre o comportamento dos agentes políticos (governo, parlamentares, prefeitos e eleitores). Tais assertivas estão baseadas na premissa de que tais atores agem sempre em benefício próprio e visando a obter o máximo com os recursos de que dispõem. Assim, o governo usa os recursos econômicos para obter apoio no Congresso e nas eleições; parlamentares usam seus votos para obter do governo votos nas eleições, por meio de obras e políticas públicas; e os eleitores procuram o candidato que lhes dê o maior retorno pelo seu voto. Neste sentido, este trabalho acaba se filiando a uma linha de pesquisa que procura, no pensamento econômico, um prisma para a compreensão da política (DOWNS, 2013)[276]. Evidente, entretanto, que a premissa de que os atores sempre agem visando a uma otimização dos recursos está errada, seja porque, diante da incerteza, nem sempre é possível saber qual o caminho para a otimização da aplicação dos recursos disponíveis, seja porque o cálculo racional de alocação de recursos não é uma parte necessária de toda dinâmica política (ainda que possa ocorrer em muitos casos).[277] De qualquer forma, fica a advertência para o leitor de que tais assertivas não devem ser lidas como um estudo empírico do panorama político brasileiro (quando o texto faz uma assertiva empírica, ela está devidamente fundamentada em alguma sorte de fonte), mas sim como a construção de um modelo ideal, filiado a uma teoria econômica fundamentalmente neoclássica que

[276] Por mais que o trabalho de Anthony Downs seja paradigmático deste tipo de abordagem para o estudo do processo político democrático, ele não é, de forma alguma, o responsável pela ideia de que os agentes seguem aquilo que lhes é mais útil; tal concepção já havia sido adiantada tanto por David Hume (2004) quanto pelo pensamento econômico clássico (Adam Smith, Bernard de Mandeville, dentre outros).

[277] A ideia de que os agentes sociais se comportam de forma semelhante aos agentes econômicos atuando em condições de mercado tem seus críticos, mas, cientes da sua limitação (que se diga de passagem, aplica-se à própria economia), podemos perfeitamente adotá-la como um prisma analítico válido (POLANYI, 2012, p. 53–56).

entende (tal como a economia clássica) que os agentes são motivados de forma essencialmente egoísta (sem que isso, frise-se, implique julgamentos morais).

1. Retrocesso democrático

Depois de décadas em que se discutiu a chamada terceira onda de democratização no mundo (HUNTINGTON, 2012), tornou-se, hoje, um lugar comum na ciência política afirmar que a democracia está em crise — os arautos do ocaso da democracia liberal-burguesa crescem em um ritmo assombrosamente rápido. Apesar de todos os autores que se debruçaram sobre o tema terem, evidentemente, um diagnóstico sobre o momento presente, os enfoques que foram dados variam muito de trabalho a trabalho. Alguns autores, como Castells (2018), Mounk (2019), Gamboa (2022) e Haggard e Kaufman (2021), adotaram perspectivas descritivas do momento presente e de sua relação de interdependência com o passado (quais foram as causas que levaram ao retrocesso democrático? Como esse processo se deu?). Outros, como Levitsky e Ziblatt (2018), fizeram um esforço de pesquisa no sentido de colocar a erosão democrática presente em uma perspectiva histórico-comparada. Há, também, quem tentou oferecer conceitos, como Scheppele (2018), com o conceito proposto de "legalismo autocrático", ou Ginsburg e Huq (2018), com "erosão democrática".

Seguramente, tais abordagens são muitíssimo interessantes, mas várias delas fogem ao escopo deste artigo: analisar uma política orçamentária adotada a partir do governo Bolsonaro. Desta forma, interessam, aqui, tão somente os traços gerais do processo de erosão democrática, bem como — e principalmente — as estruturas jurídicas envolvidas.

Ginsburg e Huq (2018, p. 10–15, 43–45) definem "*erosão democrática*"[278] como o processo incremental, que resulta, ao final, na decadência de três

[278] É importante frisar que a democracia que os autores — bem como os demais citados — têm em vista é de matiz liberal e constitucional (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 10, 44) — e sua conceituação está de acordo com a vasta literatura sobre o Estado Democrático de Direito (DÍAZ, 1981; FERREIRA FILHO, 2007; KELSEN, 2019, p. 139–146; SCHMITT, 1985, p. 8–17, 2008, p. 97–111; TEUBNER, 2016, cap. 2). Teorias iliberais de democracia, como, por exemplo, a esboçada por Carl Schmitt (2008, p. 235–252), em que a democracia é identidade máxima entre governantes e

elementos que estes autores entendem como básicos para a existência da democracia: (1) eleições competitivas, em que há a possibilidade de transferência do poder político; (2) direitos liberais de expressão e associação, que são necessários para que a competição política aconteça; e (3) o *rule of law* (isto é, tanto as eleições, quanto a conduta oficial, devem ser pautadas pelo Direito, seja ele bom ou mau) — eles salientam, porém, que é possível que, em um determinado caso, os três elementos se apresentem com intensidades diferentes. Doutro lado, dada a alta interdependência entre estes elementos, Ginsburg e Huq apontam ser pouco provável que o declínio democrático se dê sem a decadência simultânea de todos os elementos. O resultado deste processo, segundo os autores, não é uma ditadura, mas sim uma forma de "autoritarismo competitivo".

Do ponto de vista concreto, Ginsburg e Huq (2018, p. 45–48 e cap. 4), apontam como paradigmáticos os casos da Venezuela — analisado em mais detalhes por Gamboa (2022) —, Polônia, Hungria — que serve de paradigma para a análise de Scheppele (2018) — e Turquia. De forma geral, em todos os casos citados o que ocorreu, segundo os autores, foi uma gradativa concentração de poderes pelo chefe do Executivo, esvaziando tanto os possíveis focos de oposição, como o parlamento, quanto as instituições de controle, bem como a eliminação e distorção da esfera pública. Eles listam as medidas usualmente tomadas por líderes com tendências autocratizantes da seguinte forma:

> Mapeamos cinco mecanismos específicos pelos quais a erosão democrática se desenvolve. Ao analisar todos esses mecanismos lado a lado, chegamos a uma compreensão clara dos elementos específicos do projeto constitucional que exacerbam ou atenuam o risco de tal erosão democrática. As cinco medidas são:
> • o uso de emendas constitucionais para alterar os arranjos básicos de governança;
> • a eliminação de freios que operam entre diferentes poderes ;

governados, sem, necessariamente, eleições periódicas ou outros elementos liberais, não são consideradas um ponto de partida válido para o processo de retrocesso democrático, especialmente levando-se em conta que, dada a sua óbvia feição populista (e os líderes do retrocesso democrático contemporâneo tendem a ser populistas), elas são, com efeito, teorias que se assemelham muito mais ao fim do processo — se for considerado que ainda há, ao fim do processo de retrocesso democrático, uma democracia. Outro exemplo de tentativa de teoria de uma democracia iliberal pode ser encontrado na obra de Francisco Campos (2001). Além disso, o regime bolchevique instalado na Rússia após a revolução de 1917 também tentou estabelecer uma teoria iliberal da democracia (KELSEN, 1948, p. 39–58).

> • a centralização e a politização do poder executivo exercido por meio da burocracia;
> • a contração ou distorção de uma esfera pública compartilhada na qual os direitos liberais de expressão e associação podem ser exercidos; e
> • a eliminação ou supressão da concorrência política partidária efetiva e da respectiva perspectiva de rotatividade dos cargos eleitos.(GINSBURG; HUQ, 2018, p. 72–73)

Haggard e Kaufman (2021, p. 2–7, 39–40, 51–61) apresentam um ponto de vista similar. Para eles, a democracia está assentada em: eleições livres e justas que permitam a *accountability* vertical; direitos liberais de expressão e associação que permitam a organização da oposição; e na separação de poderes, que promove um sistema de *accountability* horizontal assim como outras instituições, como agências de combate a corrupção. Essa institucionalidade está ameaçada por um processo de retrocesso democrático. Segundo os autores, depois que o líder com tendências autoritárias chega ao Poder Executivo ou seu análogo (por motivos causais que pouco importam aqui) é importante que ele, além de, naturalmente, buscar aumentar os poderes do próprio Executivo, assegure um Legislativo dócil, dado o seu papel tanto na produção de normas (leis, emendas constitucionais etc.), quanto como instância de controle, para promover as mudanças rumo à autocratização — de forma incremental —, inclusive em relação aos próprios poderes e competências do Legislativo. Ademais, referidos autores igualmente ressaltam a importância da captura de tribunais e demais esferas de controle nesse processo de concentração de poderes pelo aspirante a autocrata (instituições essas que, em geral, teriam mandato para investigar e, eventualmente, frear violações de direitos e outras medidas autocratizantes), além de incrementar os poderes do Executivo (em relação, obviamente, aos dos demais Poderes do Estado).

Kim Lane Scheppele (2018, p. 547–556, 571–581), por sua vez, compartilha o diagnóstico dos demais autores citados de que há um processo de erosão democrática em curso em parte considerável do mundo e, para estudá-lo, propõe o conceito de "*autocratic legalism*". Segundo ela, a presente recessão democrática é causada por líderes com aspirações autocráticas que praticam uma forma de "*constitutional malice*" ao atacar os alicerces liberais e constitucionais das

instituições públicas para se manter no poder (os direitos de expressão e associação, as eleições livres e periódicas e, em última análise, até mesmo o *rule of law*, tal como apontam Ginsburg e Huq (2018)), enquanto mantêm uma fachada democrática. Para tanto, tais líderes usam, segundo Scheppele, da posição que alcançam na chefia do país (geralmente, correspondente à chefia do Poder Executivo), para eliminar freios a seus poderes e, além disso, concentrar poderes, o que fazem com a colaboração de um Legislativo que, por diversas razões, tem uma atitude leniente frente a tais empenhos do líder político.

Como dito acima, são muitas as abordagens e textos publicados a respeito do processo de erosão democrática, de tal forma que uma simples revisão de bibliografia já poderia ser, em si, tema de um artigo. As três abordagens (GINSBURG; HUQ, 2018; HAGGARD; KAUFMAN, 2021; SCHEPPELE, 2018) expostas acima têm o mérito (para a análise da questão do orçamento secreto) de salientar a necessidade do governo potencialmente autocrático de dominar o Legislativo, as instituições de controle e, mais importante do que isso, de relacionar o Direito (e o uso instrumental do Direito pelos líderes autocráticos) ao processo de erosão. Guardemos estes pontos centrais para momento oportuno.

2. O orçamento secreto

Este artigo não pretende fazer uma reconstrução do histórico das emendas parlamentares que culminam no esquema de emendas de relator. Todavia, algum excurso se faz necessário para uma correta contextualização do caso.

2.1. Antecedentes

Há uma duradoura controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza jurídica da lei orçamentária. De um lado existem aqueles que defendem a noção de que o orçamento seria uma lei apenas do ponto de vista formal (em razão do procedimento adotado para a sua elaboração); e, de outro,

quem defende que o orçamento é uma lei em sentido material[279 e 280] (BALEEIRO, 2015, p. 555–560; HARADA, 2016, p. 69–71; OLIVEIRA, 2015, p. 606–618). Apesar de aparentar ser produto de um bacharelismo inócuo, a controvérsia apresenta um importante aspecto prático, pois, se o orçamento é uma lei em sentido material, então a consequência lógica é que a sua observância e cumprimento são obrigatórios para a Administração — a menos que se queira criar (ou defender) a aberração, do ponto de vista lógico-jurídico, de uma lei que não é obrigatória. Por outro lado, se o orçamento é uma lei apenas formal, em razão do procedimento adotado na sua formulação, sem materialidade, o seu descumprimento não parece violar, *a priori*, nenhuma noção de legalidade administrativa, hipótese na qual faz sentido, por exemplo, que o governo não cumpra determinada despesa inserida no orçamento por uma emenda parlamentar.

No ano de 2015, em meio à celeuma se o orçamento teria uma natureza meramente autorizativa ou se seria impositivo, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 85/2015, que estabeleceu que as emendas individuais de parlamentares ao projeto de lei orçamentária anual (PLOA), observado o limite de 1,2% da receita corrente líquida (RCL)281 prevista no PLOA, seriam de

279 Carl Schmitt (1985, p. 42–44) aponta que a distinção entre a lei e a lei orçamentária encontra raízes no conceito iluminista de lei (produto de uma dialética estabelecida no parlamento que culmina em uma vontade geral e, nesse sentido, universal) ao qual uma lei orçamentária anual não se adequa. Segundo ele: "a chamada lei financeira é, apesar da cooperação das corporações, essencialmente uma prerrogativa do governo. Portanto, ela é inadequadamente chamada de lei, pois abrange a mais ampla, e até mesmo completa, extensão do governo e dos meios de governo. 'Uma lei aprovada a cada ano por apenas um ano parecerá irracional até mesmo para o homem comum que distingue a universalidade substancial de uma lei verdadeira daquela que é, por sua natureza, apenas superficialmente geral'" (SCHMITT, 1985, p. 44).

280 Insere-se nessa discussão se é possível o controle concentrado e abstrato de uma lei de efeitos concretos como é o caso da lei orçamentária anual (LOA). Historicamente, a resposta dada a esta questão pelo STF foi negativa, porém a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.048, fixou-se a competência do STF para análise da constitucionalidade do orçamento.

281 A RCL é definida pela Lei Complementar nº 101/2001 como: "Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e

execução obrigatória (art. 166, §§ 9º e 11, da CF/1988)282. Em 2019, este processo foi aprofundado, com a Emenda Constitucional nº 100, que determinou serem obrigatórias as despesas incluídas na LOA por emendas de iniciativa de bancadas de parlamentares dos Estados ou do Distrito Federal, até o limite de 1% da RCL realizada no exercício anterior[283] (art. 166, § 12, da CF/1988).[284]

2.2. O orçamento secreto por um prisma normativo e financeiro

É necessário notar que até o ano de 2015, as emendas parlamentares individuais (RP 6) não eram de execução obrigatória e, similarmente, que as emendas de bancada estadual (RP 7) também não eram, até o ano de 2019. No período anterior, a execução orçamentária de uma despesa oriunda de uma emenda parlamentar era dada, considerando a noção de que o orçamento autoriza (mas não impõe) a realização da despesa, em razão de um ato discricionário do Poder Executivo, o que estabelecia uma relação de troca entre o parlamentar que tinha interesse na realização da despesa objeto da emenda e o Poder Executivo, que, via de regra, sempre tem interesse em ter apoio no Legislativo. É evidente que, quando as emendas parlamentares individuais e de bancada passaram a ser de execução obrigatória, a possibilidade de utilizá-las como moeda de troca se desfez, aparentemente, em benefício do Poder Legislativo — pois o único objeto de negociação possível tornou-se o momento de liberação da verba incluída no orçamento.

Será mesmo? Foi por iniciativa do Legislativo — e não do Executivo (que, pelo contrário, se opôs e até veto apresentou) — que foram inseridas, na LDO do ano orçamentário de 2021, duas novas rubricas para emendas parlamentares no orçamento: as emendas de comissão permanente do Senado Federal, da Câmara

assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição."

282 Vale mencionar que metade deste percentual deve ser destinado a ações e serviços públicos de saúde (art. 166, § 9º, da CRFB/1988).

283 Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 126/2022 (PEC da transição) a redação do § 9º do art. 166 foi alterado para corresponder à redação do § 12 do mesmo artigo, no que tange o percentual. Ou seja, a regra atual é de que ambos os percentuais são sobre a RCL realizada no exercício anterior.

284 Em oposição ao que ocorre com as emendas individuais de parlamentares, as emendas de bancada não têm um percentual obrigatório que deve ser destinado a serviços de saúde.

dos Deputados e de comissão mista permanente do Congresso Nacional (RP 8) ou do relator-geral do PLOA (RP 9). Ao contrário do que havia sido fixado para as emendas parlamentares individuais (RP 6) e de bancada estadual (RP 7), as duas espécies criadas não tem natureza impositiva (*i.e.*, de execução obrigatória pelo Executivo) e, portanto, podem ser usadas como moeda de troca entre os poderes. A tabela abaixo sistematiza o mencionado histórico:

Tabela 1: presença das emendas de comissão permanente do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de comissão mista permanente do Congresso Nacional (RP 8) ou do relator-geral do PLOA (RP 9) nas LDO dos anos orçamentários de 2019 a 2024. **Fonte:** elaboração do autor.

Ano	LDO	Previsão para as emendas RP 8 e RP 9?
2019	13.473/2017	Não
2020	13.707/2018	Não
2021	14.116/2020	Sim (art. 7º, § 4º, II, "c", 3 e 4)[285]
2022	14.194/2021	Sim (art. 7º, § 4º, II, "c", 3 e 4)
2023	14.436/2022	Sim (art. 7º, § 4º, II, "c", 3 e 4)
2024	14.791/2023	Sim, mas apenas RP 8 (art. 7º, § 4º, II, "c", 3)

Os dados disponíveis no Portal da Transparência da Controladoria Geral da União (CGU) ([s.d.]), conforme indicados abaixo, apontam que, no ano de

[285] A Mensagem nº 724/2020 vetou os itens 3 e 4, da alínea "c", do inciso II, do § 4º, do art. 7º sob as seguintes razões:
"Os itens 3 e 4 da alínea "c" do inciso II do § 4º do art. 7º criam novos marcadores de despesas discricionárias, o que contribui para a alta rigidez do orçamento, dificultando não apenas o cumprimento da meta fiscal como também a observância do Novo Regime Fiscal, estabelecido pela EC no 95/2016 (teto de gastos), e da Regra de Ouro, constante do inciso III, do art. 167 da Constituição Federal.
O identificador de Resultado Primário tem por finalidade auxiliar a apuração do resultado primário previsto na LDO, de acordo com a metodologia de cálculo das necessidades de financiamento, sendo que a despesa discricionária encontra-se segregada, por RP, para identificar a despesa não abrangida pelas programações incluídas ou acrescidas por emendas individuais de execução obrigatória, nos termos do disposto no art. 166, § 9o e § 11, da Constituição, bem como pelas programações decorrentes de emendas de bancada estadual, de execução obrigatória nos termos do disposto no art. 166, § 12, da Constituição e art. 2º da Emenda Constitucional no 100, de 2019.
Desta forma, as segregações acrescidas, para além de não contribuírem com a finalidade precípua do identificador de resultado primário, não possuem assento constitucional e, ademais, em decorrência da nova diretriz do "dever de execução" das programações orçamentárias discricionárias, conforme estabelecido pelas Emendas Constitucionais no 100, de 26 de junho de 2019, e no 102, de 26 de setembro de 2019, amplia desnecessariamente a segregação das referidas despesas.
Por oportuno, frise-se, que os dispositivos em comento investem contra o princípio da impessoalidade que orienta a administração pública, ao fomentarem cunho personalístico nas indicações e priorizações das programações decorrentes de emendas, ampliando as dificuldades operacionais para a garantia da execução da despesa pública, o que contraria o interesse público. Assim como impõe-se o veto do § 23 do art. 64, por tratar exclusivamente dos RP 8 e 9".

2021, foram pagos R$ 6.392.225.603,58, em razão de emendas do relator (RP 9) e R$ 0,00 em razão de emendas de comissões (RP 8). Cumpre mencionar que, segundo a mesma base de dados, haviam sido empenhados originalmente R$ 16.719.609.211,00, em emendas de relator, no ano de 2021 (RP 9). Os valores se mantiveram estáveis no ano de 2022, com uma sensível diminuição no valor empenhado em emendas de relator (R$ 8.648.785.191,77).

Tabela 2: valores empenhados, liquidados e pagos em emendas parlamentares individuais, emendas de bancada emendas de comissão e emendas de relator (2021). **Fonte:** elaboração do autor, a partir de dados da CGU.

Receita corrente líquida[286]	R$ 1.062.519.047.775,45
Emendas parlamentares individuais (RP 6)	**6217**
Empenhado	R$ 9.455.895.484,81
Liquidado	R$ 6.347.507.629,84
Pago	R$ 6.287.865.002,09
Emendas de bancada (RP 7)	**347**
Empenhado	R$ 7.223.110.314,86
Liquidado	R$ 3.265.806.805,47
Pago	R$ 3.218.723.947,14
Emendas de comissão (RP 8)	**0**
Empenhado	R$ 0,00
Liquidado	R$ 0,00
Pago	R$ 0,00
Emendas de relator (RP 9)[287]	**31**
Empenhado	R$ 16.719.609.211,00
Liquidado	R$ 6.396.935.421,96
Pago	R$ 6.392.225.603,58

[286] Os dados da RCL são oriundos do Tesouro Nacional (2022).

[287] Os dados encontrados com as informações disponíveis no Portal da Transparência da CGU estão de acordo com o que é informado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) ([s.d.]). O mesmo relatório não está disponível para as contas do ano de 2022.

Tabela 3: valores empenhados, liquidados e pagos em emendas parlamentares individuais, emendas de bancada, emendas de comissão e emendas de relator (2022). **Fonte:** elaboração do autor.	
Receita corrente líquida[288]	R$ 1.253.427.306.532,63
Emendas parlamentares individuais (RP 6)	**5704**
Empenhado	R$ 10.689.498.741,98
Liquidado	R$ 6.934.194.207,93
Pago	R$ 6.824.153.149,66
Emendas de bancada (RP 7)	**355**
Empenhado	R$ 5.757.302.978,47
Liquidado	R$ 3.091.010.304,64
Pago	R$ 3.051.104.072,34
Emendas de comissão (RP 8)	**17**
Empenhado	R$ 307.782.458,38
Liquidado	R$ 85.949.704,59
Pago	R$ 86.561.888,41
Emendas de relator (RP 9)	**23**
Empenhado	R$ 8.648.785.191,77
Liquidado	R$ 7.085.157.808,26
Pago	R$ 7.043.791.876,72

É interessante notar que, no ano de 2021, os valores empenhados e pagos em emendas de relator foram superiores aos valores empenhados e pagos em emendas individuais, apesar de essas (ao contrário das emendas de relator) serem de execução obrigatória e apesar, também, de o valor empenhado ser em muito inferior ao limite de 1,2% da RCL (cerca de 0,8% da RCL).

Após o começo do escândalo no ano de 2021 (FARIA, 2022, p. 7–14), a Câmara dos Deputados disponibilizou um consolidado informando quem

[288] Os dados da RCL são oriundos do Tesouro Nacional (2023).

seriam os beneficiários[289] e autores de cada uma das emendas RP 9. Porém, de um total solicitado em emendas de R$ 12.318.859.349,62, um montante de R$ 3.978.098.372,28 é atribuído a usuários externos (ou seja, nem deputados, nem senadores) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, [s.d.]) — o que, para deixar claro, significa que há várias solicitações, somando um valor de aproximadamente 4 bilhões de reais, sem informação a respeito de quem foram os parlamentares solicitantes do dinheiro.

Por fim, é de se frisar que, após repercussão na imprensa e pressionado (inclusive, como será visto abaixo, por uma cautelar do STF), o Congresso Nacional tentou conferir à prática uma aparência de legalidade por meio da edição de duas resoluções (Resolução nº 2/2021[290] e 1/2022[291]) e do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021[292], regulamentando as emendas de relator — inclusive, aumentando a publicidade —, o que pode ser uma explicação possível (ao lado da própria divulgação do esquema, com possíveis efeitos danosos para a imagem do parlamentar a ele associado) para a diminuição dos valores entre os anos de 2021 e 2022.

2.3. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF

Foram ajuizadas diversas ações diretas de controle de constitucionalidade, perante o STF, visando a declarar a prática legislativa das emendas de relator inconstitucional. Algumas decisões no âmbito dessas ações merecem ser destacadas.

---

[289] Esta informação está disponível de forma não consolidada para a LOA 2021. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, [s.d.])

[290] A Resolução nº 2/2021 permitiu que o relator-geral do orçamento apresentasse emendas ao PLOA, observado o limite da soma entre as emendas tratadas pelos §§ 11 e 12, do art. 166, da CF/1988 (emendas parlamentares individuais e de bancada estadual), bem como determinou a publicação das solicitações que fundamentaram a emenda.

[291] A Resolução nº 1/2022 determinou que metade dos valores das emendas de relator fossem executados em ações e serviços públicos de saúde, educação e de assistência social, além de definir o percentual de indicação de emendas.

[292] O Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021 visou a dar uma resposta à cautelar deferida pelo STF, aumentando a publicidade do processo de apresentação de emendas de relator.

Foi prolatado um acórdão, em novembro de 2021, referendando cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber, e determinando a publicização de documentos embasadores da distribuição de recursos pelas emendas de relator; a tomada de medidas para garantir a publicidade e a transparência nas despesas; e, quanto ao exercício de 2022, a suspensão da execução de recursos orçamentários oriundos do identificador RP 9.

Em dezembro de 2021, o STF, após a edição do ato conjunto e da Resolução nº 2/2021, permitiu a realização das despesas decorrentes de emenda de relator no ano orçamentário de 2022, por considerar que havia um aumento da transparência ao lado de um risco de paralização orçamentária potencialmente danoso à coletividade.

Por fim, em dezembro de 2022, o STF, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, entendeu que o orçamento secreto, em que "o Executivo favorece os integrantes de sua base parlamentar mediante a liberação de emendas orçamentárias em troca de apoio legislativo no Congresso Nacional", com ocultação de valores e da quota de cada parlamentar no montante, é inconstitucional, por não ter previsão constitucional, por não se conformar às diretrizes de planejamento, transparência e responsabilidade fiscal, e por ser

> inaceitável em face dos postulados constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (CF, art. 37, caput); inconciliável com o planejamento orçamentário (CF, art. 166) e com a responsabilidade na gestão fiscal (LC nº 101/2000; além de incompatível com o direito fundamental a informação (CF, art. 5º, XXXIII) e com as diretrizes que informam os princípios da máxima divulgação, da transparência ativa, da acessibilidade das informações, do fomento à cultura da transparência e do controle social (CF, arts. 5º, XXXIII, "a" e "b", 37, caput e § 3º, II, 165-A e Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I a V) (ADPF 850)

3. Uma análise do orçamento secreto à luz das possíveis motivações dos agentes políticos

Existem alguns modos de um governo conseguir apoio no Congresso Nacional. O primeiro, e mais óbvio, é a compra deste apoio (*e.g.*, o caso do Mensalão, AP 470), que é uma prática ilícita. Ao lado dela existem hipóteses mais

sutis (e, principalmente, lícitas) de se conquistar este apoio: o governo pode atender demandas de parlamentares aliados em troca de apoio (por meio, *e.g.*, de ações diretas, como a construção de determinado equipamento urbano ou rural, ou transferências voluntárias de verbas públicas); pode nomear aliados (ou indicados de aliados) para ministérios, gestão de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de outros cargos; e podia, até 2015, liberar a verba necessária para execução orçamentária de uma emenda parlamentar (que, de outro modo, poderia não ser executada ao final do ano orçamentário).

Essa operação, é verdade, não é propriamente sofisticada. O governo que libera verbas ou cargos para aliados em troca de apoio[293], na verdade, permite que os seus aliados tenham ações de visibilidade e impacto perante suas bases eleitorais (em alguns casos, até que tentem expandir seu conjunto de eleitores), o que, em última análise, tem como objetivo deixar o eleitorado satisfeito e garantir a reeleição daquele que conseguiu a ação (e do próprio governo, que entra como patrocinador das ações realizadas) — por mais egoístas que sejam os interesses envolvidos, é de se notar que a população também é potencialmente beneficiada pelos recursos conquistados pelo político que está disposto a vender seu apoio para o governo (LEAL, 2012, p. 57–59). Vale construir um caso hipotético: digamos que o parlamentar P consiga do governo G a liberação de verbas para a construção de um açude no município M, um dos municípios onde P tem sua base eleitoral. O cálculo racional é que, diante da capacidade de P de conseguir de G melhorias de infraestrutura para a população local, a população de M tenha interesse em reeleger (e reeleja) P, o que não deixa de ser do interesse de G, que busca ter (e manter) um aliado no Congresso para fazer avançar seus projetos e medidas. Além disso, como as verbas são liberadas por G, este favorece P na construção do açude e recebe uma parte dos dividendos eleitorais da sua construção. Ademais, nas eleições, é esperado que, se tudo correr bem, G apoie P e que P apoie G, de tal forma que ambos se beneficiem de um apoio mútuo,

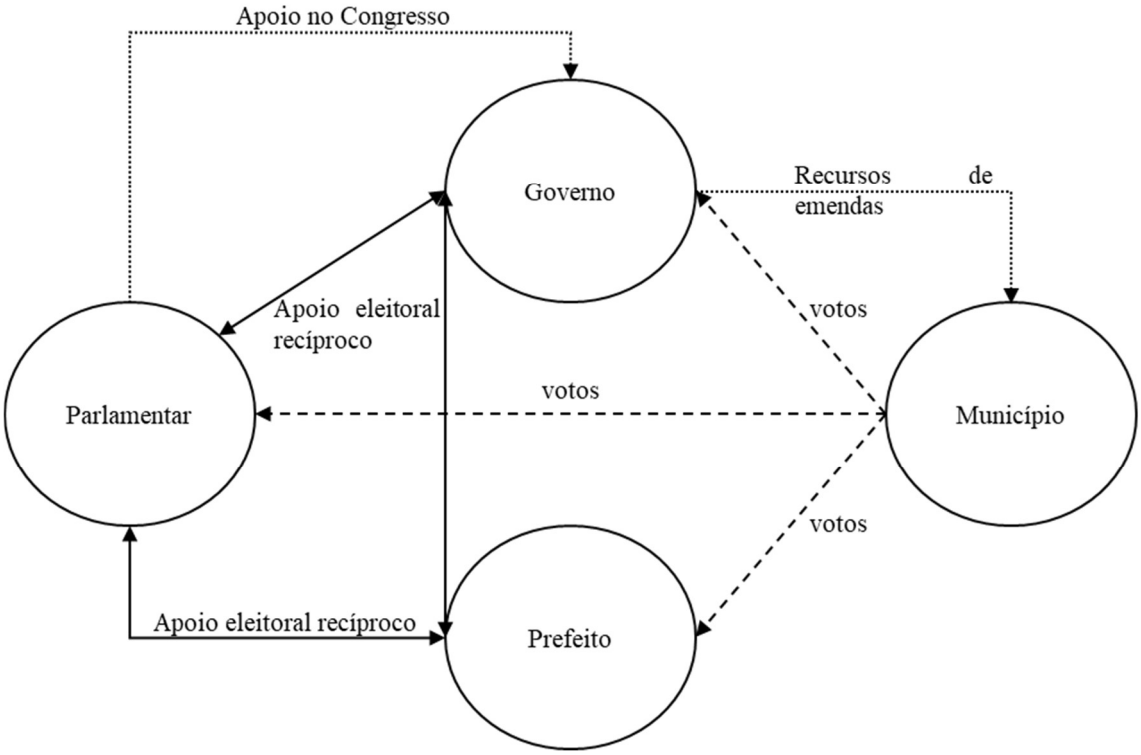
[293] Uma empresa pública como a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba (CODEVASF) pode se tornar palco de disputa entre aliados do governo, por ter o potencial de proporcionar elevados dividendos eleitorais (CARNEIRO, 2023).

geralmente complementado pelo apoio de figuras locais chave como o prefeito de M, que recebeu os benefícios da negociação entre P e G e do qual, evidentemente, o apoio (se for possível) é esperado.

Existe um número finito de empresas públicas, autarquias, ministérios e cargos em comissão que podem ser distribuídos em troca de apoio. O governo, além disso, precisa se manter em controle de postos-chave, se tem alguma pretensão de, além de sobreviver ao apetite do Congresso, governar de fato. Desta forma, um dos principais instrumentos jurídicos voltados a garantir apoio em operações como o hipotético caso do açude é o uso da liberação de verbas para despesas oriundas de emendas parlamentares.

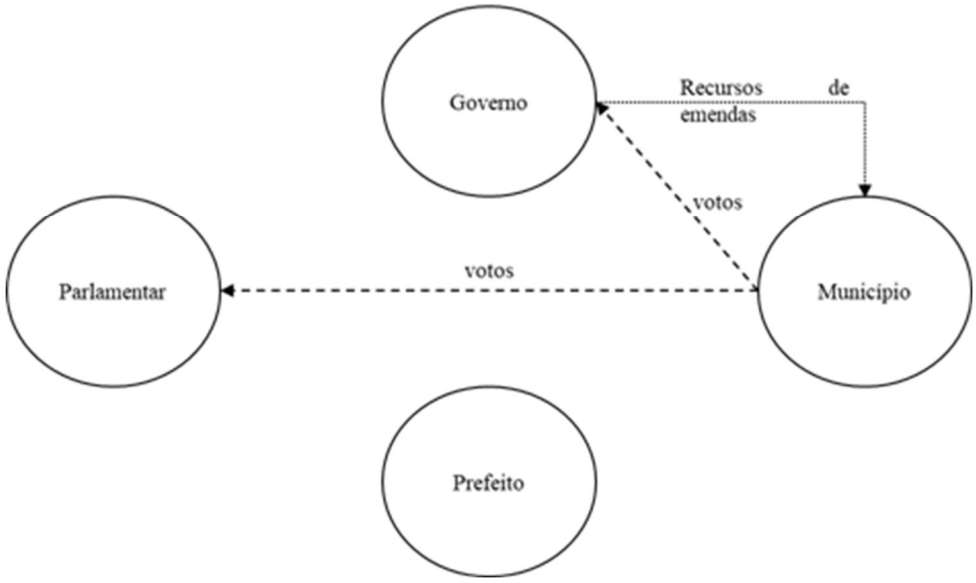
A partir de 2015, como as emendas parlamentares individuais se tornaram impositivas, o governo perdeu uma das suas possibilidades de barganha. É algo óbvio: se a despesa é obrigatória, o parlamentar não precisa dar nada para o governo em troca da execução da emenda. O governo perde o apoio, não só no Congresso, mas também eleitoral. Ambas as mencionadas dinâmicas são ilustradas pelas imagens a seguir.

Figura 1: liberação de recursos de emendas parlamentares, por apoio no Congresso e apoio eleitoral (até 2015 e com orçamento secreto).



Fonte: elaboração do autor.

Figura 2: liberação de recursos de emendas parlamentares (emendas impositivas).



Fonte: elaboração do autor.

Curiosamente, entretanto, a nova dinâmica de uso dos recursos não agradou o Congresso, que não tardou em reestabelecer, em 2020, um esquema de trocas com o Executivo (que, como visto acima, originalmente até se opôs ao esquema). Por quê?

Em primeiro lugar, porque a outra face dessa moeda é que, se o governo perde a possibilidade de dar alguma coisa (que, como já salientado, se limita ao momento, dentro do ano-orçamentário em que se dá a liberação da emenda), o parlamentar perde, também, um dos mecanismos de troca do seu apoio — afinal, ele não tem como efetuar uma troca com algo que já está garantido. Suas demandas, portanto, devem recair sobre novos objetos. Além disso, ao contrário do que ocorria até 2015 com as emendas parlamentares e do que ocorria, também, no caso do orçamento secreto, o sistema de emendas impositivas é regulado: cada parlamentar tem uma quota orçamentária para apresentar até 25 emendas diferentes (art. 49, § único, da Resolução nº 1/2006 do Congresso Nacional) (OLIVEIRA, 2015, p. 620–624) e as emendas, como já foi mencionado, têm um limite em relação ao próprio orçamento.

A questão é que, se esse sistema, no fundo, é bom para os eleitores da base eleitoral do parlamentar (que vão receber algum benefício do dinheiro, ao menos em tese), ele é devastador para os parlamentares: é que, se todos têm a mesma quantidade de recursos, então fica mais difícil para que um determinado parlamentar se destaque por conseguir recursos (pois todos conseguem a mesma quantidade). As únicas saídas possíveis são procurar outras formas de conseguir recursos (o que é dificultado pelo número finito de cargos e favores que um governo pode conceder); ou fazer um uso mais eficiente dos recursos (o que esbarra no problema da incerteza na alocação dos recursos). Se o objetivo dos agentes políticos é converter recursos em votos, e se a reação dos eleitores não pode ser conhecida com certeza (apesar de existirem sinais que podem ser interpretados pelos agentes políticos e, em determinadas condições, as necessidades do público também podem ser manipuladas, ainda que essa manipulação, também, seja de efeitos incertos), então não há um modo fácil de dizer que uma determinada ação, necessariamente, implicará mais votos.

Os políticos, pois, operam em um ambiente de profunda incerteza, como Robert Dahl (2005, p. 305–310) já diagnosticou nos anos 50 do século passado. Mas, por maiores sejam as incertezas (e, portanto, os riscos), é fato que quanto mais recursos, maior a possibilidade de acertar o uso desses recursos, destacar-se e distinguir-se entre os concorrentes. No mínimo, um político que consegue mais recursos é, para a população local, um candidato melhor do que um político que não consegue recurso algum. Se até 2015 o modo de estabelecer essas diferenças eram as emendas parlamentares sobre o PLOA, a forma, pouco criativa, encontrada pelo Congresso de reestabelecer as diferenças entre os parlamentares (e permitir que uns saiam na frente dos outros) foi criar um modo de distribuição desigual dos recursos disponíveis, que foi, justamente, o orçamento secreto — e que, ao fim e ao cabo, é apenas a reedição do esquema anterior a 2015, mas de forma menos transparente e, pode-se dizer, mais voraz por recursos.

Como? A figura-chave para que o esquema do orçamento secreto funcionasse era o relator-geral do orçamento, que foi o responsável por colocar as emendas de relator no PLOA, mediante indicação dos parlamentares interessados, e, também, era quem solicitava a liberação das verbas ao Poder Executivo, indicando a ordem de prioridades na liberação dos recursos (art. 69-A, §1º, da Resolução nº 1/2006 do Congresso Nacional; art. art. 71 da LDO/2022; art. 79, II, da LDO/2023) — solicitação esta, que, de se frisar, não era impositiva ao Poder Executivo. A relatoria do orçamento é atribuída pela presidência da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), que, por sua vez, é composta seguindo a proporcionalidade partidária no Congresso. Isso, na prática, significa que, desde que o governo tenha maioria no Congresso (e que tenha conseguido o apoio da presidência da CMO), é possível colocar um aliado na relatoria-geral do orçamento, o que, com o orçamento secreto, permite que se privilegiem aliados em detrimento da oposição. E, sendo o relator-geral uma figura governista, ele efetivamente se tornou o gestor do apoio do governo no Congresso Nacional, mediante a indicação de emendas, de sua relatoria (com efeito, de sua gestão), a serem liberadas pelo governo (em troca, evidentemente,

de apoio). Parlamentares que não estão ligados ao governo nesse arranjo não têm motivos para receber verbas de emendas (exceto em uma composição pontual com o governo, que eventualmente pode acontecer) e, seguindo a mesma lógica descrita nas linhas acima, isso implica que municípios que elegeram parlamentares de oposição ficam sem recursos alocados (pela via de emendas) pelo governo federal (excetuadas, evidentemente, as verbas oriundas de emendas individuais e de bancada).

Em uma apertada síntese: o orçamento secreto tornou-se uma forma de privilegiar os amigos (e principalmente os eleitores dos amigos e os prefeitos amigos dos amigos) em detrimento dos demais. De quebra, ainda, como as emendas eram incluídas no orçamento pelo relator-geral — e não pelos parlamentares interessados — diminuiu-se a transparência na alocação destes recursos, estabelecendo-se uma situação objetivamente pior, no que tange à transparência das trocas de favores, do que a situação pré-2015 (quando não existiam emendas impositivas), além de se favorecer possíveis esquemas ilícitos de desvio de verbas, que servem tanto para enriquecimento pessoal, quanto, também, para o pagamento de despesas eleitorais (ou seja, acabam sendo uma forma de manutenção do poder).

4. Um caso de retrocesso democrático? O orçamento secreto no contexto do governo Bolsonaro (2018-2022)

O retrato concebido na seção anterior quanto ao orçamento secreto, considerando a conduta racional dos agentes políticos, está largamente de acordo com a evidência empírica. Com efeito, há indícios de que irregularidades foram cometidas com o dinheiro oriundo do orçamento secreto (DIAS, 2022); bem como de municípios que, por não serem bases eleitorais de políticos ligados ao esquema, não receberam recursos do orçamento secreto (SHALDERS; DO LAGO; CONCONI, 2022); e, principalmente, de captura do mecanismo, criado pelo Legislativo, pelo Executivo, para fazer andar suas pautas (WETERMAN; FERNANDES, 2022). A questão a ser vencida nesta seção é entender se, considerando as duas particularidades do orçamento secreto (havia uma prática

parecida no período pré-2015 e, registrando que o esquema não foi criado pelo governo Bolsonaro, mas sim pelo próprio Congresso), é possível dizer que se trata de um caso de retrocesso democrático (nos termos delineados na seção 1)? A resposta, com ressalvas, é positiva.

Com efeito, analisado como simples retrocesso, é evidente que o orçamento secreto, na medida em que não é transparente a respeito de quem solicitou a verba orçamentária (político ou não), consegue ser mais obscuro que a prática que estava estabelecida no período anterior a 2015 e, nesse sentido, representa um retrocesso tanto no que tange à transparência no uso de recursos públicos (que, diga-se de passagem, é um direito do cidadão conhecer – art. 5º, XIV, CRFB/1988), quanto em relação ao próprio processo político que se desenvolve. Isto é, enquanto, em relação a uma emenda parlamentar individual, no período anterior a 2015, era possível, em tese, encontrar a correspondência entre a liberação de uma verba e o apoio do parlamentar (por exemplo, antes de uma votação importante para o governo), no caso do orçamento secreto, ambos os componentes deste par existem, mas não de forma pública. Sabe-se que o governo liberou verbas em troca de apoio parlamentar na véspera de uma votação importante, por exemplo, mas não se sabe quem foi o destinatário da verba (pode-se ter apenas suspeitas e indícios disso uma vez que não são públicas as informações a esse respeito)[294]. Do ponto de vista prático, impede-se que os cidadãos conheçam as trocas de favores que vêm sendo efetuadas entre parlamentares e governo, o que, se é verdade que favorece os parlamentares, também é verdade que favorece o governo na medida em que facilita a "compra" de apoio (por eliminar um custo de dano de imagem do parlamentar de participar deste tipo de esquema). Abre-se, em suma, uma possibilidade de captura do Legislativo pelo Executivo — possibilidade esta que, como visto acima, foi aproveitada pelo governo Bolsonaro.

É lógico, entretanto, que estamos diante de dois gumes: pois, se é verdade que os custos de transação se reduzem pela natureza "secreta" das emendas de

[294] Não sabemos quem solicitou a verba, mas, se sabemos onde a verba foi usada, podemos ter indícios de quem é o parlamentar responsável pelo pedido, considerando as bases eleitorais.

relator, é fato, também, que o apetite parlamentar, antes limitado pela publicidade da troca, agora é virtualmente ilimitado. Em outras palavras: um Executivo hábil pode usar o esquema como forma de captura do Legislativo (principalmente pensado na sua faceta como instituição de controle), mas um Executivo inapto torna-se, facilmente, uma instituição extremamente limitada e controlada pelo Congresso. Afinal, os parlamentares podem usar seu apoio como moeda de troca, mas dadas as competências de controle do Legislativo sobre o Executivo, o apoio pode, logo, tornar-se chantagem.

Outro forte indício de captura do Legislativo pelo Executivo durante o governo Bolsonaro é o fato de que, apesar dos diversos crimes de responsabilidade potencialmente cometidos e as diversas denúncias apresentadas (mais de 100!), o então Presidente Bolsonaro exerceu os quatro anos de seu mandato sem ver um pedido de *impeachment* contra si ser votado (na sua admissibilidade) pela Câmara dos Deputados — e, em decorrência disso, sem enfrentar um julgamento sequer pelo Senado Federal (AMARAL, 2023). Se é verdade que não se pode, causalmente, imputar isso única e exclusivamente ao esquema do orçamento secreto, é verdade também que este esquema, como instrumento de domínio do Legislativo pelo Executivo (com a aquiescência e participação do Presidente da Câmara dos Deputados), foi um dos fatores que impediram a atuação do Congresso Nacional como instância de controle do Executivo (por meio da admissão de pedidos de *impeachment* e julgamento de crimes de responsabilidade).[295]

É algo auto evidente que, se o Presidente da República tem um modo de obter uma maioria no Congresso, não faz sentido para o Presidente da Câmara se indispor com o governo pautando a admissibilidade de um pedido *impeachment* — seria mais razoável, desde uma perspectiva de tomada de escolhas racionais pelos agentes, participar do esquema e colher frutos dele. Por outro lado (e neste ponto aparece novamente a incerteza, que, ademais, permeia

[295] Não há espaço, aqui, para reconstruir uma argumentação histórico-jurídica que coloque o Parlamento como instância de controle do Executivo, mas cumpre destacar que está assertiva está pressuposta. (BALEEIRO, 2015, cap. XLV; SILVA, 2021, p. 431–434, 443–444)

toda a lógica do orçamento secreto), se alguns desses pedidos tivesse tido andamento pelo Presidente da Câmara, os deputados arriscariam causar dano à sua própria imagem (e, mais importante, a seus próprios resultados eleitorais) alinhando-se com o Presidente da República em troca de recursos do orçamento secreto? É uma indagação que não se pode responder. De toda forma, fica mais uma vez acentuada a feição de retrocesso democrático do orçamento secreto, na medida em que sua existência, como forma de garantir apoio do Congresso Nacional e, em especial, da Câmara dos Deputados, serviu como modo de impedir a atuação do Congresso como instância de controle.

Em terceiro lugar, é importante que se diga que o orçamento secreto pode ser considerado inconstitucional (como foi) e ilegal, mas isso não faz dele uma prática criminosa (como o Mensalão, por exemplo) — apesar de poder ser usado para práticas criminosas (como há indícios de que tenha ocorrido). Neste sentido, ele se amolda perfeitamente à noção de retrocesso democrático, na medida em que o que foi usado pelo governo Bolsonaro (em conluio com o Congresso) foi um instrumento jurídico sofisticado para atingir um domínio (com as devidas ressalvas) do Executivo pelo Legislativo (com um fim autocratizante). Um governo que não se amolda ao conceito de retrocesso democrático talvez tivesse recorrido a outros expedientes, como compra de votos (corrupção) ou, simplesmente, o fechamento do próprio Congresso. Ainda que todos os governos autoritários tenham usado do Direito no seu dia a dia[296], a literatura a respeito do retrocesso democrático frisa que o uso do Direito como forma de obter legitimidade[297] no processo autocratizante é própria do momento presente.

Por outro lado, o orçamento secreto deve ser considerado como uma forma incipiente de retrocesso democrático, na medida em que não houve o domínio total do Legislativo pelo Executivo, mas sim um conluio, em que o Executivo ainda dependia de uma figura-chave: o relator-geral do governo — se o governo e relator não estivessem alinhados, não haveria esquema. Além disso,

[296] Para Kelsen (1987, p. 300–303), Estado e Direito se confundem em uma mesma entidade.
[297] Hart (2012, p. 86–91) nota que o Direito tem legitimidade social por si só. Isto é, que uma regra jurídica usada como *standard* de conduta é entendida como causa suficiente para a reprovação de um comportamento que foge desse *standard*.

no orçamento secreto o governo, como visto acima, continuou refém de um Presidente da Câmara dos Deputados que, a qualquer momento, poderia ter pautado um pedido de *impeachment* contra o Presidente da República, o que, consideradas as incertezas em que o processo político está imerso, tinha potencial de alterar radicalmente o esquema, se não mesmo sepultá-lo completamente.

Por fim, nota-se que, quando o orçamento secreto coloca o uso de recursos públicos como dependente da ação agentes políticos em busca de votos (e, em última análise, de exercer dominação local), há um retrocesso para antigas práticas de coronelismo e clientelismo, que há muito já poderiam (e deveriam) estar extirpadas de um processo político brasileiro (CARVALHO, 2017, p. 42–47; LEAL, 2012, cap. 1; MATTOS, 2012). De quebra, este modo de distribuição de recursos também age como uma fissura na racionalidade orçamentária, na medida em que o governo tende a fazer não um uso racional dos recursos no sentido de atendimento das necessidades da população, mas sim um uso eleitoralmente racional, mesmo se, do ponto de vista financeiro, for absolutamente ineficiente ou mesmo irracional.

Conclusão

Há, hoje, uma literatura relativamente consolidada que aponta que a democracia no mundo vive, em alguns países, uma ameaça de retrocesso democrático que atinge as feições mais básicas da democracia. O Brasil, enquanto país democrático, não está imune a esse retrocesso e viu a ascensão de um Presidente que pode ser (e usualmente é) considerado como um líder com um projeto de autocratização.

O caso do orçamento secreto, *a priori*, amolda-se perfeitamente a esse conceito na medida em que se revelou um poderoso instrumento de influência do Executivo sobre o Legislativo. Por outro lado, há uma série de particularidades, que foram exploradas neste artigo, que tornam o caso *sui generis*, das quais se destacam três: sua gênese, em que o Executivo se opôs ao esquema; o fato de existir uma prática anterior muito similar (o que implicaria que não há retrocesso em sentido estrito); e o instrumento utilizado se prestar, muito bem, a ser um instrumento de chantagem do Legislativo sobre o Executivo

Na prática, porém, estas particularidades não impedem o orçamento secreto (consideradas as suas particularidades) de ser considerado um instrumento de retrocesso democrático, pois o esquema foi capturado pelo Executivo para domínio do Legislativo, especialmente no que tange às suas competências de controle do Executivo, além de representar um retrocesso em relação à situação que existia anteriormente (no que tange à transparência do processo político e do uso de recursos públicos, além da racionalidade orçamentária) e, inclusive, com o aprofundamento de práticas coronelistas e clientelistas.

Este esquema e a sua captura pelo Executivo podem ser ao menos parcialmente compreendidos (como foi feito neste ensaio) seguindo um prisma de maximização de uso dos recursos em que indivíduos racionais usam os recursos de que dispõem para um determinado fim, da forma o mais eficiente possível. Em termos concretos: se for dado como pressuposto que um maior gasto corresponde a um maior número de votos, então a conclusão é que os agentes políticos vão procurar o maior número possível de recursos orçamentários para aplicar em suas bases eleitorais e maximizar seu número de votos. Estes recursos, por sua vez, estão sob a custódia do Executivo, que tem interesse tanto em maximizar seus próprios votos (como forma de obter legitimidade democrática)[298], quanto em maximizar seu apoio parlamentar para levar a cabo seus projetos — no caso do governo Bolsonaro, um projeto autocratizante (cujo sucesso, insucesso ou particularidades fogem ao escopo deste ensaio) — e obter legitimidade.

Além disso, o orçamento secreto se amolda ao conceito de retrocesso democrático por ser um instrumento jurídico lícito (ao menos em um primeiro momento) de "compra" de apoio parlamentar pelo Executivo e, em certo sentido, uma sofisticação em relação a modelos anteriores como a compra de votos com esquemas de corrupção ou distribuição de um número finito de cargos de

[298] Não é demais frisar que, desde o século XX, mesmo as ditaduras tentam se apresentar com um verniz democrático (DAHL, 2020, p. 1–4; SCHMITT, 1985, p. 22–23; SCHUMPETER, 2017, p. 319–329).

interesse (e com um alto custo sobre o próprio controle do governo sobre a Administração).

Por outro lado — e talvez essa seja a conclusão mais importante deste ensaio —, o orçamento secreto (dentro do projeto de governo autocratizante) é altamente dependente não só do uso de instrumentos jurídicos, mas também da incerteza do processo político a favor deste projeto autocratizante. Em outras palavras, para que o orçamento secreto funcionasse, o governo precisava que fosse uma competência discricionária sua a liberação da verba da emenda parlamentar (que pode ou não ser liberada, ao contrário do que ocorre com as emendas parlamentares impositivas). Similarmente, parlamentares precisam do máximo de recursos disponíveis por não lhes ser possível saber como alocar os seus recursos de forma que a conversão entre dinheiros e votos se dê da forma o mais eficiente possível. Além disso, o Presidente da Câmara embarcou no esquema, dentre outros fatores, pela própria incerteza dos efeitos de se confrontar o chefe do Executivo (o que poderia, mesmo, alterar radicalmente a própria conjuntura política, dada a incerteza inerente a esse processo).

Referências

AMARAL, L. Bolsonaro acumulou 158 pedidos de impeachment; Câmara acabará de arquivá-los hoje. **CNN Brasil**, 31 jan. 2023.

BALEEIRO, A. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Indicações para execução orçamentária em RP9 - LOA 2021**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/Indicacoes-para-execucao-orcamentaria-em-RP9_LOA-2021>. Acesso em: 13 maio. 2023a.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Indicações para execução orçamentária em RP9 - LOA 2022**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/Indicacoes-para-execucao-orcamentaria-em-RP9_LOA-2022>. Acesso em: 13 maio. 2023b.

CAMPOS, F. **O Estado Nacional: s**ua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Livraria do Senado Federal, 2001.

CARNEIRO, M. Disputa por comando da Codevasf na Bahia abre nova crise com líder do União Brasil. **Estado de São Paulo**, 5 maio 2023.

CARVALHO, J. M. DE. **O pecado original da república: d**ebates, personagens e eventos para compreender o Brasil. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2017.

CASTELLS, M. **Ruptura:** a crise da democracia liberal. Tradução: Joana Angélica D'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTILHO, D. R.; LEMOS, E. L. DE S. Necropolítica e governo Jair Bolsonaro: repercussões na seguridade social brasileira. **Revista Katálysis**, v. 24, p. 269–279, 16 jun. 2021.

CHAGAS-BASTOS, F. H. Political Realignment in Brazil: Jair Bolsonaro and the Right Turn. **Revista de Estudios Sociales**, n. 69, p. 92–100, jul. 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Detalhamento de emendas parlamentares - Portal da transparência**. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/emendas/consulta?paginacaoSimples=true&tamanhoPagina=&offset=&direcaoOrdenacao=asc&colunasSelecionadas=codigoEmenda%2Cano%2CtipoEmenda%2Cautor%2CnumeroEmenda%2ClocalidadeDoGasto%2Cfuncao%2Csubfuncao%2CvalorEmpenhado%2CvalorLiquidado%2CvalorPago>. Acesso em: 13 maio. 2023.

DAHL, R. A. **Who governs?** democracy and power in an american city. 2. ed. New Haven, London: Yale University Press, 2005.

DAHL, R. A. **On Democracy**. New Haven, London: Yale University Press, 2020.

DANN, P. Of Punks and Nerds: Two Types of Authoritarian Leaders and Their Meaning for Constitutionalism. **Verfassungsblog**, 27 set. 2022.

DANN, P.; MENDES, C. H.; RIEGNER, M. Bolsonarism at the Ballot Box: The Brazilian Election and Comparative Constitutional Law. **Verfassungsblog**, 20 set. 2022.

DIAS, G. Bilhões em verbas: as denúncias de corrupção envolvendo o orçamento secreto. **Uol**, 30 set. 2022.

DÍAZ, E. **Estado de Derecho y Sociedad Democratica**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981.

DOWNS, A. **Uma teoria econômica da democracia**. Tradução: Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

FARIA, R. O. **As Emendas de Relator-Geral do PLOA nas Normas Regimentais do Congresso Nacional:** Gênese, Configuração e Evolução Histórica. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2022.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMBOA, L. **Resisting backsliding:** opposition strategies against the erosion of democracy. 1. ed. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2022.

GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018.

HAGGARD, S.; KAUFMAN, R. **Backsliding:** Democratic Regress in the Contemporary World. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HUME, D. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

HUNTINGTON, S. P. **The Third Wave:** Democratization in the Late 20th Century. [s.l.] University of Oklahoma Press, 2012.

KELSEN, H. **The political theory of bolshevism:** a critical analysis. Berkeley: University of California Press, 1948.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KELSEN, H. Fundamentos da democracia. Em: **A democracia**. Tradução: Tradução: Vera Barkow et al. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 137–297.

LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **How democracies die:** what history reveals about our future. New York: Broadway Books, 2018.

MATTOS, H. A vida política. Em: SCHWARCZ, L. M. (Ed.). **A abertura para o mundo 1889-1930**. História do Brasil Nação: 1808-2010. 1. ed. São Paulo: Objetiva, Fundación Mapfre, 2012. p. 85–131.

MEDEIROS, T. Lira defende emendas do Orçamento Secreto: "São lícitas e constitucionais". **Correio Braziliense**, 3 out. 2022.

MOUNK, Y. **O povo contra a democracia:** por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite; Tradução: Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

OLIVEIRA, R. F. DE. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2015.

POLANYI, K. A subsistência do homem. Em: LEVITT, K. P. (Ed.). **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

SCHEPPELE, K. L. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, p. 545–583, 2018.

SCHMITT, C. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Tradução: Ellen Kennedy. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985.

SCHMITT, C. **Constitutional Theory**. Tradução: Jeffrey Seitzer. Durhan, London: Duke University Press, 2008.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira De Araújo. São Paulo: Editora da UNESP, 2017.

SHALDERS, A.; DO LAGO, C.; CONCONI, A. 'Desertos políticos': Cidades que votaram em candidatos derrotados não receberam orçamento secreto. **Estado de São Paulo**, 21 set. 2022.

SILVA, V. A. DA. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TESOURO NACIONAL. **Receita Corrente Líquida (RCL) - 2021 - 3° Quadrimestre — Tesouro Transparente**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/receita-corrente-liquida-rcl/2021/29>. Acesso em: 13 maio. 2023.

TESOURO NACIONAL. **Receita Corrente Líquida (RCL) - 2022 - 3° Quadrimestre — Tesouro Transparente**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/receita-corrente-liquida-rcl/2022/29>. Acesso em: 13 maio. 2023.

TEUBNER, G. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização**. Tradução: Tradução: Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Contas do Presidente - 2021**. Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/contas-do-presidente/09-emendas-de-relator-geral.html>. Acesso em: 13 maio. 2023.

WETERMAN, D.; FERNANDES, A. Governo libera R$ 1,7 bilhão do orçamento secreto após decreto de Bolsonaro. **Estado de São Paulo**, 8 set. 2022.

ZANOTTI, L.; RAMA, J.; TANSCHEIT, T. Assessing the fourth wave of the populist

radical right: Jair Bolsonaro's voters in comparative perspective. **Opinião Pública**, v. 29, p. 1–23, 26 maio 2023.

Acórdãos consultados

ADI 4048 MC, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232.

ADPF 850, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 27-04-2023 PUBLIC 28-04-2023.

ADPF 850 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 21-03-2022 PUBLIC 22-03-2022.

ADPF 850 MC-Ref-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2022 PUBLIC 10-03-2022.

AP 470, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011

15. Diálogos institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário: uma análise do Recurso Extraordinário (RE) 1017365 e da Lei 14.701/2023

Marília Siqueira da Costa[299]

Introdução

Em 21 de setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) encerrou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, com repercussão geral (Tema 1.031), fixando o entendimento de que a data da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não compõe o conceito de ocupação tradicional da terra por povos indígenas (afastou-se a tese do marco temporal)[300].

Com essa decisão, a posição defendida pelos povos originários foi vitoriosa, ainda que com ressalvas (e grande preocupação) quanto aos demais aspectos da tese fixada. Nesse contexto, a resposta pelo Poder Legislativo, que já vinha sendo construída no curso do julgamento, foi imediata, guiada e impulsionada pelos interesses derrotados na disputa perante o Poder Judiciário.

Em 30 de maio de 2023, pouco antes da sessão em que houve a apresentação do primeiro voto no julgamento do RE 1017365, contrário à tese do marco temporal, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 490/2007, cujo objeto envolvia, entre outros, a limitação das terras tradicionalmente

[299] Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas GV-Law. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Procuradora da República.

[300] A íntegra da tese fixada, com suas nuances, será detalhada no tópico 5.

indígenas àquelas habitadas, em caráter permanente, na data da promulgação da Constituição da República de 1988.

Recebido no Senado Federal, o Projeto de Lei 490/2007 passou a tramitar sob a numeração 2.903/2023, votado e aprovado em 27 de setembro de 2023, menos de uma semana após o julgamento do RE 1.017.365.

Foi, então, sancionada a Lei 14.701 de 20 de outubro de 2023, com veto parcial pelo Presidente da República, inclusive, no art. 4º que previa a aplicação da tese do marco temporal. No entanto, houve rejeição parcial ao veto pelo Congresso Nacional, tendo o Presidente do Senado Federal promulgado diversos dispositivos, entre eles, o artigo 4º[301].

Pretende-se, a partir desse caso, estudar como se estabeleceu o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo, que, na situação, contou também com participação do Poder Executivo, no exercício do poder de veto.

Para tanto, o texto inicia com o exame do papel do "centrão" na política nacional de modo a identificar os interesses defendidos por esse grupo e sua contribuição potencial para o impulsionamento dos referidos projetos lei e, especialmente, a aprovação do PL 2.903/2023 dias após a derrota da tese do marco temporal no julgamento do RE 1017365.

O tópico seguinte abordará a noção de "diálogo institucional" delineada pela doutrina e como ele se opera no regime democrático. Será feita, então, a contextualização do caso concreto a partir da análise dos direitos territoriais

[301] Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: I - habitadas por eles em caráter permanente; II - utilizadas para suas atividades produtivas; III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. [...] § 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. § 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. [...] § 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo. [...] § 7º As informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente terão efeitos probatórios quando fornecidas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo.

indígenas previstos na Constituição da República de 1988 e da interpretação proposta pela tese do marco temporal.

Por fim, o último tópico se dedicará à análise de como se deu o diálogo institucional no julgamento do RE 1017365 junto à tramitação e aprovação do PL 2.903/2013, seguido do veto parcial do Presidente da República ao sancionar a Lei 14.701/2023, ao final rejeitado pelo Congresso Nacional.

1. O papel do "centrão" na política nacional

O centrão pode ser entendido, conforme ensina José Eduardo de Faria (2022, p. 45), como o grupo (informal) de parlamentares marcado pela ausência de ideologia, "preocupados com seus próprios interesses e acostumados a negociar apoio ao governante de plantão em troca de cargos". A partir de dados da legislatura anterior, ele seria constituído por aproximadamente 230 deputados federais do total de 513 (Faria, 2022).

O referido autor sustenta se tratar de uma patologia na formação histórica brasileira, representando o que se entende por "clientelismo" (Faria, 2022), prática consistente, em linhas gerias, na concessão, entre atores políticos, de benefícios públicos, como empregos, isenções, apoio político (Carvalho, 1997), cuja origem, pode-se dizer, encontra-se no *coronelismo*.

Victor Nunes Leal, no clássico trabalho *Coronelismo, Enxada e Voto*, a partir de uma análise do sistema, identificou a existência de um cenário político caracterizado pela atuação dos seus agentes movida pela troca de favores. Segundo ele, o coronelismo seria um troca de proveitos entre o poder público e a influência social dos chefes locais, com destaque para os senhores de terra (Leal, 2012).

Nas suas palavras, a essência do compromisso "coronelista" estaria no arranjo: "da parte dos chefes locais, incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais e federais; da parte da situação estadual, carta branca ao chefe local governista (de preferência o líder da facção local majoritária) em todos os assuntos relativos ao município [...]" (Leal, 2012, p. 14).

Essa mesma lógica de troca de favores, pautada na ideia de reciprocidade[302], é verificada na atuação política do "centrão", a indicar que suas raízes são profundas e os seus mecanismos bem estabelecidos, capazes de conduzir, de maneira desvirtuada (pois pautado em interesses particulares/locais), o debate a respeito de assuntos relevantes e garantir um resultado contrário aos interesses sociais e mesmo a determinações expressas da Constituição da República de 1988[303].

É dizer: há um cenário de desvirtuamento de valores e da própria função do Poder Legislativo, dado o arranjo estabelecido entre os partidos, no qual as agremiações fisiológicas e patrimonialistas dominantes o Congresso Nacional barganham sua atuação para garantir a concretização dos interesses patrimonialistas (e, em regra, regionalizados) que sustentam sua própria existência (Amato, 2021).

A reiteração desse mecanismo, como explica Lucas Amato (2021), ocorre a cada ciclo de governo por meio do "presidencialismo de coalizão", na medida em que se utiliza a distribuição de cargos públicos e verbas orçamentárias a esse grupo como moeda de troca para obtenção de apoio, tanto na aprovação de emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, como na proteção em investidas contra o Poder Executivo, seja por meio de investigações seja pelo próprio processo de *impeachment*.

Acresça-se, ainda, que, dentro desse arranjo, a barganha não se dá apenas para obtenção de cargos públicos e verbas. Na tramitação e aprovação de emendas constitucionais e projetos de lei, as concessões são feitas também a partir de prioridades eleitas pelos Poderes Executivo e Legislativo[304], o que, seguindo a

[302] A existência de um sistema de reciprocidade na política brasileira é por vezes referida por Victor Nunes Leal (2012, p. 13), a exemplo da seguinte passagem: "Mas em todos esses graus da escala política impera, como não podia deixar de ser, o sistema de reciprocidade, e todo o edifício vai assentar na base, que é o 'coronel', fortalecido pelo entendimento que existe entre ele e a situação política dominante em seu Estado, através dos chefes intermediários".

[303] Nesse sentido, José Eduardo Faria (2022, p. 47): "Graças ao peso do 'centrão' nas coalisões parlamentares majoritárias, as últimas matérias apreciadas pelo Congresso, por exemplo, não foram votadas com base numa noção de projeto de nação, mas em razão de interesses menores e favorecimentos a determinados grupos corporativos ou empresariais".

[304] No ponto vale trazer a crítica de Roberto Mangabeira Unger (2001, p. 149): "O presidencialismo tradicional nada faz para facilitar a resolução de um impasse configurado entre um presidente

lógica exposta, pode resultar em textos normativos contrários aos interesses sociais, mesmo os resguardados expressamente na Constituição.

A ausência de formalidade na constituição do centrão favorece ainda mais essa atuação oca, sem qualquer ideologia de base, o que aumenta a permeabilidade de interesses escusos a serem apoiados pelo grupo e, como alerta Graziella Guiotti Testa (2020), reduz a *accountability* coletiva (realizada pelos eleitores).

Por outras palavras, o fato de não compor formalmente um bloco na Câmara dos Deputados dificulta a cobrança pelo cumprimento dos compromissos assumidos em campanha e confere ao centrão liberdade de atuar em favor dos interesses que, por razões não conhecidas (ao menos, formalmente), ele escolhe defender.

No caso objeto de estudo, como se verá de forma mais detalhada nos itens subsequentes, o direcionamento dos parlamentares que compõem o referido grupo foi no sentido fragilizar os direitos territoriais indígenas, por meio da tentativa de positivação da tese do marco temporal, cuja construção contraria o texto expresso do art. 231, da Constituição da República de 1988.

2. Diálogos institucionais: relação entre os poderes constituídos

Adota-se neste trabalho a noção de diálogo institucional como a possibilidade de os Poderes constituídos, no exercício de suas competências, apresentarem interpretações distintas a respeito de determinada questão constitucional (Clève; Lorenzetto, 2015; Souza Neto; Sarmento, 2016). Não serão abordados, portanto, os acordos, reuniões ou outras formas de interação entre os chefes desses poderes quanto a um assunto específico ou uma situação de crise.

O acolhimento dessa ideia pressupõe reconhecer a inexistência de um órgão responsável por dar a última palavra na interpretação da constituição[305].

---

que propõe reformas e uma maioria congressual que as resiste. Pelo contrário, é do espírito desse sistema facilitar a perpetuação de tais impasses, estabelecendo um vínculo, bem a modo do liberalismo semidemocrático, entre a maneira de disciplinar o poder e o desestímulo ao uso do governo para mudar a sociedade".

[305] Pelos limites impostos por este artigo, não se abordará a discussão a respeito de caber ou não ao Supremo Tribunal Federal dar a "última palavra" na intepretação da Constituição, adotando-se,

Conrado Hübner Mendes (2008, p. 98) explica que as teorias do diálogo institucional "tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força".

A construção do diálogo revela-se nas situações em que os Poderes constituídos divergem quanto ao sentido da Constituição, mesmo após decisão da Corte Constitucional, no caso do Brasil, do Supremo Tribunal Federal, a respeito do tema.

Embora não possa haver recusa ao cumprimento da decisão ou sua invalidação por outros órgãos, o término do processo judicial não necessariamente irá finalizar a discussão acerca da questão constitucional nele debatida, podendo dar início a outras etapas da disputa, por meio de mecanismos diversos (Souza Neto; Sarmento, 2016)[306].

Inclusive, a postura adotada pela Corte Constitucional ao decidir a questão poderá estimular ou refrear a continuidade do debate. As Cortes podem adotar cinco tipos de posturas, no tratamento de direitos fundamentais, especialmente, na adjudicação dos direitos econômicos e sociais: deferente, conversacional, experimentalista, gerencial e peremptória (Young, 2012). Essa tipologia funciona como um espectro que permite, desde que haja sensibilidade política, uma mescla entre elas (Amato, 2018, 2021; Young, 2012).

Em linhas gerais, da primeira para a última, haveria uma crescente de interferência do Poder Judiciário nas esferas do Executivo e Legislativo. Assim, as posturas conversacional e experimentalista estimulariam o estabelecimento do diálogo, ao passo que a deferente (por tender a manter o entendimento do Poder

como premissa, a corrente que entende não haver órgão que tenha tal prerrogativa. Nesse sentido: Clève; Lorenzetto, 2015; Mendes, 2008; Souza Neto; Sarmento, 2016.

306 A respeito da experiência canadense, onde há previsão, na "Carta de Direitos e Liberdades", de a decisão judicial ser revertida, modificada ou evitada pelo legislativo, Clèmerson Clève e Bruno Lorenzetto (2015, p. 191) explicam a percepção por trás do início do diálogo entre judiciário e legislativo: "As decisões advindas da jurisdição constitucional são observadas como provocações para o diálogo, pois, trazem para a arena pública temas controvertidos que poderiam ficar adormecidos e, além disso, forçam a realização de uma nova discussão a respeito da matéria. No caso de leis antigas, a nova rodada de debates serve para restaurar a legitimação em torno da lei eventualmente declarada inconstitucional".

Legislativo), a gerencial e a peremptória (por adotar uma postura impositiva) refreariam essa continuidade.

A título ilustrativo, tem-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada no referido estado. Entendeu-se pela existência de violação ao art. 225, §1º, VII, da Constituição, que veda as práticas que submetem os animais a crueldade.

Mesmo finalizado o processo, o debate prosseguiu com a aprovação da Emenda Constitucional nº 96/2016, por meio da qual se inseriu o §7º no art. 225, afirmando que, desde que sejam manifestações culturais, as práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis para fins do inciso VII do §1º do art. 225. Não houve descumprimento da decisão, mas constitucionalização da interpretação do Poder Legislativo sobre o tema por meio emenda, em reação ao julgamento da ADI 4.983.

Entende-se que o estabelecimento de uma postura de diálogo entre os poderes se mostra salutar à democracia, na medida em que se ampliam o debate e os argumentos voltados a, em tese, garantir a interpretação mais alinhada à Constituição, bem como a possibilidade de conferir maior legitimidade ao entendimento prevalecente.

Apesar disso, não se pode perder de vista que nem sempre irá prevalecer o entendimento com os melhores argumentos ou mesmo o mais consentâneo com a Constituição, visto que fatores outros, para além da técnica jurídica, podem interferir na formação do consenso (Clève; Lorenzetto, 2015).

No contexto brasileiro, marcado pela existência de múltiplas demandas sociais, escassez de recursos e uma constituição permeada por normas principiológicas[307], invariavelmente, haverá conflitos diretos de interesses, de modo que a influência dos grupos opostos poderá determinar a postura de um ou outro poder frente à questão[308].

[307] Sobre o tema, conferir: Faria, 2022, p. 70-80.
[308] Defendendo a criação de um novo arranjo institucional para o Brasil: Unger, 2001, p. 139.

Não se ignora que todos os três poderes estão sujeitos à permeabilidade de interesses externos, no entanto, por ser a arena do debate político por excelência, a probabilidade de ocorrência se amplia no Poder Legislativo. A situação se torna ainda mais relevante quando se coloca a lente na atuação do "centrão", abordada no item anterior.

Assim, para que o diálogo entre os poderes não resulte em entendimentos que violem a Constituição, é preciso ter consciência das patologias (possíveis em todos os três poderes) e dos mecanismos a serem manejados para que elas não se estabeleçam (ou, ao menos, sejam mitigadas). Isto é, para que interesses patrimonialistas e regionalizados não se sobreponham à Constituição em prejuízo aos interesses sociais por ela protegidos.

Nesse contexto, ainda é preciso dar destaque a duas premissas importantes para a condução do raciocínio da análise proposta neste trabalho: de um lado, o fato de que o Poder Legislativo detém legitimidade democrática decorrente do voto e, de outro, o papel contra-majoritário do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, consistente na proteção dos direitos das minorias em face dos possíveis desvirtuamentos decorrentes da lógica majoritária do Poder Legislativo[309].

3. Direitos territoriais indígenas e tese do marco temporal

Os direitos territoriais indígenas estão previstos na Constituição da República de 1988 em seu art. 231, cujo *caput* reconhece aos indígenas *"direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"* e o parágrafo 1º assim define o que se entende por ocupação tradicional:

> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[309] Daniel Sarmento e Cláudio de Souza Neto (2016) destacam que a proteção de direitos das minorias não é incompatível com a ideia de diálogos institucionais, visto que o Poder Judiciário pode errar contra as minorias.

Está na centralidade desse dispositivo constitucional, assim como da Convenção 169 da Organização de Internacional do Trabalho – OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas[310], a especial relação desses povos com os seus territórios (cujos contornos são variáveis para cada povo), como condição de sua reprodução social, física e cultural e, consequentemente, para a fruição dos direitos que lhes são assegurados (Duprat, 2018; Santos, 2020).

No ponto, a comparação feita por Samara Carvalho Santos (2020) é esclarecedora: assim como a garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana pressupõe resguardar o direito à vida, a garantia dos direitos indígenas pressupõe resguardar o direito territorial. Os direitos territoriais indígenas são, portanto, pressupostos a todos os demais direitos titularizados por essa coletividade, devendo essa ser a premissa condutora da hermenêutica constitucional sobre a questão.

Para além de se entender o significado de território para os povos indígenas[311], a exata compreensão da discussão ora posta demanda um retorno histórico ao tratamento dado à questão ainda no Brasil colônia.

João Mendes Júnior, em obra de 1912, intitulada "*Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos*", demonstra que as terras ocupadas por indígenas, por serem congenitamente possuídas, originariamente reservadas, jamais poderiam ter sido consideradas devolutas para fins de reconhecimento de domínio aos estados pelo art. 64 da Constituição de 1981. Alguns diplomas normativos sustentam essa conclusão.

Primeiro, o Alvará de 1º de abril de 1680, que tratava das sesmarias concedidas pela Coroa, estabeleceu direito à reserva das terras aos indígenas, ditos "*primarios e naturaes senhores das terras*". No mesmo sentido, a Lei de 6 de julho de 1755 estabeleceu que, nas terras dadas de sesmaria a particulares, devia ser reservado o prejuízo de terceiro, destacando "*e muito mais se entende, e quero*

310 Conferir, especialmente, o artigo 13 da Convenção 169 da OIT e os artigos 10, 25, 26, 27, 28, 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

311 Conferir interessante pesquisa com a apresentação dos conceitos de terra e território para os povos indígenas em: SANTOS, 2020.

que se entenda, diz El-Rei, ser reservado o prejuízo e direito dos Indios, primarios e naturaes senhores dellas". Em seguida, a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 e seu regulamento, ao tratar das terras devolutas, reservaram aos indígenas as terras por eles ocupadas (Mendes Júnior, 1912; Silva, 2015).

Daí João Mendes Junior afirmar que o indigenato seria preliminar da "municipalisação" (sic), constituindo fonte jurídica de posse territorial a título congênito; não se trataria, portanto, de fato dependente de legitimação (Mendes Júnior, 1912). Assim conclui:

> [...] ora, as terras de índios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae;* por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido*, por simples ocupação, aquillo que lhes é *congenito* e *primario*, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo *immediato* de domínio a reconhecer e direito originario e preliminar reservado (sic) (Mendes Júnior, 1912, p. 59).

Nessa linha, José Afonso da Silva esclarece que a Constituição de 1934 foi a primeira a acolher, de forma expressa o indigenato[312], no que foi seguida pela Constituição de 1988, a se consolidar a conclusão de que "os direitos dos índios às terras por eles tradicionalmente ocupadas preexistem ao próprio reconhecimento constitucional, porque entranhadamente à sua existência comunitária" (Silva, 2015, p. 4/5).

A afirmação de que são *reconhecidos*[313] aos indígenas *"direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"*, associada à definição de ocupação tradicional, que congrega a exigência de que as terras sejam aquelas necessárias à *"preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar"* e *"à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições"*, não deixa margem para dúvida (ou, ao menos, não deveria deixar).

---

312 A previsão estava no art. 129: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las". As Constituições de 1946 e 1967 contaram com dispositivos semelhantes.

313 "Se são 'reconhecidos'... 'os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam' é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: 'são conferidos, etc', então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos". Silva, 2015, p. 8.

Nada obstante, na esteira do entendimento que veio se construindo desde o período anterior à Constituição de 1988 (Duprat, 2018), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol" (Pet 3.388), passou a entender pela exigência de ocupação territorial em 05 de outubro de 1988, como requisito à demarcação da terra indígena. Cuida-se da essência da tese do marco temporal, em contraposição à teoria do indigenato.

No entanto, como se extrai do que se expôs acima, nem o texto constitucional atualmente vigente, nem histórico normativo que envolve o tema conferem espaço para que se fixe a data de 05 de outubro de 1988 como conteúdo da noção de ocupação tradicional (Silva, 2015).

Acresça-se o alerta feito por José Afonso da Silva no sentido de que, ao prever o caráter permanente da posse, a Constituição não criou um pressuposto para o passado, mas uma garantia para o *futuro,* isto é, "que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre,* ao seu *habitat*" (Silva, 2015, p. 16).

Nessa linha, revendo posicionamento reafirmado ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.017.365, fixou o entendimento de que a data da promulgação da Constituição de 1988 não compõe o conceito de ocupação tradicional da terra por povos indígenas, afastando a tese do marco temporal, com se passa analisar, mais detalhadamente no tópico seguinte.

4. Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365 e a Lei 14.701/2023

O Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do RE 1.017.365, com repercussão geral (Tema 1.031), em 21 de setembro de 2023, superando o precedente formado no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol" (Pet 3.388), para afastar a tese do marco temporal e reconhecer que *"a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho"*.

Apesar disso, estabeleceu regime jurídico indenizatório com contornos não comportados pelo texto constitucional[314]. Muito embora o §6º do multicitado

[314] [...] IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias

art. 231 seja expresso no sentido que os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos, extintos e não produzem efeitos jurídicos, o STF reconheceu como válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras indígenas, onde fosse ausente ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição de 1988. Tal exceção, todavia, não encontra correspondência do citado §6º.

Se de um lado a Corte afastou a data da promulgação da Constituição da República de 1988 para definição de ocupação tradicional, de outro, a utilizou para fins de reconhecimento da validade e eficácia de atos e negócios jurídicos perfeitos e da coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras indígenas, não previsto pelo texto constitucional.

Relativamente à noção utilizada de justo título e posse de boa-fé, José Afonso da Silva é categórico ao afirmar que "*não pode haver boa-fé na ocupação de terras indígenas, porque, em relação a elas, não há possuidor não-índio com justo título de que fala o parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil, para se ter 'presunção de boa-fé'*" (Silva, 2015, p. 13), justamente em razão do previsto no §6º acima referido.

Nesse contexto, a análise do julgamento indica a permeabilidade de interesses diversos no Poder Judiciário e a ausência de efetiva atuação contramajoritária. Promoveu-se o reparo no entendimento anterior de aplicação da tese do marco temporal, violador dos direitos territoriais indígenas, muito em virtude da pressão social que se intensificou, em especial após a ampla divulgação do genocídio praticado contra os indígenas da etnia Yanomami nos últimos anos (Fellet; Prazeres, 2023; Abdala, 2023; Cruz, 2023). Mas a isso não se limitou, tratou de garantir parcela dos interesses dos latifundiários,

úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88; V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; [...]

reconhecendo a validade e eficácia de atos, negócios jurídicos e coisa julgada incidente sob terras indígenas sem amparo constitucional.

Nessa tentativa de acomodar os interesses em conflito, o STF, nas entrelinhas, apostou, a partir da tipologia apresentada no item 3, em uma postura conversacional, estimulando a continuidade do diálogo com o Poder Legislativo. E foi o que, de fato, aconteceu.

Menos de uma semana após o julgamento do RE 1.017.365, no dia da publicação das teses de julgamento, 27 de setembro de 2023, foi aprovado no Senado Federal o Projeto de Lei 2.903/2023, que, no intuito de regulamentar o art. 231, da Constituição de 1988, propôs o seguinte dispositivo:

> Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: [...] § 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. § 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. [...]

Registre-se que o PL 2.903/2023 decorreu do PL 490/2007, da Câmara dos Deputados, cuja redação original não contava com tal previsão e tinha o seguinte conteúdo:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a competência da União nas demarcações das terras indígenas. Art. 2º O art. 19 da Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a ter a seguinte redação: 'Art. 19. As terras indígenas serão demarcadas por lei. Parágrafo único. A demarcação promovida nos termos deste artigo será registrada no registro imobiliário competente.' (NR) [...].

A tentativa de inserção do marco de 05/10/1988 para definir a noção de ocupação tradicional se deu por meio de substitutivo apresentado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. Por isso, ao

fim, o PL 490/2007 seguiu ao Senado Federal, no ponto, com dispositivo muito semelhante ao art. 4º acima transcrito[315] .

Bem percebidas as coisas, construiu-se uma proposta de previsão legal que buscava positivar a tese do marco temporal, tendo como parâmetro o entendimento anterior do próprio Supremo Tribunal Federal, fixado no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol" (Pet 3.388).

Não houve descumprimento da decisão, mas início de outra etapa da disputa, por meio da aprovação de projeto de lei que se utilizou do entendimento superado da Corte Constitucional. Inegável, aqui também, a permeabilidade de interesses, destacadamente patrimonialistas, que conduziram a um resultado rápido e contrário aos interesses sociais e à Constituição da República de 1988.

Esse mesmo raciocínio se aplica à rejeição, pelo Congresso Nacional, do veto do Presidente da República ao sancionar da Lei 14.701/2023, com a promulgação do multicitado artigo 4º pelo Presidente do Senado Federal.

Portanto, apesar de a ampla divulgação do julgamento do RE 1.017.365 para a sociedade civil ter conduzido inicialmente à percepção de que o Supremo Tribunal Federal teria imposto a última palavra a respeito da impossibilidade de aplicação da tese do marco temporal na definição da ocupação tradicional de territórios indígenas, não foi o que ocorreu.

Em verdade, pode-se concluir, a partir das nuances do caso, análise das teses de julgamento e desfecho com a rejeição ao veto presidencial, que a própria Corte Constitucional sinalizou a abertura (e até mesmo estímulo) para a continuidade da discussão entre outros espaços, ainda que houvesse, no caso, o risco (que se viu concretizado) de retrocesso na matéria. As razões para tanto, não é possível, ao menos no momento, descortinar.

[315] Art. 3º São terras indígenas: I – as áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, nos termos do § 1º do art. 231 da Constituição Federal; II – as áreas reservadas, consideradas as destinadas pela União por outras formas que não a prevista no inciso I deste *caput*; III – as áreas adquiridas, consideradas as havidas pelas comunidades indígenas pelos meios admissíveis pela legislação, tais como a compra e venda e a doação. Disponível em: << https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/345311>> Acesso em 02/11/2023.

Conclusão

Com base no que se expôs nos itens acima, é possível afirmar que a atuação do "centrão", grupo sem base ideológica e alicerçado em interesses particulares e patrimonialistas, pode ter como efeito a condução desvirtuada dos debates a respeito de assuntos relevantes e viabilizar um resultado contrário aos interesses sociais e mesmo a determinações expressas da Constituição da República de 1988.

Apesar disso, não se pode ignorar que o Poder Legislativo detém legitimidade democrática decorrente do voto e a ampliação do debate acerca das questões constitucionais é salutar à democracia. Por essa razão, o reconhecimento de que não existe um órgão responsável por dar a última palavra na interpretação da constituição permite que, mesmo após decisão da Corte Constitucional sobre determinada questão, sejam iniciadas outras etapas da disputa, por meio de mecanismos diversos.

Foi o que aconteceu no julgamento do RE 1.017.365, em que, uma semana após o Supremo Tribunal Federal ter afastado a tese do marco temporal, fixando o entendimento de que a data da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não compõe o conceito de ocupação tradicional da terra por povos indígenas, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 2.903/2023 positivando o entendimento refutado.

Estabeleceu-se uma situação de diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo, decorrente, também, da abertura dada pela própria Corte em sua decisão, ao tentar acomodar os interesses em disputa, mesmo sem espaço para isso no texto constitucional.

O caso permite concluir que o estabelecimento do diálogo entre as instituições, efetivamente, amplia o debate e equilibra a força entre os Poderes, porém evidencia que a permeabilidade de interesses, sobretudo, particulares e patrimonialistas, pode conduzir ao enfraquecimento dos direitos das minorias já vulnerabilizadas. Torna-se impositivo, portanto, a identificação de mecanismos que possam ser manejados para contornar ou ao menos mitigar essas patologias.

Referências

ABDALA, Vitor. Novo genocídio yanomami deve ter punição, diz procurador de Haximu. **Agência Brasil**, Boa Vista, 11/02/2023. Disponível: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-02/novo-genocidio-yanomami-deve-ter-punicao-diz-procurador-de-haximu> Acesso em: 01/12/2023.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2018.

AMATO, Lucas Fucci. Democracia política e democracia econômica nos duzentos anos do Brasil: trajetória e imaginação institucional. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1–26, 2021.

CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual.** 1997. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>> Acesso em: 07/11/2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 183-206.

CRUZ, Adriana Santa. Genocídio indígena: garimpo ilegal está matando crianças Yanomami. **Greenpeace**, 25/01/2023. Disponível: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/genocidio-indigena-garimpo-ilegal-esta-matando-criancas-yanomami-e-nao-e-de-hoje/> Acesso em: 01/12/2023

DUPRAT, Deborah. **O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde**. 2018. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-1.pdf>> Acesso em: 24/11/2023.

FARIA, José Eduardo. **Degradação Democrática: o Brasil em Risco**. Londrina: Engenho das Letras, 2022.

FELLET, João; PRAZERES, Leandro. Sob Bolsonaro, mortes de yanomami por desnutrição cresceram 331%. **BBC News Brasil**, São Paulo e Brasília, 17/02/2023.

Disponível: < https://www.bbc.com/portuguese/articles/cw011x9rpldo>. Acesso em: 01/12/2023.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES JUNIOR, João. **Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos**. Ed. Fac-Sim. São Paulo: Typ. Hennier Irmãos, 1912.

SANTOS, Samara Carvalho. **A judicialização da questão territorial indígena: Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2020.

SILVA, José Afonso. **Parecer sobre o marco temporal de 1988**. 2015. Disponível em: << https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>> Acesso em: 25/11/2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TESTA, Graziella Guiotti. **O centrão não existe**. 2020. Disponível em: << https://www.estadao.com.br/politica/legis-ativo/o-centrao-nao-existe/>> Acesso em: 15/11/2023.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via: presente e futuro do Brasil**. São Paulo, Editora Boitempo, 2001.

YOUNG, Katharine G. Young. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

16. PEC 50/2023: Disputa entre os Poderes ou legítimo interesse de preservação da Constituição e da vontade do povo?

Geraldo Luiz Cabreira Paes Leme[316]

Introdução

Ao completar 35 anos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) tem sido marcada por sucessivas sinalizações diretas e indiretas de mútua insatisfação entre os poderes instituídos. Ações e posturas por eles adotadas colocam novamente a prova a própria separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, historicamente presentes nos Estados Democráticos de Direito ocidentais, quer presidencialistas ou parlamentaristas, influenciados pelas revoluções liberais da segunda metade do século XVIII, bem como pelos debates do pré e pós-Segunda Guerra Mundial, que contribuíram para a consolidação das Constituições e a inclusão sistematizada do controle de constitucionalidade jurisdicional.

No entanto, para uma parcela da classe política eleita ao parlamento, a independência dos poderes estaria diretamente ameaçada pelo poder de controle que o Judiciário exerce, a ponto de se vislumbrar possíveis interferências que, supostamente, ultrapassariam as competências previstas na carta maior.

Assim, o desgaste nas relações institucionais entre os poderes nos últimos anos deu ensejo à proposituras de Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que buscam limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), quer pela

[316] Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP (2019), especialista em Pedagogia Universitária pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM (2021), bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca - FDF (2014). Advogado e professor.

atuação conjunta da Corte ou, ainda, pelas atividades decisórias monocráticas e individuais dos ministros. Restaria, assim, questionada a própria função do STF enquanto Corte Constitucional, responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade, com previsão no art. 102, inciso I da CRFB (BRASIL, 1988).

Em novembro de 2023, foi concluída em dois turnos de votação no Senado Federal a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021, apresentada no plenário da casa em abril de 2021[317]. Em suma, a Proposta 8/2021, originada no próprio Senado e subscrita por 32 senadores, pretende alterar a Constituição Federal para dispor sobre a forma e prazo dos pedidos de vista nos julgamentos colegiados do Poder Judiciário, além de estipular quórum desses órgãos colegiados para a concessão de medidas cautelares que objetivem declarar a inconstitucionalidade e suspender a eficácia de leis ou atos normativos com efeitos *erga omnes*, impossibilitando que as suspensões sejam concedidas monocraticamente (BRASIL, 2021).

Na mesma esteira se deu a propositura da PEC nº 50, de 2023. Dessa vez, iniciada pela Câmara dos Deputados em setembro de 2023 e contando com a assinatura de 175 parlamentares, foi alcançado o quórum mínimo de 1/3 da casa legislativa, previsto no art. 60, inciso I da CRFB (BRASIL, 1988). A propositura roga ao Congresso Federal a prerrogativa de "sustar decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais" (BRASIL, 2023).

A PEC 50/2023, caso seja aprovada, passará a conceder invariavelmente ao Poder Legislativo uma competência adicional destinada à realização de uma nova etapa de controle de constitucionalidade que, ao menos perante a estrutura constitucional originária e vigente sobre a qual se alicerça a organização do Estado brasileiro, não lhe compete. Neste contexto, o artigo se justifica pela necessidade de compreender o movimento político adotado por parcela expressiva dos representantes de uma das casas legislativas federais.

[317] Até a conclusão deste artigo, a PEC 8/2021 aguarda sua tramitação na Câmara dos Deputados.

Assim, o presente tem por objeto a análise da PEC 50/2023 e de seus elementos para interpretá-los perante a CRFB. A partir desse confronto, pretende-se verificar se os fundamentos e pretensões da PEC são harmônicos com o sistema vigente ou se evidenciam o dissenso e a agudização de uma possível crise entre os poderes.

Fundamentação e contextualização constitucional da PEC

A PEC 50/2023 pretende emendar o art. 49 da CRFB para vigorar com o acréscimo do seguinte inciso:

> XIX – deliberar, por três quintos dos membros de cada Casa legislativa, em dois turnos, sobre projeto de Decreto Legislativo do Congresso Nacional, apresentado por 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que proponha sustar decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha transitado em julgado, e que extrapole os limites constitucionais. (BRASIL, 2023).

Desmembrando o inciso proposto, tem-se que a emenda prevê a utilização de votação em quórum qualificado, ou seja, "três quintos dos membros de cada Casa legislativa" e "em dois turnos", para a aprovação almejada. O quórum proposto reproduz as formalidades atualmente exigidas pela CRFB necessárias à aprovação e internalização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos para que sejam equivalentes às emendas constitucionais, bem como ao próprio processo de emenda da Constituição, nos termos do art. 5º, §3º e art. 60, §2º, da CRFB (BRASIL, 1988), respectivamente.

De forma semelhante, para que seja apresentado o "Decreto Legislativo" destinado a sustar decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal, que extrapole os limites constitucionais, o inciso proposto requer a adesão de "1/3 dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal".

Note que, enquanto para PECs o art. 60, I, da CRFB demanda o mínimo de um terço dos membros da Câmara ou do Senado, o inciso da PEC em análise amplia a exigência e estipula 1/3 de cada uma das casas.

Já a opção de utilização de "Decreto Legislativo", tende a contemplar o ato normativo que é capaz de dar concretude para as deliberações de competência

exclusiva do Congresso Nacional como um todo (MARTINS, 2022, p. 1449), e não apenas de uma das casas, observando, assim, os arts. 49 e 59, inciso VI, da CRFB.

O quórum qualificado costuma ser utilizado para conferir maior segurança institucional, posto que a utilização de um processo mais rígido pode, teoricamente, conferir maior estabilidade política e, até mesmo, demonstrar a existência de consenso e força institucional entre os representantes do Poder Legislativo, justificada pela necessidade de mais subscritores para a propositura, além do período de reflexão e debates sobre a votação entre os seus turnos e de uma ampla adesão para a aprovação.

Por fim, o inciso dispõe efetivamente sobre o objetivo da PEC, "sustar decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha transitado em julgado, e que extrapole os limites constitucionais".

Em sua justificação a PEC 50/2023 aduz que o estado democrático de direito é sustentado pela harmonia e independência entre os poderes, por meio do sistema de freios e contrapesos. Assim, a Proposta define que ao Poder Executivo caberia observar, respeitar e executar as leis e políticas públicas elaboradas pelo Legislativo, enquanto ao Poder Judiciário restaria "a sublime função de julgar e assegurar o seu pleno cumprimento".

Sobre a atuação do Judiciário, o texto da PEC afirma inexistir um "Poder Supremo", não competindo ao Supremo Tribunal Federal decidir e julgar de forma controversa à Constituição e ao interesse da maioria dos representantes do povo, o que justificaria a necessidade de recurso capaz de rever tais decisões, corporificado pela emenda proposta.

É alegado, ainda, que a Proposta não fere o texto constitucional ou, tão pouco, nenhuma cláusula pétrea, e visa apenas acrescentar prerrogativas para o Congresso Nacional, sem remover qualquer prerrogativa do STF.

A justificação da PEC evidencia uma conhecida problemática acerca do STF e de seus integrantes, a deficiência de legitimidade democrática para exercer a função de Tribunal Constitucional, enquanto compõe o organograma do Poder Judiciário. Nesse sentido, José Eduardo Faria (2022, p. 73) enfatiza que:

> Por atuarem em um Poder cujos membros não são eleitos pelo voto direto e pela regra de maioria, ao aplicarem as leis por meio de interpretações extensivas juízes ativistas ameaçariam a democracia – essa é a objeção. É por isso que a tensão entre o protagonismo judicial e as regras legais que limitam – ou deveriam limitar – o arbítrio das decisões judiciais e preservar direitos estabelecidos se converteu num dos temas mais importantes e polêmicos nas sabatinas no Senado que avaliam os nomes indicados para o STF.

Ainda que as atribuições do STF tenham sido fixadas pela própria Constituição, é inconteste a concentração de poderes conferida para a Corte, que além de realizar controle difuso e abstrato de constitucionalidade, também possui competências originárias para iniciar processos, fixar súmulas vinculantes, modular efeitos de recurso, dentre outros, conforme apresenta Georges Abboud (2019, p. 491):

> Com efeito, é possível afirmar que, talvez, nenhum outro tribunal do mundo (referência feita sempre a países formalmente democráticos) possui a gama de poderes que o STF possui. Exemplo desse excesso de poderes está na possibilidade de julgar com efeito vinculante a ação declaratória de constitucionalidade e proferir súmulas vinculantes. Atualmente, somente o STF tem a prerrogativa de utilizar esses dois instrumentos.

Parte da solução desses impasses dependeria da exclusão do STF da composição do Poder Judiciário, da ampliação da representatividade nas indicações para a composição da Corte e da estipulação de mandatos para desempenhar o cargo de ministro por prazo determinado (ABBOUD, 2019, p. 490).

Em paralelo, é necessário ter em vista que a Constituição não exclui totalmente o povo da participação da escolha dos ministros, como também não confere a participação direta. O art. 101, parágrafo único, da CRFB, ao menos estipula critérios e, indiretamente, determina a participação tanto do representante eleito para o Executivo nacional quanto dos membros eleitos para o Senado Federal para a indicação e aprovação dos futuros ministros, respectivamente.

O método está longe de ser suficiente para superar o recorrente argumento de déficit democrático, porém a existência de problemas decorrentes

da organização e atuação do STF não bastam para que a PEC 50/2023 desconsidere em seu cerne o sistema constitucional vigente.

Para dar lastro às suas pretensões a justificação da Proposta invoca os fundamentos de independência e harmonia dos poderes, previstos no art. 2º da Constituição (BRASIL, 1988). De forma literal, a CRFB reproduz a terminologia adotada na tripartição clássica dos poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo a prever a coexistência independente e harmoniosa entre os poderes da União.

Ocorre que, ao mencionar de forma esvaziada de sentido e, até mesmo, de contextualização histórica a separação de poderes, abre-se margem para confusões, dentre elas gerar a crença que as funções estatais se limitariam de forma isolada e não comunicante a apenas três, como a justificação da PEC demonstra fazer.

Contudo, inexiste qualquer atipicidade no arranjo político como adotado pela CRFB "[...] em atribuir aos três poderes uma mesma função, como o controle de constitucionalidade das leis [...]" (SILVA, 2021, p. 88 e 89).

O modelo de repartição dos poderes, por si só, não impede que parte dos poderes sejam compartilhados, ampliando a gama de atuação, capaz até mesmo de fortalecer o próprio sistema de pesos e contrapesos em um esforço direcionado de autocontenção para evitar atos de poder exclusivos e discricionários.

As origens da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos remontam autores como Montesquieu, Rousseau, Locke e Madison, mas não cabe ao escopo do presente trabalho detalhar profundamente todo o processo de formação desses princípios que permeiam as Constituições contemporâneas, em especial a brasileira.

Ao passo que o poder se encontra dividido, tripartido, ele pertence a todos e, ao mesmo tempo, não pertence exclusivamente a nenhum, conforme apresenta Lucas Fucci Amato (2018, p. 185) ao retomar as ideias federalistas de James Madison:

> O equilíbrio da dinâmica de um Poder conter o outro Poder advém de que, afinal, nenhum titular de um deles detém todo o poder: quem julga

> não faz as leis, quem faz as leis não as executa – os Poderes não estão unidos em uma mesma pessoa ou corpo decisório.

A divisão da função do Estado em suas primeiras formulações visava não apenas a contenção da "tirania da maioria", mas também a aplicação de "freios e contrapesos" para limitar impulsos do representante do Executivo, instituído na figura do presidente, dando ensejo a necessidade de diálogo com o Legislativo e, posteriormente, possibilitando o controle das decisões dos poderes políticos por meio judicial (2020, AMATO, p. 80).

A justificação da PEC busca reforçar a ideia que se não for aplicável uma revisão às decisões do STF, estas poderiam representar afronta à "vontade da ampla maioria do povo", representada pelos parlamentares eleitos.

Lênio Luiz Streck (2011, p. 75) relembra que a democracia não pode ser entendida como a hegemonia da vontade e da regra de uma maioria. Caso o fosse, seria então conferido ao conjunto constitucional um viés antidemocrático, contrariando a própria Constituição, razão pela qual se faz necessário retirar do alcance da decisão da maioria eventuais escolhas sobre determinadas matérias que demandam proteção de regras contramajoritárias. Ademais, a existência de uma regra contramajoritária proporciona uma dilatação da compreensão da Constituição:

> A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso [...] do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social) [...] (STRECK, 2011, p. 76).

O autor sustenta, também, que é possível a coexistência entre democracia e constitucionalismo, ainda que paradoxalmente, posto que se tenciona a vontade geral, representada pela legislação e que possui seu avanço moderado pela jurisdição, cuja existência [quando do momento de sua criação e atribuição] também decorre da vontade geral (STRECK, 2011, p. 77, 79).

No mesmo sentido, Dieter Grimm (2023, p. 86) entende que até nos Estados Unidos da América, país historicamente responsável pela criação do

judicial review (revisão judicial) e a conformidade com a constituição, é possível notar a especial atenção conferida nos debates sobre o dilema contramajoritário. Segundo ele, as críticas atuais à revisão judicial e a jurisdição constitucional não mais se limitam aos esforços de autocontenção, mas tendem à própria extinção dessa modalidade de controle, como seria sugerido por alguns autores para, assim, devolver ao "povo" as decisões que lhes teriam sido "usurpadas" pelo Judiciário (GRIMM, 2023, p. 87 e 88).

A Proposta em comento não parece necessariamente buscar extinguir toda e qualquer possibilidade de revisão judicial, mas apenas aquelas cujo caráter eminentemente político, seja elegido como "contrário aos interesses do povo", mediante o intermédio da representação realizada pelo Poder Legislativo.

Essa ideia remete à denominada revisão judicial fraca, em contraponto à uma revisão judicial forte, que pressupõe a Supremacia judicial efetiva e com amplos poderes, dada a relevância das matérias e capacidade vinculante das decisões.

Segundo Jeremy Waldron (2022, p. 8-9), para casos de revisão judicial fraca, as "cortes podem examinar a conformidade da legislação com direitos individuais, mas eles não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque, do contrário, haveria violação de direitos".

Contudo, para a atual realidade constitucional brasileira, na qual denota-se a Supremacia judicial, o esforço retórico da Proposta não se faz verificável quando os argumentos utilizados (ausência de infração de cláusulas pétreas; constitucionalidade da proposta; e manutenção das prerrogativas do STF) são ladeados com outros dispositivos já previstos na própria Constituição.

Mesmo ante a invocação de defesa da separação dos poderes, o cerne da Proposta tende a, inevitavelmente, ir de encontro às cláusulas pétreas.

Em que pese expressamente vedadas as propostas de emenda que tenham por objeto a abolição da separação dos poderes, nos termos do art. 60, § 4º, inciso III da CRFB, não parece difícil notar que, ao pretender conferir ao Poder Legislativo, na figura do Congresso Nacional, "*sustar decisão do Supremo Tribunal Federal*", a Proposta efetivamente se dedica a interferir no exercício de uma das

principais atribuições do Poder Judiciário, cuja a guarda da própria Constituição é destinada, precipuamente, ao STF, como previsto no art. 102.

Assim, interferir na atribuição principal de outro poder, rogando para si um poder não previsto pelo constituinte originário, demonstra-se a inconstitucionalidade da PEC 50/2023 ao dispor de objeto protegido por cláusulas pétreas, no caso, a separação dos poderes.

O debate sobre a última palavra desde muito tempo chegou para apreciação do STF, que, ao menos para a jurisprudência, pacificou o entendimento de que o monopólio das decisões finais em matéria de interpretação constitucional caberia à própria Corte ante a interpretação textual da Carta Maior. Nesse sentido foi proferido o resultado do julgamento do MS 26603, de relatoria do Ministro Celso de Mello, com destaque para o trecho final:

> [...] 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. (MS 26603, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04-10-2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318).

Ademais, não se pode deixar de mencionar que os critérios e formas de controle de constitucionalidade variam de acordo com cada Poder. Enquanto no Brasil o Poder Judiciário na figura do STF realiza um controle repressivo, o

Legislativo possui a chance de realizar o controle preventivo, ou político, das normas, no momento de tramitação das propostas legislativas, competindo às Comissões de Constituição e Justiça, em tese, a sua análise mais extensiva e apropriada, antes do momento de votação e criação da legislação.

À vista desse contexto, apesar dos Tribunais Constitucionais, não apenas no Brasil, conseguirem [de modo mais ou menos eficaz] executar importante função de auxiliar na garantia da democracia, Dieter Grimm (2023, p. 103) acredita que nos dias atuais tornam-se cada vez mais frequentes as ameaças institucionais, cujos reiterados desafios são oriundos, especialmente, de partidos populistas de direita.

O populismo desses partidos, contudo, distancia-se da noção estadunidense concebida desde os "pais fundadores da nação", e tendem a possuir objetivos nacionalistas que, na prática, reivindicam a representação única do povo, ou de uma parcela que se pretende única, e usualmente confrontam as Cortes Constitucionais e a validade de suas decisões para enfraquecer quaisquer democracias que busquem garantir liberdades para grupos minoritários e multiculturais (GRIMM, 2023, p. 104).

Considerações finais

Sob a perspectiva dogmática e do direito positivado, a Constituição Federal de 1988 não dispõe que o Poder Legislativo, quer seja na figura do Congresso Nacional ou de outra instituição, possua a competência para realizar controle de decisões emanadas pelo Poder Judiciário e pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a PEC 50/2023 parece demonstrar um nítido objetivo de interferir nas atribuições dos Poderes originalmente instituídos.

A PEC 50/2023 pauta, novamente, o antigo e já conhecido debate sobre a natureza política ou jurídica da guarda da Constituição, das decisões a seu respeito, e da representação do interesse do povo.

Não obstante, o STF ainda possui a atribuição expressa de defesa da carta maior, mesmo que partilhada, representando o órgão competente para proferir

"a palavra final" sobre os debates que envolvam a judicialização da Constituição Federal.

As razões empregadas por uma parte da Câmara dos Deputados para justificar a PEC analisada neste artigo são capazes de indicar uma insatisfação que vai além dos poderes que o STF concentrou para si nos últimos anos. Caso não fosse assim, poderia ser mais congruente e eficaz pautar uma ampla reforma voltada para a reestruturação da organização do Poder Judiciário e da própria Suprema Corte.

Não faltam estudos e formulações teorizadas por pesquisadores e cientistas do Direito e de outras áreas das ciências humanas, por vezes inspiradas em modelos adotados por outros Estados Democráticos de Direitos.

Deslocar a Corte de Constitucionalidade para fora da estrutura do Judiciário, restringindo sua competência, ampliando as formas de acesso e composição que garantissem uma maior representação democrática, limitando o tempo de atuação a mandatos, pode ser, talvez, um dos caminhos para a redução do dissenso entre os Poderes que hoje permeia o Brasil.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro.** 3 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AMATO, Lucas Fucci. A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos, trajetórias e alternativas institucionais. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 219, p. 183-208, jul./set. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p183 . Acesso em: 02 dez. 2023.

AMATO, Lucas Fucci. Democracia, voto e representação: contextos e trajetórias, instituições e distorções. *In:* FRANCISCO, José Carlos e VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Crise democrática e (de suas) instituições de garantia**. São Paulo: Eseni Ed., 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União,** Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 02 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Mandado de Segurança 26603/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. **Diário da Justiça** nº 241 do dia, Brasília, DF, 1 dez. 2008. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/verDecisao.asp?numDj=241&dataPublicacao=19/12/2008&incidente=2513846&capitulo=5&codigoMateria=1&numeroMateria=42&texto=2548642 . Acesso em: 10 de dez. de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021.** Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8950982&ts=1702399338689&disposition=inline&_gl=1*u2acek*_ga*NzM4NjQ3ODY2LjE2OTM0Mzc1NzU.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMjYwNTkyMS45LjEuMTcwMjYwNjEzMy4wLjAuMA . Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 50, de 2023.** Altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2335532&filename=PEC%2050/2023 . Acesso em: 01 dez. 2023.

FARIA, José Eduardo. **Degradação democrática:** O Brasil em risco. Paraná: Engenho das Letras, 2022.

GRIMM, Dieter. Direito ou Política? A Controvérsia Kelsen-Schmitt sobre a jurisdição constitucional e a situação atual. *In:* MENDES, Gilmar (coord.). **Jurisdição Constitucional e Democracia:** ensaios escolhidos. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Trad. Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang e José Garcez Ghirardi. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 18, n. 2, maio-ago. 2022. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/86488/81417 . Acesso em: 10 jan. 2024.

17. Discricionariedade judicial e escassez de recursos: análise da aplicação da reserva do possível na jurisprudência do STF

Adriano Ferreira da Silva[318]

Introdução

Nas últimas décadas, o debate em torno da crise na efetividade dos direitos e garantias constitucionais tem se tornado cada vez mais intenso no Brasil. Isso porque, embora nosso país tenha sido considerado a 9ª maior econômica do mundo em 2022, em termos de poder de paridade de compra (FMI, 2022), a desigualdade social é uma das principais características da sociedade brasileira. A título de exemplo, dados divulgados em 2022 pelo World Inequality Lab revelam que aproximadamente 1% dos habitantes brasileiros mais ricos capturam cerca de 48,9% da riqueza (Wealth) produzida no país (World Inequality Report, 2022, p. 187).

Em grande medida, essa realidade decorre de alguns fatores históricos relevantes, como a manutenção da escravidão até o final do século XIX, sem qualquer medida reparatória aos ex-escravizados, e a instituição da lei de terras em 1850, ainda no período escravocrata, o que contribuiu para a consolidação de uma sociedade com grande concentração de terra e renda (BUCCI, BOLDRINI, 2017). Não bastasse isto, há uma histórica ausência de políticas públicas voltadas

[318] Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Foi Aluno da Escola de Formação 2016, da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, obtendo a Menção Honrosa daquele ano. Foi monitor da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito entre 2016 e 2018. Foi membro do Grupo de Estudos em Teoria Geral do Estado Brasileiro entre 2017 e 2021. É orientador de pesquisa na Escola de Formação Pública, da SBDP, desde o ano de 2020. É Coordenador de Diversidade e advogado no Pessoa Valente Advogados, onde atua profissionalmente desde 2020.

às camadas mais carentes da população, e poucas legislações benéficas direcionadas a esse contingente populacional, o que tem como resultado o aprofundamento da desigualdade social e econômica no Estado brasileiro moderno (PRUDENTE, 2005).

Contudo, com o rápido processo de urbanização, iniciado a partir da década de 1930, o alto crescimento demográfico no País e a formação de uma população urbana com maior acesso à escolarização, o processo político eleitoral também sofreu profundas alterações. Essa nova realidade fez com que as "massas" tenham passado a exigir cada vez mais, das instituições públicas, a garantia de direitos sociais como condição de legitimidade da atuação política dos governantes (FURTADO, 1965).

Essas questões foram agravadas com a busca pela industrialização brasileira, a partir do pensamento desenvolvimentista que dominou a política econômica em meados do século passado. Com efeito, observou-se na época um intenso fluxo migratório rural-urbano, sendo que, entre 1960 e o final dos anos 1980, há estimativas de que saíram do campo em direção às cidades quase 43 milhões de pessoas (BRITO, 2006), resultando na formação das grandes metrópoles e no crescimento vegetativo acentuado da população.

Os conflitos gerados por essa nova configuração demográfica, somados a incapacidade de o sistema econômico absorver as demandas da população mais carente e a histórica ausência de políticas públicas no Brasil, contribuíram para o fortalecimento e surgimento de novas demandas, sobretudo por meio dos movimentos sociais.

Com a queda da hegemonia burocrático-militar instituída em 1964, e a convocação da constituinte em 1985, as novas demandas sociais se tornaram ainda mais intensas. Quanto aos conflitos e interesses sociais envolvidos nesse processo, vale a pena trazer as considerações do professor José Eduardo Faria, segundo o qual:

> Na dinâmica da Constituinte, portanto, o que tivemos foi, por um lado, a defesa não muito competente nem eficaz das teses da governabilidade, procurando, em nome da "razão", da "eficiência" e da "técnica", manter as políticas públicas voltadas apenas aos

> interesses do capital e fazendo do discurso anti-estatizante uma forma ideológica de mascarar o desejo de que o Estado continuasse atuando exclusivamente nas áreas estratégicas que viabilizam investimentos privados, (...) e, por outro, a tentativa de grupos, movimentos e partidos voltados aos interesses populares de estimular a distribuição de renda e as reformas das estruturas vigentes de poder e riqueza, buscando conquistas a legalidade oficial para, com base nela, consolidar os avanços sociais e políticos já conseguidos. (FARIA, 1989)

Com isso, houve espécie de balcanização da Constituição Federal, com a inclusão de diversos interesse políticos, econômicos e setoriais em seu texto, que passou a abordar assuntos tipicamente relacionados a políticas públicas e questões infraconstitucionais, gerando um pluralismo conflituoso de valores e garantias fundamentais que muitas vezes são de difícil conciliação na atual ordem constitucional.

Atualmente, devido à crise na efetividade da realização de direitos e garantias positivados na constituição, por parte dos tradicionais órgãos do Poder Público, tem se impulsionado cada vez mais o debate sobre esse dilema constitucional. Isso ocorre especialmente na esfera judicial, já que uma das principais questões sobre o assunto envolve a possibilidade do controle jurisdicional da eficácia dos direitos fundamentais sociais previstos na CF/88.

Por um lado, há quem defenda que os direitos fundamentais sociais dependem de implementação progressiva por meio das políticas públicas, cuja definição cabe ao poder Legislativo e Executivo, já que são os responsáveis pela elaboração e gerenciamento do Orçamento Público. Assim, estariam aptos a proceder, ante a falta de recursos, ao planejamento da maximização dos resultados com vista a diminuir os impactos gerados pela escassez.

Por outro, há quem reconheça a legitimidade do Poder Judiciário em garantir, quando provocado, a plena eficácia desses direitos, já que estão positivados no texto constitucional, pensamento este que é um dos principais argumentos do movimento jurídico-acadêmico conhecido como "doutrina brasileira da efetividade" (BARROSO, 2017).

Assim, desde a promulgação da CF/88, tem se notado um crescente aumento da provocação para que o Poder Judiciário decida a este respeito, de forma que questões tradicionalmente não integrantes de sua apreciação, como

aquelas relativas à alocação de recursos ou ao controle do mérito dos atos da administração pública, tornam-se cada vez mais frequentes.

Conforme retratado por Matthew Taylor:

> É amplamente reconhecido que, embora o Judiciário não possua 'nem a bolsa nem a espada' –, ou seja, nem os poderes orçamentários do Legislativo nem os poderes coercitivos do Executivo –, ele tem um considerável poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo. O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o Rechstaat ou état de droit. Ele decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes (TAYLOR, 2007. p. 248).

Dentro desse contexto, surgem novos embates institucionais acerca de qual seria o âmbito mais adequado para concretização dos direitos e garantias fundamentais.

No âmbito jurídico, normalmente este conflito é traduzido através da discussão em torno da aplicabilidade ou não da reserva do possível. Trata-se de um termo jurídico que, embora não tenha previsão expressa no texto constitucional, representa o conflito existente entre o limite dos recursos públicos à disposição do Estado e o custo da concretização das promessas de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

A origem da expressão remonta ao famoso caso do "*numerus clausus absoluto*", julgado em 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (MARTINS, 2005). Naquela ocasião, o Tribunal alemão se manifestou sobre o número de vagas para o curso de Medicina da Universidade de Hamburgo, e a Corte teve que decidir acerca da constitucionalidade na fixação de um limite máximo de alunos ingressantes[319].

[319] A deliberação do colegiado foi no sentido de declarar incompatível com a Carta Maior da Alemanha a prévia limitação do número de vagas na Universidade, sob pena de não haver satisfeito o direito à liberdade de escolha da própria profissão (BVerfGE 33, 303). No entanto, o entendimento dos ministros foi o de que, apesar de não haver uma limitação à priori das vagas, não poderia o indivíduo exigir da coletividade a realização de obras para que sua pretensão fosse satisfeita, sendo possível, portanto, limitar o número de ingressantes caso fosse constatado, no caso concreto, que não poderia ocorrer a admissão de um aluno sem o prejuízo dos demais, devido às limitações materiais no campus da universidade.

No Brasil, a reserva do possível obteve uma nova compreensão, existindo diversas considerações na literatura jurídica sobre a expressão. Dentre elas, vale destacar as observações de Fernando Facury Scaff, para quem a reserva do possível se trata de "*um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais*" (SCAFF, 2013, 1405)". Segundo o autor, cada indivíduo, ao fazer suas escolhas econômicas, deve eleger suas prioridades com base nos seus limites financeiros, sendo que a mesma premissa vale para os administradores públicos.

Por outro lado, há autores que apresentam um entendimento diferente sobre o tema, entendendo que a questão da reserva do possível deve ser levada a sério a depender do caso concreto. Sobre esse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet traz considerações relevantes ao sustentar que "as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal" (SARLET, 2013).

No entanto, uma reflexão importante que deve ser considerada é a possibilidade prática de a reserva do possível ser capaz de traduzir o conflito entre a concretização imediata de direitos fundamentais sociais e o limite dos recursos públicos.

A esse respeito, o professor José Reinaldo Lima Lopes entende não ser o Poder Judiciário o espaço adequado para decisões dessa natureza. Segundo o professor, "há uma impossibilidade da decisão judicial, pois a matéria é, por definição, outorgada a decisão política, ou seja, a decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos" (LOPES, 2013, p. 165). Ou seja, caberia ao agente público a competência de fazer escolhas entre meios e fins e entre prioridades diante de casos igualmente graves, e não aos órgãos judiciários serem julgadores de conveniências ou de adequação de meios e fins.

Nessa linha, José Gladston Viana Correia, utilizando-se de uma abordagem sistêmica, desenvolve considerações relevantes acerca da reserva do possível, a partir de uma perspectiva sociológica dos direitos fundamentais (CORREIA, 2014). Segundo o autor, para que o sistema jurídico opere de modo socialmente adequado, é preciso reconstruir, a partir do seu próprio código, uma imagem da escassez econômica, de tal modo que o direito possa observá-la como limite externo à atuação jurídica. Nesse sentido, a reserva do possível poderia ajudar na reconstrução jurídica de estruturas ambientais, como o limite econômico.

Porém, ao discorrer sobre o papel desempenhado pela tese, o autor considera que a expressão reserva do possível não tem sido capaz de permitir a abertura cognitiva necessária do sistema jurídico para traduzir as restrições do ambiente econômico, servindo apenas como argumento jurídico abstrato e incapaz de promover a adequação necessária das decisões judiciais que tratam de direitos fundamentais sociais[320].

É exatamente essa a questão que se pretende discutir nos próximos tópicos: seria a reserva do possível uma ferramenta jurídica capaz de traduzir o limite fático e econômico do direito em decisões judiciais? Se sim, quais são os critérios para que a reserva do possível seja reconhecida?

Para entender melhor essas e outras questões, foram analisados os principais precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, com objetivo de identificar quais são os critérios exigidos para aplicação da reserva do possível nas decisões colegiadas do Tribunal. Como guardião da Constituição, o STF é o Tribunal mais adequada para investigar o tema, já que é a instituição com

[320] Segundo José Gladston Viana Correia: "Pelo modo como o Direito tematizou o problema ambiental da escassez de recursos, percebe-se que esse sistema não aperfeiçoou seus mecanismos de cognição para lidar com problemas do entorno a ele trazidos com a judicialização dos direitos sociais. **A maneira como se trata a reserva do possível no direito é sempre abstrata. Utiliza-se a escassez apenas como argumento jurídico genérico, nunca como distribuição de bens concretamente atestável.** As diferenças são marcantes. Como simples argumento, a reserva do possível apenas torna claro para o direito que o entorno lhe impõe alguns limites operativos. Todavia, ainda não se define o mais importante: quais limites são estes. Do modo como é utilizada hoje, a reserva do possível apenas promove variabilidade, pois sempre pode justificar a negação de prestações decorrentes dos direitos sociais. Contudo, não intermedeia a abertura cognitiva que seria necessária à" adequação social das decisões que tratam de direitos sociais".

competência de, no âmbito do Poder Judiciário, proferir a última palavra acerca de assuntos referentes a direitos fundamentais.

Vale destacar que este trabalho utiliza como base os resultados obtidos em pesquisa realizada no âmbito da Tese de Láurea, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Assim, as considerações elaboradas neste trabalho abordam apenas as decisões proferidas pelo STF até o final de 2019, ano em que a pesquisa foi elaborada. Naquela ocasião, foram analisados 43 casos, sendo 42 acórdãos e 1 decisão monocrática (ADPF 45 MC), todos julgados entre os anos de 2003 e 2019. A relação de decisões que foram objeto de análise pode ser conferida no Anexo I – Julgados analisados.

Os principais aspectos e resultados dessa análise serão aprestados a seguir, ocasião em que se discutirá quais os critérios exigidos pela Corte Constitucional brasileira para aplicação da reserva do possível em suas decisões, a fim de entender se eles têm sido capazes ou não de traduzir os limites econômicos da escassez para a racionalidade jurídica.

1. A reserva do possível no STF

1.1. Breve contextualização da reserva do possível no STF

Para entender se a reserva do possível tem sido capaz de expressar os limites econômicos do direito, antes é necessário entender de que forma a expressão é discutida pelo STF. Ao analisar as decisões proferidas até 2019, foi possível observar que determinados assuntos aparecem com muita frequência quando os ministros fazem considerações acerca da aplicabilidade da "reserva do possível".

Geralmente o tema central discutido na Corte se relaciona com instituição de parâmetros para intervenção do Judiciário na atuação do Poder Executivo. Em suma, a questão que deve ser enfrentada pela Corte é a concretização dos chamados "direitos programáticos". Nesse sentido, o Min. Luiz Fux discorre, em voto proferido no RE 592.581/RS, sobre certa "dimensão objetiva" dos direitos sociais, considerando que, para sua implementação, é preciso que haja um aparato institucional capaz de sustentá-los.

Essa discussão se relaciona com as ponderações desenvolvidas pelo Min. Gilmar Mendes, sobre o debate doutrinário acerca da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais sociais, no âmbito da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 e da Suspensão de Liminar (SL) 47, ambas jugadas em 2010. Nelas, são desenvolvidos os principais aspectos do debate em torno da possibilidade de proteção judicial dos direitos de segunda geração e de como seria possível conferir o caráter de direito subjetivo público a essa categoria, já que, diferentemente dos direitos de primeira geração, em que a possibilidade de proteção judicial surge com a sua violação por uma atuação lesiva do Estado, os direitos sociais exigem determinada proteção e atuação ativa do Poder Público.

Nessa perspectiva, o tema da separação dos poderes é um dos principais argumentos levantados pelo Poder Público, já que, em virtude da escassez de recursos, a implementação desses direitos deve ocorrer somente por via da discricionariedade política.

Porém, o Ministro já aposentado Celso de Mello se manifesta de forma contrária a este argumento. Ao julgar monocraticamente a ADPF 45 MC, ainda em 2004, o Ministro afirma existir uma "dimensão política da jurisdição constitucional". Segundo ele, a competência de guardião da Constituição foi conferida ao Supremo a fim de garantir a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, de tal modo que o Tribunal não poderia se omitir do seu dever institucional de assegurar a plena integridade normativa da Carta Maior.

De acordo com Celso de Mello, o caráter programático dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal: "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (ADPF 45, 2004, p. 4).

Assim, através do conceito de dimensão política da jurisdição constitucional e aplicabilidade imediata das normas ditas programáticas, Celso

de Mello busca demonstrar a legitimidade da intervenção judicial na implementação de políticas públicas.

Enquanto o primeiro aspecto se opõe ao argumento relativo à violação da separação dos poderes, o segundo é voltado para a alegação acerca do caráter programático dos direitos sociais. É nesse contexto que se insere a questão da "reserva do possível".

Com a superação do argumento do caráter programático dos direitos fundamentais sociais, e a relativização do argumento da separação dos poderes pela dimensão política conferida à Corte pela Constituição Federal, restou ainda a questão dos limites fáticos (materiais e econômicos) para a plena implementação das garantias constitucionais sociais, os quais são, teoricamente, traduzidos por meio do conjunto de critérios instituídos pelo Tribunal para aplicabilidade da reserva do possível. Em suma, eles consistem na demonstração do "justo motivo" "objetivamente aferível" para negativa da concretização da determinação constitucional.

A instituição desses critérios é relevante por dois motivos. O primeiro, é que se cumpridos pelo Poder Público, o entendimento do STF é de que ele não estaria obrigado a atender determinada obrigação constitucional. O segundo é que, ao se permitir decidir se o cumprimento da obrigação constitucional deverá ocorrer ou não, o Tribunal se legitima para decidir quando será possível intervir na execução de políticas públicas.

1.2. Critérios para aplicação da reserva do possível no STF

Em relação aos critérios para aplicação da reserva do possível nos casos concretos, a partir da análise das decisões do STF foi possível verificar que existem ao menos dois elementos nos votos dos ministros que permitem extrair uma noção do significado da expressão para a Corte.

Assim, a reserva do possível decorreria de duas premissas principais. A primeira é que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, depende da atuação positiva e onerosa do Estado. A segundo, por sua vez, trata da questão

de que a implementação de tais direitos pode sofrer "limitação material", uma vez que está vinculada à capacidade econômico-financeira do ente estatal.

Com base nessas duas premissas, a Corte conclui que a "comprovação objetiva" da incapacidade de implementar determinado direito fundamental torna inexigível a prestação "imediata" da obrigação estatal em virtude justamente desse limite material. Ou seja, a natureza dos direitos de segunda geração confrontada com a realidade econômica do Estado tornaria inexigível a prestação imediata de determinados direitos fundamentais.

É por meio deste raciocínio que o tribunal desenvolve a concepção de que a demonstração pelo Poder Público de que há, cumulativamente, um "justo motivo" "objetivamente aferível" da impossibilidade de prestar determinada obrigação constitucional, quando confrontado judicialmente com a exigência da prestação imediata de um direito social, resultaria na extinção dessa responsabilidade.

Quanto ao significado atribuído ao justo motivo objetivamente aferível, há alguns elementos nos votos dos ministros que podem auxiliar no seu entendimento. Neles é possível extrair uma sucinta ideia do que o Supremo exige do Poder Público para reconhecer a aplicabilidade da reserva do possível.

A partir da análise das decisões, observou-se que a demonstração objetiva da impossibilidade se dá com a apresentação do plano orçamentário pelo ente estatal, bem como dos motivos pelos quais determinada prestação não pode ser inserida no respectivo orçamento.

É o que pode ser compreendido, por exemplo, a partir da leitura do voto do Min. Gilmar Mendes na Intervenção Federal (IF) 2915, julgada em 2003, ocasião na qual a reserva do possível foi reconhecida pelo STF. Da leitura do voto, se depreende que aquilo que parece conferir legitimidade à conduta do Poder Público em descumprir as decisões judiciais que determinavam o pagamento imediato de precatório alimentar pelo Estado de São Paulo, conforme disposto no art. 78 do ADCT[321], seria a impossibilidade de satisfazer a obrigação

[321]Constituição Federal 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste

constitucional sem comprometer outras obrigações financeiras do Estado, que poderiam inclusive afetar a concretização de outras garantias fundamentais.

Segundo o Ministro, naquele caso existia vontade inequívoca do Estado em cumprir com a obrigação constitucional, a qual só não pode ser realizada por condições materiais alheias à sua vontade. Inclusive, parece ser este o sentido atribuído ao termo "justo motivo", quer dizer, a existência de uma manifestação material de vontade (conduta) do Estado em cumprir com determinada prestação, a qual não se concretiza, no entanto, por barreiras econômicas oriundas da escassez de recursos.

Tal noção é reforçada quando o ministro argumenta que o cumprimento integral e imediato do que se exigia do Estado de São Paulo acarretaria, na verdade, no comprometimento de outras obrigações constitucionais, o que o legitimaria, assim, postergar o pagamento dos precatórios em questão (IF 2915, 2003, p. 31).

Assim, com base na análise do conjunto de decisões estudado, tem-se, aparentemente, que, para haver a demonstração objetiva da justa impossibilidade de prestar, é necessário que o Poder Público arrole suas despesas orçamentárias e demonstre a impossibilidade de arcar com os custos da prestação sem o comprometimento das outras garantias fundamentais, bem como comprove a inequívoca atuação no sentido de satisfazer determinado direito fundamental social.

Entretanto, merece destaque o fato de que existem situações em que os ministros afirmam não ser possível reconhecer a invocação da "reserva do possível", mesmo se cumprido o requisito objetivo pelo Poder Público.

Esta é a situação em que o Tribunal comumente considera a necessidade de satisfação do "mínimo existencial". Assim, a grande maioria das decisões analisadas a invocação da "reserva do possível" é considerada como inválida

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

pelos ministros, especialmente ante um quadro em que seja identificada a necessidade de proteção do que denominam como "mínimo existencial".

A este respeito, há uniformidade entre os membros do Tribunal acerca dessa insuperável limitação imposta à "reserva do possível". Segundo a Corte, a conduta estatal que não preserva a proteção desse conjunto de condições mínimas de existência digna sempre será irrazoável e ilegítima, gerando, como consequência, a inaplicabilidade da reserva do possível, mesmo quando o Poder Público for capaz de comprovar a impossibilidade objetiva em prestar determinado direito fundamental.

Portanto, nos casos em que a "racionalidade jurídica" revelar a presença de um mínimo existencial[322] a ser tutelado pelo Poder Judiciário, a pretensão contará com um justo motivo, de modo que a demonstração da inexistência de recursos não seria capaz de extinguir a obrigação de prestação imediata da garantia constitucional pleiteada, legitimando a intervenção judicial na administração pública.

A partir da análise de tais requisitos, pode-se verificar que, pelo modo como foram construídos na argumentação da Corte, o termo "justo motivo" "objetivamente aferível" possui ao menos duas dimensões. A primeira, de caráter objetivo (subsistência de recursos), é passível de demonstração documental, enquanto a segunda, de caráter subjetivo (razoabilidade da pretensão/justo motivo), independe da análise de documentos, estando adstrita unicamente à avaliação do julgador, ou seja, à racionalidade jurídica.

Esta forma de categorizar e organizar os requisitos instituídos pela Corte não é trivial, na medida em que se poderia alegar, dentro de uma "perspectiva dos gestores públicos", que o segundo requisito (dimensão subjetiva) transcende

[322] Neste ponto, cumpre destacar que, à semelhança do que se verifica em relação à "reserva do possível", também não há, nas decisões coletadas, uma definição conceitual clara do que a Corte considera por "mínimo existencial". Por outro lado, diferentemente do tratamento conferido à expressão objeto dessa pesquisa, identificou-se, em trecho da ADI 3768, posicionamento da Min. Cármen Lúcia em relação ao que compreende por "mínimo existencial". Pôde-se depreender que o "mínimo existencial", segundo a ministra, é "o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais (...)". Entretanto, embora isso implique um maior delineamento do conceito, ainda resta uma margem de vagueza muito grande na expressão.

a capacidade de comprovação por meio de provas materiais, já que cabe ao magistrado, à luz do caso concreto, a definição acerca da razoabilidade ou não da pretensão, podendo a obrigação ser reconhecida pela ponderação judicial mesmo quando o Estado atende ao requisito objetivo, gerando consequências relevantes para a administração pública.

Por outro lado, a partir de uma "perspectiva dos particulares", poderia se dizer que esse critério poderia funcionar como um filtro instituído pelo Poder Judiciário para relativizar demandas judiciais por direitos sociais, naqueles casos em que, mesmo não sendo demonstrada a ausência de recursos, possa ser reconhecida a falta de responsabilidade do ente impugnado, por ser considerada irrazoável a pretensão exigida do Poder Público.

De todo modo, a inclusão de um critério de caráter subjetivo, que deve ser necessariamente observado, confere ao julgador maior liberdade no momento de reconhecer ou não a incidência da expressão, ampliando a discricionariedade judicial sobre a destinação de recursos públicos a demandas sociais.

No tópico a seguir, serão feitas algumas considerações acerca das implicações que a instituição desses critérios na argumentações dos ministros para a compreensão de como tem se dado a aplicação da reserva do possível na Corte constitucional brasileira

1.3. Aplicação da reserva do possível pelo STF

O principal aspecto identificado nas decisões analisadas, em relação ao modo pelo qual a reserva do possível vem sendo aplicada nas decisões do STF, está no fato de que o reconhecimento ou não de sua aplicabilidade resulta em uma forma de qualificar a atuação do Poder Público diante de um caso concreto.

Se por um lado, o entendimento de que foram cumpridos os requisitos de aplicabilidade da expressão significa a legitimidade da conduta estatal, decidir pela inaplicabilidade da reserva do possível gera, por outro, a ilegitimidade da atuação do Poder Público. Com efeito, enquanto no primeiro caso não existe legitimidade para a intervenção judicial, no segundo, o Tribunal considera ser necessário o controle jurisdicional de políticas públicas.

A classificação por esse binômio legitimidade/ilegitimidade da conduta do Poder Público é relevante, especialmente pelo fato de que os critérios para aplicação da expressão comportam um alto grau de discricionariedade judicial em sua dimensão subjetiva, de modo que a conduta do poder público pode ser considerada ilegítima mesmo quando demonstra objetivamente a incapacidade de prestar determinada garantia constitucional.

1.3.1. Legitimidade/ilegitimidade da conduta do Poder Público

Para deixar mais claro como vem se dando a aplicação da reserva do possível ao longo dos anos, vale a pena destacar que, até o final de 2019, os casos em que o STF reconheceu a legitimidade da conduta do Poder Público correspondem a cerca de 7% das decisões colegiadas proferidas. Contudo, é interessante reforçar que esses casos são restritos aos pedidos de intervenção federal, fundamentados no descumprimento de decisões judiciais que determinaram o pagamento de precatório alimentar pelo Estado de São Paulo, conforme disposto no art. 78 do ADCT.

Esse conjunto de decisões (IF 470, IF 1262 e IF 2915) foi julgado em uma situação que poderia ser considerada ao menos incomum. Elas se inserem em um contexto em que inúmeros pedidos de intervenção federal no Estado de São Paulo foram levados ao Tribunal, sendo que apenas o IF 2915 teve julgamento concreto pelos ministros, e nos demais eles apenas referenciam o que já haviam votado neste caso. Essas decisões são os primeiros casos em que a expressão foi mencionada, tendo sido a primeira vez que ela foi utilizada pelo STF, assim como afirmado pelo Min. Gilmar Mendes, em voto proferido no RE 592.581.

Nesses casos, o Tribunal entendeu estar ausente o dolo do Poder Público estadual no descumprimento da decisão judicial, por meio da aplicação da "reserva do possível", que gerou, como consequência, a extinção da obrigação constitucional ao pagamento imediato de todos os precatórios.

Sendo assim, percebe-se que a aplicação da expressão pela Corte teve como efeito o reconhecimento da legitimidade da atuação estatal, que contrariava o expressamente disposto no artigo 34, VI da CF/1988 e no artigo 78 do ADCT,

de modo que não foi considerado irregular o descumprimento do texto constitucional.

Por outro lado, os casos em que a conduta do Poder Público foi considerada ilegítima pelo STF compõem cerca de 93% das decisões analisada pela pesquisa.

Elas normalmente tratam do direito à saúde e à educação, apesar de a expressão também ter aparecido em temas como "sistema carcerário", "direito do idoso", "direito à moradia", "direito à alimentação", "direitos políticos", entre outros.

Nesse grupo, que comporta 40 das 43 decisões analisadas, existem algumas diferenças em relação ao anterior, em que se reconheceu a aplicabilidade da expressão.

A principal diz respeito à falta de considerações acerca da capacidade econômica do ente federativo demandado. Nessa linha, não foram identificadas discussões quanto aos custos das prestações exigidas, ou, ainda, sobre os seus impactos para a Administração Pública ou para a satisfação de outros direitos sociais que, eventualmente, dependessem de tais recursos.

Um dos poucos casos em que se pode observar alguma referência a valores foi no julgamento do STA 223. Nele, ao tratar do custeio de tratamento médico no exterior pelo Estado de Pernambuco, os ministros chegam a trazer para os autos o gasto que isso representaria (R$279.000). Apesar disso, não consideram a aplicabilidade da "reserva do possível", nem abordam a questão sobre os possíveis impactos da sua decisão no orçamento do ente estatal, ou eventual efeito cascata desse entendimento.

Na maioria dos julgamentos constata-se que a "reserva do possível" passou a ser utilizada em sentido negativo, ou seja, como algo que não poderia, em princípio, ser invocado pelo Poder Público, instituindo-se espécie de presunção relativa quanto à sua inaplicabilidade.

Assim, foi possível observar que a expressão exerce como função geral a instituição de critérios condicionadores da atuação judicial, que se cumpridos, permite a intervenção judicial em política públicas. Em geral, a tendência dos

ministros do Supremo tem sido não reconhecer a aplicabilidade da "reserva do possível", ao menos nas decisões colegiadas proferidas entre 2003 e 2019. Consequentemente, isso tem reforçado o entendimento pela legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na atuação da administração pública.

Pela análise dos acórdãos, aparentemente isso ocorre tanto pelo reconhecimento da questão versar sobre o "mínimo existencial", quanto pela falta de comprovação da ausência de recursos pelo ente estatal.

Considerações finais

Pela análise das decisões julgadas até 2019, chegou-se à conclusão de que a utilização da reserva do possível na argumentação dos ministros exerce algumas funções relevantes nas decisões da Corte, quais sejam: i) sua utilização como um mecanismo jurídico capaz de conjugar fatores econômicos com normas jurídicas; e ii) sua instrumentalização como um dos elementos de uma estrutura argumentativa que impõe critérios condicionadores à da intervenção judicial em políticas públicas, conferindo legitimidade ao Poder Judiciário para decidir sobre o assunto, a despeito do argumento da escassez de recursos públicos e da legitimidade dos poderes políticos decidirem sobre a sua destinação, em função do princípio da separação dos poderes.

Da análise dos casos, foi possível observar que, nas intervenções federais de nº 470/SP, 1262/SP e 2915/SP, julgadas em 2003, a "reserva do possível" serviu preponderantemente como um instrumento jurídico capaz de traduzir fatores de caráter econômico (relativos aos limites financeiros do Estado) como condicionadores da imediata prestação de determinadas normas jurídicas de natureza constitucional, tendo o STF refletido profundamente acerca dos impactos que poderiam ser causados pela decisão do Tribunal no caso concreto[323].

[323] Segundo as considerações feitas pelo Min. Gilmar Mendes: "Como tenho afirmado, esse exame de dados concretos, ao invés de apenas argumentos jurídicos, não é novidade no Direito comparado. No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto". STF: IF 2915/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/02/2003, p. 31.

No entanto, após as decisões proferidas nestes julgamentos, a ideia da reserva do possível passou por mudanças, influenciando na maneira como é aplicada. Embora a função de conjugar fatores jurídicos, materiais e econômicos ainda esteja presente, não é a que predomina na argumentação dos ministros.

Considerando que 93% dos casos analisados o entendimento do STF foi pela não aplicabilidade da reserva do possível e, consequentemente, pela ilegitimidade da negativa de cumprimento da determinação constitucional pelo Poder Público, observa-se que a "reserva do possível" tem sido, preponderantemente, um instrumento jurídico que impõe critérios condicionadores da implementação de políticas públicas pela via judicial, mas que nunca é reconhecido como aplicável pelo STF, legitimando a intervenção judicial na maior parte dos casos analisados.

Assim, foi possível verificar que, por meio dos critérios do "justo motivo" "objetivamente aferível", o STF avalia a legitimidade/ilegitimidade da negativa em prestar determinado direito social pelo Poder Público, sendo que, se entender pelo não cumprimento cumulativo desses requisitos, considera ser legitima a intervenção do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas, especialmente se reconhecida violação ao mínimo existencial.

Nesse aspecto, merece destaque o fato de que, considerando que a demonstração do justo motivo objetivamente aferível é dotado de uma dimensão subjetiva (já que depende da demonstração de que a exigência não é juridicamente razoável), pode-se concluir que a construção argumentativa desenvolvida pela Corte tem por consequência conferir legitimidade ao controle jurisdicional de políticas públicas, já que em 93% das decisões analisada a reserva do possível não foi aplicada, tendo como consequência o reconhecimento da possibilidade de intervenção judicial nesses casos pelo STF.

Nessa perspectiva, o confronto entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível" deixa essa ideia mais clara, uma vez que, na visão dos ministros, ela encontra insuperável limite nos casos em que fica reconhecido se tratar da satisfação da "existência minimamente digna", independentemente de ser demonstrada a inexistência de recursos.

Isso ocorre porque a garantia de condições mínimas de existência parece afetar justamente a dimensão subjetiva da "reserva do possível", pois é considerada pelo Tribunal como uma pretensão sempre razoável e, portanto, apta a relativizar a prova isolada da impossibilidade financeira da prestação pelo Estado.

Assim, essa construção argumentativa, elaborada e aplicada pelo STF, confere uma discricionariedade que permite aos ministros decidirem pela condenação do Poder Público, sem precisar se ater, necessariamente, a questões objetivas, como documentos orçamentários ou o eventual impacto econômico gerado para o respectivo ente federado.

É importante destacar que esse entendimento fixado pelo Tribunal pode ser compreendido, hipoteticamente, ao menos de duas formas diferentes. Seria possível afirmar tanto que essa dimensão subjetiva constitui instrumento desenvolvido pelo STF no intuito de relativizar a aplicação de direitos fundamentais, quanto que representa uma forma de afastar o argumento da escassez dos recursos públicos ou da competência exclusiva dos poderes políticos em decidir sobre a alocação de recursos.

Com base nos dados analisados, a segunda opção parece ser aquela que está sendo implementada pelo Tribunal nos dias de hoje. Como mencionado, em 93% das decisões estudadas os requisitos instituídos pelos ministros não foram reconhecidos, havendo como consequência a condenação do Poder público e legitimidade da intervenção judicial.

Assim, ao menos no que diz respeito à jurisprudência relativa à reserva do possível até 2019, foi possível observar que, da forma como os critérios para aplicação da expressão foram construídos, e aplicados pelo STF, a reserva do possível tem sido incapaz de conjugar fatores jurídicos e econômicos a fim de buscar a decisão mais adequada a realidade em que o sistema jurídico está inserido, existindo uma ampla margem de discricionariedade do julgador para decidir sobre a questão.

Esse resultados se aproximam das considerações feitas por José Reinaldo Lima Lopes, segundo o qual, devido ao fato de o Poder Judiciário estar pautado

em uma análise através de critérios legal-normativos, haveria uma impossibilidade de a decisão judicial tratar adequadamente da questão.

No mesmo sentido, foi possível observar que as considerações feitas por José Gladston Viana Correia também são pertinentes, já que a inexistência de considerações a respeito das restrições impostas pelo ambiente econômico nas decisões do Tribunal, bem como a negativa de aplicabilidade da reserva do possível em 93% das decisões, demonstra que ela tem sido considerada apenas do ponto de vista interno do sistema jurídico, de forma meramente abstrata, fazendo com que o Tribunal seja incapaz de perceber as restrições do ambiente econômico que está inserido.

Embora possa ser argumentado que 42 decisões não tenham condão de gerar qualquer disfuncionalidade relevante, ou então, impacto profundo nas contas públicas, vale questionar qual é o real efeito dessa ampla discricionariedade na aplicação dos requisitos da reserva do possível pelo STF, especialmente se considerado que suas decisões estabelecem parâmetros para cada um dos mais de 18 mil Magistrados que existem no Brasil (CNJ, 2023).

Portanto, é importante considerar que essa forma de aplicação da expressão não garante uma maior discricionariedade apenas ao STF, mas também a todos os demais membros do Poder Judiciário, levando a um efeito em cadeia que pode contribuir para a ampliação da intervenção judicial na implementação de políticas públicas.

Referências

BARROSO, L. R. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 27 mar. 2017.

BRITO, F.. O deslocamento da população brasileira para as metrópoles. **Estudos Avançados**, 2006, p. 221–236. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40142006000200017

BUCCI, Maria Paula Dallari; BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. Teoria do Estado Brasileiro: o povo como elemento político do Estado e o abolicionismo. *In:*

AUAD, Denise; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. **Direitos humanos, democracia e justiça social:** uma homenagem à professora Eunice Prudente: da militância à academia. São Paulo: Letras Jurídicas, 117-136, 2017.

CHANCEL, L., PIKETTY, T., SAEZ, E., ZUCMAN, G. et al. **World Inequality Report 2022**. World Inequality Lab, 2022. p. 187. Disponível em: <https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2023/03/D_FINAL_WIL_RIM_RAPPORT_2303.pdf>

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais:** escassez, justiça e legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023**. – Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-Constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FURTADO, Celso. 1965**. Obstáculos políticos ao crescimento econômico do Brasil**. Revista Civilização Brasileira. 29-45.

International Monetary Fund (FMI). **World Economic Outlook Database**, 2022. Disponível em: https://www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2022/April/download-entire-database# Acesso em 01.04.2024.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Em torno da "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARTINS, Leandro (Org.). **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad AdenauerStiftungE.v., 2005. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldes Ferreira.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Quem recebe as prestações sociais? ou Processo Orçamentário, Reserva do Possível e Escolhas Trágicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Em busca das raízes das nossas desigualdades sociais. **Revista Acadêmica**, São Paulo, n. 7, 34-43, out. 2005.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, n. 50, 2007.

Anexo I – Julgados analisados

Tabela 1. Relação dos acórdãos selecionados para a pesquisa

Acórdão	Assunto	Data de Julgamento
RE 1165054 AgR	Direito à saúde	31/05/2019
RE 1060961 AgR	Direito à educação	29/04/2019
RE 1139140 AgR	sistema carcerário	12/04/2019
ARE 926069 AgR	sistema carcerário	12/03/2019
ARE 1129152 AgR	Servidores Públicos	07/12/2018
ARE 1096445 AgR	sistema carcerário	30/11/2018
RE 1101106 AgR	Direito à educação	22/06/2018
RE 1076911 AgR	Direito à educação	16/03/2018
ADI 4066	Direito à saúde	24/08/2017
RE 1026698 AgR	sistema carcerário	30/06/2017
RE 587970	Direitos dos estrangeiros	20/04/2017
RE 580252	sistema carcerário	16/02/2017
ARE 855476 AgR	sistema carcerário	16/02/2016
RE 581488	Direito à saúde	12/3/2015
ADPF 347 MC	sistema carcerário	9/9/2015
RE 592581	sistema carcerário	8/13/2015
ARE 855762 AgR	Direito a moradia	5/19/2015
ARE 875333 ED	Direito à educação	4/28/2015
ARE 860979 AgR	Direito à educação	4/14/2015
RE 796347 AgR	Direito ao Meio Ambiente	3/24/2015
ARE 745745 AgR	Direito à saúde	12/2/2014
ARE 727864 AgR	Direito à saúde	11/4/2014
AI 747402 AgR	Direito à educação	5/27/2014
AI 598212 ED	Direito a ter direitos	3/25/2014
RE 581352 AgR	Direito à saúde	10/29/2013
RE 763667 AgR	Direito a ter direitos	10/22/2013
RE 580963	Direito do idoso	4/18/2013
RE 567985	Direito do idoso	4/18/2013
RE 607607	Servidores Públicos	2/6/2013
RE 642536 AgR	Direito à educação	2/5/2013
ARE 639337 AgR	Direito à educação	8/23/2011
ADI 4167	Direito à educação	4/27/2011
RE 368564	Direito à saúde	4/13/2011
SL 47 AgR	Direito à saúde	3/17/2010
STA 175 AgR	Direito à saúde	3/17/2010
STA 223 AgR	Direito à saúde	4/14/2008
ADI 3768	Direito do idoso	9/19/2007
RE 436.996 AgR	Direito à educação	11/22/2005
RE 410715 AgR	Direito à educação	11/22/2005
IF 470	Intervenção Federal	2/26/2003
IF 1262	Intervenção Federal	2/26/2003
IF 2915	Intervenção Federal	2/26/2003
ADPF 45 MC	Direito à saúde	24/04/2004

Fonte: elaboração própria.

18. O sigilo de dados e a Sociologia da Constituição: um diálogo entre Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Giancarlo Corsi sobre o conteúdo e a função dos direitos fundamentais

Pedro Henrique Partata Mortoza[324]

Introdução

Em 1993, o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior publicava o artigo "*Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*". O texto se propunha a analisar o conteúdo e a extensão da proteção conferida pelo artigo 5º, XII, da Constituição, que assegura a inviolabilidade do "sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas". Em síntese, a tese defendida no mencionado texto era que o inciso XII protegeria apenas a *comunicação* dos dados, não os dados em si (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445-448).

O artigo balizou a interpretação da jurisprudência brasileira, em especial do Supremo Tribunal Federal (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 71-74). A tese veiculada por Ferraz Júnior serviu de fundamento para uma série de decisões judiciais que permitiam o acesso a dados armazenados em dispositivos eletrônicos – afinal, segundo a concepção dominante, a proteção constitucional limitava-se ao *fluxo* das informações, porque o objetivo da Constituição seria proteger o *processo comunicacional* (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445-448).

[324] Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado criminalista.

Ao longo das últimas três décadas, contudo, a evolução tecnológica motivou uma reavaliação das noções relativas à privacidade e à proteção de dados pessoais (PONCE; QUEIROZ, 2023, p. 611-616). A partir desse movimento, a compreensão de parte da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, apresentou alterações e a interpretação do âmbito de proteção do inciso XII foi modificada.

O próprio Prof. Tércio, em 2017, por ocasião do "*I Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital*", afirmou ser necessária uma reformulação dos conceitos relativos à privacidade: segundo ele, a noção de privacidade que regia a interpretação veiculada no artigo de 1993 não subsistiria, de modo que deveríamos revisar as posições consolidadas e, inclusive, elaborar um novo instrumental jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 37).

O presente artigo pretende analisar, a partir de Giancarlo Corsi, as razões pelas quais o mesmo inciso constitucional comporta, num período tão curto de tempo, interpretações tão distintas a respeito do conteúdo e do âmbito de proteção de um direito fundamental.

No item 2, serão analisados os principais argumentos estabelecidos no primeiro texto, de 1993. O item 3, por sua vez, é dedicado à recepção das conclusões veiculadas por Ferraz Júnior na jurisprudência nacional. Já o item 4 volta-se para a análise da mudança de concepção do próprio Prof. Tércio em relação ao sigilo de dados, justificada por uma mudança estrutural da sociedade. Encaminhando-se para o final, o item 5 analisa como a jurisprudência brasileira também mudou, incorporando parte das novas ideias sobre proteção de dados pessoais. O item 6, então, examinará as funções exercidas pelos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, dedicando-se a entender por que o conteúdo e a extensão desses direitos variam conforme o tempo. O item 7, por fim, será à guisa de conclusão.

1. O inciso XII do artigo 5º em 1993: a interpretação de direito fundamental no passado

No artigo publicado em 1993, Tércio argumentava que o conteúdo do direito à privacidade seria a faculdade de "constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440). O autor defendia que o *objeto* do citado direito seria "a liberdade de 'negação' de comunicação do pensamento", ao passo que seu *conteúdo* seria "a faculdade de resistir ao devassamento, isto é, de manter o sigilo" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440). Essa noção pautava-se no *princípio da exclusividade*, representado por três atributos: solidão, em respeito ao desejo de estar só; segredo, daí porque a exigência de sigilo; e autonomia, enquanto liberdade de decisão (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440-441).

Partindo dessas premissas, o autor diferenciou a privacidade, como direito, das noções de sigilo, afirmando que o sigilo "não é o objeto do direito fundamental", mas "diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito" à privacidade (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 443-444). Para ele, o sigilo seria mero *instrumento*, marcado pela *acessoriedade*, de modo que seria equivocado "falar em direito ao sigilo, tomando a faculdade (conteúdo) pelo bem protegido (objeto)" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 443-444). Uma das consequências dessa conceituação seria a de que o sigilo não se vincularia somente à privacidade do indivíduo, mas poderia servir ao próprio Estado, caso fosse importante ao interesse público (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 444-445).

Tércio argumentou, então, que o constituinte estabeleceu, no inciso XII, dois blocos: de um lado, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; de outro, o sigilo de dados e das comunicações telefônicas (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 446). A partir disso, o autor construiu o seguinte raciocínio, que embasou a compreensão jurisprudencial posterior em relação ao acesso a dados armazenados:

> Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção *e* une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia,

> comunicação de dados e telefonia. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447).

Com esta leitura do inciso, concluiu que "o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação)", de forma que "a troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447). Estabeleceu, portanto, que a proteção recaía sobre o *fluxo*, não sobre a informação.

Centrado na ideia de proteção ao *processo comunicacional* (e não aos dados em si), Ferraz Júnior argumentava que, dos meios estabelecidos no inciso XII, apenas a telefonia "se caracteriza por sua *instantaneidade*" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447). Por isso, como as outras espécies de comunicação deixariam vestígios (a carta, o fax, o e-mail), apenas o processo comunicacional telefônico seria passível de interceptação do fluxo. Daí porque, embora não fosse possível interceptar os dados, seria possível apreender o suporte físico mediante busca e apreensão, por exemplo (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447).

A tese de que a Constituição objetivou proteger o fluxo das comunicações e o processo comunicacional, e não os dados e informações em si, ganhou eco na jurisprudência. Conforme se verá adiante, as ideias de Ferraz Júnior balizaram a interpretação do STF a respeito do conteúdo e da extensão da proteção constitucional conferida pelo inciso XII.

2. A jurisprudência analógica: a extensão de um direito fundamental que desconhecia o futuro

Como bem relembram Queiroz e Ponce (2020, p. 71), a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que a proteção veiculada pelo inciso XII alcançaria apenas a comunicação, e não os dados em si, ocorreu em dois casos: o Mandado de Segurança nº 21.729/DF e o Recurso Extraordinário 418.416/SC.

O MS nº 21.729/DF[325], impetrado pelo Banco do Brasil, impugnava uma requisição, formulada pela Procuradoria-Geral da República, que solicitava "lista de nomes dos beneficiários de liberação de recursos públicos ao setor sucroalcooleiro" (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 72). O banco sustentava a necessidade de sujeição de pedidos desta natureza à reserva de jurisdição, porque se tratava de espécie de quebra de sigilo (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 72). Julgado em 1995, trata-se da primeira aparição do texto de 1993 na jurisprudência do Supremo[326].

Relembram Queiroz e Ponce (2020, p. 72) que, no caso concreto, o parecer do Vice-PGR "introduziu a discussão sobre o inciso XII, juntamente com trecho do artigo de Ferraz Júnior"[327], argumentando que o sigilo bancário não estaria abarcado nem pelo inciso XII, nem pela cláusula geral de privacidade do inciso X.

Sobre o tema, quando do julgamento do mandado de segurança, o Ministro Francisco Rezek, que mencionou o texto de Ferraz Júnior em seu voto, condutor da maioria, afirmou:

> Do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: à correspondência comum, as mensagens telegráficas, à comunicação de dados, e à comunicação telefônica. Sobre o disparate que resultaria do entendimento de que, fora do domínio das comunicações, os dados em geral — e à seu reboque o cadastro bancário — são invioláveis, não há o que dizer. o funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia sua razão de existir.

Outro voto que se utilizou dos fundamentos estabelecidos por Ferraz Júnior foi o do Ministro Sepúlveda Pertence. Ao longo dos debates, depois de mencionar o artigo escrito dois anos antes, o Ministro reproduziu uma série de argumentos veiculados no texto, afirmando que o inciso XII somente protegeria a *comunicação* dos dados e que a diferenciação estabelecida em relação às

[325] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 21.729/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio Mello; Redator para o Acórdão: Min. Francisco Rezek. Brasília, DF, 16.10.1995. Disponível em: https://encurtador.com.br/V2579. Acesso em 23 mar. 2024.
[326] Queiroz e Ponce (2020, p. 72) relembram, no entanto, que a razão de decidir do Tribunal foi "extraída dos votos dos Ministros Octavio Gallotti, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence", que fundamentaram seus votos "na aplicação do princípio da publicidade às operações envolvendo recursos públicos".
[327] Idem, ibidem.

comunicações telefônicas se deve em razão de seu caráter *instantâneo*. Ainda, o Ministro Sepúlveda enfatizou que a chave interpretativa seria a noção de *processo comunicacional*[328].

Já no julgamento do RE nº 418.416/SC[329], em 2006, os argumentos de Ferraz Júnior foram abertamente encampados pela maioria do Tribunal. Como rememoram Queiroz e Ponce (2020, p. 72 e 73), o recurso foi manejado para "obter a anulação da condenação, que seria fundada em prova obtida por meio ilícito: argumentava-se que a decisão que autorizou a busca e apreensão também teria resultado em violação à proteção constitucional do sigilo de dados". O Tribunal desproveu o recurso, por 10 votos a 1, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Na oportunidade, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, argumentou que inexistiria violação ao inciso XII porque "não houve quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". Desta forma, para o relator, "a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da *comunicação* 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse".

Na sequência do voto, o Ministro transcreveu um longo trecho do texto de Ferraz Júnior, que enfatizava a proteção à *comunicação*, isto é, ao *fluxo*. Durante os debates, ao responder questão de fato suscitada pelo advogado do recorrente, Antônio Nabor Areias Bulhões, o relator reafirmou: "insisto em que no meu entendimento o sigilo garantido é o da comunicação privada de dados e não, dos dados em si mesmos".

O Ministro Ayres Britto arrematou que o inciso XII protegeria "a *comunicação* em si, na *fluência* dela ou no momento em que ela ocorre". O Ministro Peluso, por sua vez, afirmou que o dispositivo "refere-se não propriamente ao

[328] Na oportunidade, disse o Ministro Sepúlveda que a Constituição "se refere à comunicação de dados". Ainda, argumentou que "só, afinal, à telefônica é relativa, porque pode ser quebrada por ordem judicial, o que é fácil de entender, pois a comunicação telefônica é instantânea". Por fim, concluiu que "o que se proíbe é a intervenção de um terceiro num ato de comunicação".

[329] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 418.416/SC, Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 19.12.2006. Disponível em: https://encurtador.com.br/jwzUV. Acesso em: 23 mar. 2024.

que constitua o objeto das comunicações, ou seja, os registros ou o conteúdo dos relatos da comunicação considerados em si mesmos, mas, à *integridade do processo de comunicação* ou de relacionamento intersubjetivo". O Ministro Gilmar Mendes, ao seu turno, concluiu que, "tal qual o ministro-relator, entendo que não se pode interpretar essa cláusula do artigo 5º, XII, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral".

Esse mesmo padrão argumentativo foi utilizado, posteriormente, por outros tribunais. Um bom exemplo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o Habeas Corpus nº 66.368/PA[330], em que se discutia a licitude do acesso ao registro de ligações telefônicas de celulares apreendidos. Quando do julgamento, o relator, Ministro Gilson Dipp, argumentou que o acesso a tais dados não configuraria "quebra do sigilo telefônico, uma vez que somente foram averiguadas quais teriam sido as últimas ligações feitas, bem como as recebidas" e que, assim, não houve o "conhecimento do conteúdo das conversas".

Posteriormente, no julgamento do Habeas Corpus nº 91.867/PA[331], relacionado ao citado HC nº 66.368/PA, o STF reforçou o entendimento de que o acesso ao histórico de chamadas de um telefone celular apreendido após a realização de prisão em flagrante não violaria a proteção constitucional do art. 5º, inciso XII. O relator, Ministro Gilmar Mendes, argumentou, amparado nos precedentes supramencionados, que os registros de chamadas telefônicas (armazenados no aparelho) não poderiam ser confundidos com a comunicação telefônica em si (esta, sim, protegida pelo inciso XII).

Neste julgamento, ocorrido em 2012, o Ministro Gilmar, novamente, tornou a mencionar os argumentos do primeiro texto de Ferraz Júnior, assentando que, sobre dados armazenados, incidiria a proteção do inciso X, que estabelece a cláusula geral de privacidade, não sujeita à reserva jurisdicional.

[330] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 66.368/PA, Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 29.06.2007. Disponível em: https://encurtador.com.br/gotZ7. Acesso em: 23 mar. 2024.
[331] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.867/PA, Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24.04.2012. Disponível em: https://shre.ink/rw6Q. Acesso em: 23 mar. 2024.

Assim, asseverou que "a proteção constitucional é da comunicação 'de dados' e não os 'dados'".

Conforme será analisado adiante, a jurisprudência brasileira se construiu a partir de uma dogmática jurídica estabelecida nos alicerces de um mundo estritamente físico. As noções, concepções e conceitos estatuídos nessa sistemática, no entanto, não mais respondem os desafios estabelecidos pelo mundo digital.

3. O inciso XII do artigo 5º em 2023: a interpretação de direito fundamental no presente (e no futuro)

Em 2017, por ocasião do "*I Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital*"[332], Ferraz Júnior voltou ao tema do sigilo de dados. Em sua palestra, explicou o contexto[333] que motivou a elaboração do texto de 1993 e refletiu sobre a atualidade dos argumentos outrora articulados. Naquela oportunidade, Ferraz Júnior iniciou sua reflexão afirmando que, em face a digitalização da sociedade e da vida humana, o mundo passou por um processo de *virtualização* (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 27-28).

No entanto, o direito posto havia sido estruturalmente pensado para lidar com coisas com *materialidade*, *fisicidade* imediata; o *virtual*, no entanto, seria, uma "*não-coisa*" (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 27-28). Isso colocava em xeque a dogmática jurídica até então elaborada[334] e suscitaria algumas questões: como

[332] O mencionado congresso é fruto de uma parceria estabelecida entre o *InternetLab*, centro de estudos e pesquisas sobre direito e tecnologia, e a Faculdade de Direito da USP. O congresso é realizado anualmente e, na edição do ano seguinte, as palestras do ano anterior são publicadas em forma de livros.

[333] Uma introdução ao contexto da elaboração do artigo pode ser conferida em: Ferraz Júnior, 2018, p. 21 e 22. Para uma explicação mais detalhada, remetemos o leitor para: Queiroz e Ponce (2020, p. 70). Neste texto, os autores denotam que "Ferraz Júnior foi Procurador-Geral da Fazenda Nacional entre 1991 e 1993", momento em que "o Governo Collor debatia medidas de combate a fraudes tributárias e normas de sigilo bancário eram vistas como um entrave à fiscalização". Os autores apontam que o texto serviu de base jurídica para a Portaria 144/1992, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento que previa "a possibilidade de requisição de dados cadastrais de todas as instituições financeiras, a não ser as administradoras de cartão de crédito".

[334] Nas palavras de Ferraz Júnior (2018, p. 28): "Só que quando a gente entra nesse novo mundo telemático, isso não funciona mais; ou seja, toda a forma da gente lidar juridicamente com o nosso mundo que nos cerca e que vinha desde os romanos – e até antes deles – classificando as coisas no mundo como materiais e imateriais, formais e informais, isso não funcionava mais porque eu estava diante de uma não-coisa".

lidar, juridicamente, com *processos comunicativos* cujos objetos são estas não-coisas (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 29) e como assegurar o sigilo das *informações transmitidas* neste contexto (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 33).

Ferraz Júnior, então, concluiu que a concepção de privacidade se alterou. Anteriormente, o adjetivo *privado* pautava-se por uma noção espacial, dotada de *fisicidade*: aquilo que é próprio do indivíduo, subordinado a círculo restrito sobre o qual o sujeito detém o controle das informações (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 35-36). O *privado*, portanto, se opunha ao *público*, e a liberdade, nesse contexto, seria "uma questão de delimitação de espaços" (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 36).

Atualmente, no entanto, os conceitos e institutos baseados em noções físicas perderam o referencial: tornou-se extremamente complexo definir o que pertence a cada indivíduo (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 37), estabelecendo-se um dilema: o mundo mudou, os fundamentos jurídicos estabelecidos tornaram-se insuficientes e precisaremos, coletivamente, estabelecer "um novo instrumental jurídico, que ainda não está inteiramente à nossa disposição" (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 37). Para lidar com esse novo contexto, Ferraz Júnior estabelece a noção de *transparência* (em oposição à antiga noção de *publicidade*): tornou-se impositiva a identificação de todos os atores envolvidos (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 37),

Imaginemos, por exemplo, uma aplicação de internet[335]. No uso corriqueiro de um aplicativo de mensagens, como o *WhatsApp* ou o *Telegram*, além dos interlocutores de uma conversa, em tese, privada, o processo comunicativo pressupõe a participação da empresa detentora do aplicativo e dos provedores de internet. Ainda, a comunicação não se estabelece apenas como o conteúdo principal (as informações trocadas entre duas pessoas), mas depende do código que possibilitou a produção do aplicativo, do código criptográfico que garante a segurança na troca das mensagens, dos sinais ópticos que transmitem os dados, dentre outras coisas.

[335] Um dos exemplos utilizados por Ferraz Júnior (2018, p. 37) é a senha do banco, que deixou de ser "apenas aquele número", para representar "toda uma possibilidade de interação que mexe com um sistema que não é dele", correntista detentor da senha.

Esse cenário nos conduz ao reconhecimento de que os *limites individuais*, reitores da dogmática jurídica pensada para um mundo físico, não mais conseguem responder aos desafios e problemas do cotidiano, justamente porque estes limites não são mais facilmente identificáveis. Daí a noção de *transparência*, para permitir a identificação dos envolvidos e das informações disponíveis (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 37-38).

Posteriormente, em 2020, em aula proferida aos alunos da Escola Superior de Magistratura de Goiás (FERRAZ JÚNIOR, 2020) e em nova palestra no "*IV Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital*" (FERRAZ JÚNIOR, 2023), o Prof. Tércio ampliou as reflexões estabelecidas em 2017. Nesta oportunidade, rememorou que os *dados* se diferenciam das palavras (estas, bases das formas de comunicação por correspondência, por telegrama e por telefone), na medida em que são meros *números* que, combinados, passam por um *processo interpretativo* que veicula uma informação (FERRAZ JÚNIOR, 2024). Afinal, os dados em formato digital não são nada além de impulsos de corrente elétrica, aos quais se atribui um sentido informacional após um processo de interpretação de uma linguagem não natural (VAZ, 2012, p. 68).

A partir disso, o autor estabeleceu que *o processo comunicativo se alterou*: a comunicação não está mais adstrita ao círculo restrito do indivíduo, daí porque esse critério (que serviu para interpretação dos processos comunicativos em 1993) perdeu utilidade em relação aos dados digitais (FERRAZ JÚNIOR, 2020). Afinal, como destacado, o processo comunicacional envolve uma série de atores, momentos e funcionalidades, que ultrapassam os simples interlocutores de uma conversa.

Diante disso, torna-se não somente impossível, mas inútil, distinguir o fluxo das informações daquelas que estão em repouso, de forma que a proteção constitucional deve ser reinterpretada, ampliando-a para além do processo de comunicação em si, de forma a abarcar também as informações armazenadas.

4. A jurisprudência construída no mundo digital: a extensão de um direito fundamental que pretende abandonar o passado

Aos poucos, o Supremo Tribunal Federal começou a rever o seu posicionamento, firmado anteriormente com amparo nas conclusões do primeiro texto de Ferraz Júnior. Em 2020, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 168.052/SP[336], o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o expressivo avanço tecnológico experimentado pela humanidade afastaria as conclusões estabelecidas no HC nº 91.867/PA, analisado acima. Para ele, tornou-se necessário atualizar a interpretação acerca da proteção constitucional à inviolabilidade das comunicações.

> Tão importante quanto a alteração do contexto jurídico é a impactante transformação das circunstâncias fáticas, que trazem novas luzes ao tema. Nesse sentido, houve um incrível desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em smartphones e telefones celulares na última década. (...) Portanto, entendo ser possível o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares, uma vez que não há uma norma absoluta de proibição da visualização do seu conteúdo, conforme se poderia extrair a partir de uma interpretação literal da norma contida no art. 5o, XII, da Constituição da República. Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada contida no art. 5o, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos, impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que o acesso seja condicionado à previa decisão judicial.

O mesmo movimento se repetiu no Superior Tribunal de Justiça. Aos poucos, a Corte também revisou seu entendimento, reconhecendo que o avanço tecnológico teria alterado sobremaneira o cenário fático, que agora clamaria maior proteção às informações armazenadas. Exemplo disso é o Recurso em Habeas Corpus nº 51.531/RO[337], que discutia a possibilidade de acesso ao conteúdo de celular (inclusive mensagens de *WhatsApp*) diretamente pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, sem decisão judicial.

Na origem, o Tribunal de Justiça de Rondônia entendeu ser lícita a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho apreendido, porque

---

[336] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 168.052/SP, Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20.10.2020. Disponível em: < https://encurtador.com.br/kzW28. Acesso em 23 mar. 2024.

[337] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 51.531/RO, Sexta Turma. Relator: Min. Néfi Cordeiro. Brasília, DF, 09.05.2016. Disponível em: https://encurtador.com.br/afjBT. Acesso em: 23 mar. 2024.

estes dados não gozariam da mesma proteção estabelecida pelo inciso XII. Em grau de recurso, o STJ reconheceu a ilicitude do acesso sem autorização judicial, alterando a histórica jurisprudência da Corte.

O relator, Ministro Néfi Cordeiro, argumentou que Constituição prevê "a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas - salvo ordem judicial". Nesse contexto, assentou que "no acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente" e que, "embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada".

O relator justificou a mudança de concepção a partir da *evolução tecnológica*, denotando que "o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz", executando, hoje, diversas funcionalidades. Com base nesses argumentos, concluiu ser "ilícita tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial".

Os argumentos anteriores, contudo, permaneceram presentes no Tribunal. Nesse mesmo julgamento, por exemplo, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, embora tenha acompanhado o relator[338], considerou estar correto o argumento mencionado pelo TJ-RO na origem, no sentido de que o art. 5º, XII, protegeria "*a comunicação de dados, não os dados em si mesmos*". Ela ressalvou, no entanto, que isso não significaria que as informações armazenadas não estivessem amparadas por qualquer espécie de proteção constitucional. Para ela, seria inegável "que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X".

Outro caso que demonstra a mudança na concepção do conteúdo e extensão da proteção constitucional veiculada pelo inciso XII é o Agravo em

[338] Nesta oportunidade, a Ministra Maria Thereza argumentou, com base em dois casos estrangeiros Riley vs. California, da Suprema Corte dos Estados Unidos, e, principalmente, R. vs. Fearon, da Suprema Corte do Canadá), que o acesso direto e sem autorização a dados armazenados seria possível em situações de urgência, que dispensariam decisão judicial. No entanto, considerou inexistir urgência no caso concreto e, por isso, acompanhou o relator.

Recurso Extraordinário n° 1.042.075/RJ[339], de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que pende de apreciação pelo Supremo e versa sobre a licitude do acesso, pela autoridade policial, aos dados armazenados em celulares encontrados em local do crime. O recurso teve repercussão geral reconhecida (Tema nº 977).

Em outubro de 2020, o julgamento foi iniciado, de forma virtual, com o voto do Ministro Dias Toffoli pelo provimento do recurso, fixando-se tese no sentido da licitude das provas obtidas neste contexto. Os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, no entanto, anteciparam seus votos, no sentido de desprover o recurso e fixar a tese: "O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de *prévia decisão judicial* que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos *direitos fundamentais* à intimidade, à privacidade e *ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos* (CF, artigo 5º, X e XII)". O julgamento encontra-se suspenso após pedido de vista formulado pelo ministro Alexandre de Moraes.

Acerca desta evolução, o voto do Ministro Gilmar Mendes se esforça em justificar as razões pelas quais a jurisprudência do Supremo se tornou obsoleta, afastando da atualidade os argumentos que anteriormente regiam a concepção da Corte:

> Tradicionalmente, a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no art. 5o, XII, da CF/88. Partia-se da compreensão de que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas. Nesse sentido, vejam-se as distinções realizadas por Tercio Sampaio Ferraz (...). Essa orientação foi incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones, leva, nos dias atuais, a solução distinta. Sem dúvidas, cada vez mais, a nossa vida quase inteira está registrada em nossos aparelhos celulares.

[339] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n° 1.042.075/RJ**, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Disponível em: https://encurtador.com.br/FOP06. Acesso em: 23 mar. 2024.

Outro exemplo dessa mudança o julgamento do referendo à medida cautelar concedida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6393/DF[340], que discutia a constitucionalidade de uma medida provisória que permitia o compartilhamento de dados das operadoras de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Nesta oportunidade, o Tribunal, inclusive, chegou a reconhecer a autodeterminação informativa como direito fundamental[341].

A relatora do caso, Min. Rosa Weber, construiu uma relação direta entre o mencionado direito fundamental e a sistemática da proteção de dados pessoais e de tutela da privacidade e intimidade, bem como da própria dignidade da pessoa humana, em sua dimensão de autodeterminação individual. Para a Ministra, "a afirmação da força normativa do direito fundamental à proteção de dados pessoais decorre da necessidade indissociável de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional". Menções expressas nesse mesmo sentido também ocorreram nos votos dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes[342].

Ao analisar essa evolução jurisprudencial, Ponce e Queiroz (2023, p. 617) afirmam que, "considerando o julgamento da ADI 6387, onde houve reconhecimento por alguns dos Ministros de que "não existem mais dados insignificantes", o tribunal parece apontar para o reconhecimento de que dados armazenados merecem proteção constitucional elevada".

---

340 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6393/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 07.05.2020. Disponível em: https://encurtador.com.br/qyHW3. Acesso em: 23 mar. 2024.

341 Mendes (2020, p. 10 a 13) relembra que o direito à autodeterminação informativa tem origem na doutrina e na jurisprudência alemãs. Martins (2005, p. 234) explica que o mencionado direito fundamental "garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais".

342 Quando do julgamento, argumentou o Min. Gilmar Mendes: "Essa abrangência da proteção atribuída ao direito de autodeterminação constitui importante chave interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual não recai propriamente sobre a dimensão privada ou não do dado, mas sim sobre os riscos atribuídos ao seu processamento por terceiros".

A redação do inciso XII é a mesma desde 1988: era a mesma em 1993, quando Ferraz Júnior escreveu seu primeiro artigo sobre o conteúdo e a extensão desta proteção constitucional; era a mesma ao longo dos anos 2000, quando o Supremo construiu sua jurisprudência no sentido de que a proteção se restringia ao fluxo, não aos dados armazenados; e é a mesma hoje, quando percebemos uma clara tendência de mudança na orientação. O que mudou, portanto? Em outras palavras: o que justifica que o mesmo texto constitucional comporte interpretações tão distintas, num espaço de tempo de menos de três décadas?

5. Um direito fundamental entre o passado e o futuro: a explicação da Sociologia da Constituição

Corsi (2020, p. 175) propõe analisarmos o Direito sob dois enfoques: o sistema social do Direito, que se relaciona, numa divisão racionalizada da sociedade, com outros subsistemas (como a economia e a política); e as organizações formais do próprio Direito (CORSI, 2001, p. 175). O autor define organizações como o "tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios" (CORSI, 2001, p. 175).

Partindo-se desse segundo enfoque, percebemos que as organizações formais do Direito são importantes numa lógica decisória, porque "permitem que valores e princípios sejam traduzidos em programas de decisão" (CORSI, 2001, p. 177). Todavia, esse processo de decisão, no âmbito jurídico, apresenta uma peculiaridade, que se relaciona diretamente com o que Corsi (2011, p. 177) descreve como "consistência semântica e programática" dos direitos fundamentais. O fenômeno analisado pelo autor diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais foram pensados para serem, *a priori*, vazios de conteúdo, ou seja, para "não terem nenhuma consistência semântica" (CORSI, 2001, p. 177).

Partindo da constatação de que a Constituição "responde a condições socioculturais", Corsi (2001, p. 177) observa que a função dos direitos fundamentais "pode ser desenvolvida apenas, e exatamente, porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos". Isso porque, na sociedade, um "direito fundamental tem o sentido de abrir um espaço de

contingência completamente indeterminado", cujo conteúdo e extensão serão delimitados, justamente, pelas organizações formais do próprio Direito.

Os procedimentos executados pelas organizações formais cumprem a função de descontruir e reconstruir a realidade do Direito, "permitindo que se chegue a uma decisão" (CORSI, 2001, p. 178) e ampliando a complexidade do próprio sistema jurídico. Nesse contexto, "o Direito constrói a sua própria capacidade de operar sobre uma base temporal", de forma que "as organizações e, no interior destas, os procedimentos, permitem que, de um modo admirável, objetivos e condições, futuro e passado, sejam combinados" (CORSI, 2001, p. 180).

Não por outro motivo, Amato (2017, p. 118) afirma que "direitos funcionam como reduções dos riscos do futuro; são garantias lastreadas por um reconhecimento de interesses no passado". Evidente que os direitos fundamentais são professados e reconhecidos a partir de balizas estabelecidas de modo prévio. No entanto, o seu conteúdo semântico será preenchido a partir das condições reconhecidas quando o processo decisório for executado, no bojo das organizações e procedimentos.

Por isso, Corsi (2001, p. 181 e 182) argumenta que devemos buscar o conteúdo de um direito fundamental "na relação que a sociedade instaura com seus próprios horizontes temporais, ou seja, com o passado e com o futuro" (CORSI, 2001, p. 181), e conclui que:

> A consequência destes desenvolvimentos não é encontrada tanto nas novas garantias (mesmo porque a realidade efetiva das relações sociais é clamorosamente inconstitucional!), quanto sobretudo no deslocamento da relevância dos horizontes temporais: mediante as constituições e o esvaziamento semântico dos seus valores, o Direito moderno neutraliza o passado, expondo-se, desta forma, à dependência de um futuro que - exatamente enquanto tal - é imprevisível e ignorado. Não causa surpresa, neste sentido, a intenção de se vincular o futuro mediante as constituições, transformando estas em uma "acumulação preventiva de futuro" (...). (CORSI, 2001, p. 181).

Não por outra razão, a relação entre política e direito ganha relevância para análise dos procedimentos decisórios. Sob a ótica *luhmanniana*, Amato (2017, p. 148) observa que "o regime de trocas funcionais consagrado na instituição

"constituição" consiste na criação de limites e oportunidades estruturais de variação, seleção e restabilização de comunicações jurídicas e políticas".

Crises, portanto, são oportunidades para reanalisar o conteúdo e a extensão dos direitos fundamentais. Nessa mesma linha, Corsi (2001, p. 182) afirma que "a invenção da Constituição forneceu ao Direito um instrumento extremamente refinado para a relegitimação daquilo que já existia como aparato normativo".

Por isso o processo decisório (seja o político, de reconhecimento de certos direitos, seja o jurídico, de preenchimento do conteúdo e delimitação da extensão) é relevante. Esse processo decisório é temporalmente demarcado, afinal, "mediante a sua constitucionalização, os direitos fundamentais tornam-se símbolos de futuras diferenças, são unidades que têm sentido apenas como diferenças ainda desconhecidas e sobre as quais dever-se-á (eventualmente) decidir" (CORSI, 2001, p. 183).

Em vista disso que os direitos fundamentais, no âmbito dos processos decisórios, regrados por procedimentos típicos das organizações formais internas ao Direito, variam quanto ao conteúdo e extensão. Corsi (2001, p.184) observa a "notável vantagem de deixar para a Política a liberdade de se alinhar num sentido ou noutro, mediante partidos e programas eleitorais e, ao Direito, aquela de decidir segundo suas próprias estruturas".

Essa capacidade que as Constituições têm de variação de conteúdo para relegitimação – ou, nas palavras de Corsi (2001, p. 184), essa certa *fluidez* – tem a capacidade de "garantir ao Direito margens de liberdade historicamente sem precedentes", para, se necessário, criar "as condições para construir e desconstruir continuamente suas próprias formas". Em síntese: se a sociedade muda, se suas estruturas se alteram, o conteúdo e a extensão dos direitos fundamentais também.

Conclusões

Direitos fundamentais não são valores morais desvinculados do tempo e do espaço. O seu conteúdo e o seu âmbito de proteção decorrem diretamente da

função exercida por esses direitos numa sociedade. Por isso, embora os direitos fundamentais sejam reconhecidos no passado, o seu conteúdo semântico será preenchido a partir das condições do momento em que o processo decisório for exercido, no bojo das organizações formais do Direito e seus procedimentos típicos. Se a sociedade muda, o conteúdo do direito fundamental também.

Referências

AMATO, Lucas Fucci. **Imaginação constitucional:** direitos humanos, cultura e desenvolvimento a partir de Luhmann e Unger. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Traduzido por: Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 39, p. 169-189, jan.-jun. 2001. Disponível em: https://encurtador.com.br/txOUX. Acesso em: 15 dez. 2023.

DONEDA, Danilo**.** A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL],** [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: https://encurtador.com.br/gBFJ5. Acesso em: 15 dez. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: https://encurtador.com.br/sHLN7. Acesso em: 15 dez. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados, o direito à privacidade e os limites do poder do Estado: 25 anos depois. *In:* ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital:** Doutrina e Prática em Debate. Vol. I. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 18-41.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aula Magna: **Proteção de dados na constituição: O que mudou?** 2020 (1h10m06s). Disponível em: https://youtu.be/aySp4UA7kjg. Acesso em: 15 dez. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Painel 4: **O alcance da proteção do sigilo das comunicações no Brasil.** (1h22m54s). Disponível em: https://shre.ink/rwAd. Acesso em: 15 dez. 2023.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Konrad-Adenauer- Stiftung, 2005.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

PONCE, Paula Pedigoni; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Sigilo de Dados e Proteção de Dados Pessoais na jurisprudência do STF: Síntese da trajetória de um direito fundamental. *In:* MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). **O fim da dogmática jurídica?** Estudos em homenagem aos 80 anos do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 605-621.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. **Revista Internet & Sociedade**, n. 1, v. 1, p. 64-90, 2020. Disponível em: https://encurtador.com.br/dyRY0. Acesso em: 15 dez. 2023.

VAZ, Denise Provasi. **Provas digitais no processo penal:** formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 80-120, 2012.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância:** a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrinseca, 2020.