

■ JUAREZ GUIMARÃES ■ MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA
■ MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA ■ NEWTON DE MENEZES ALBUQUERQUE
ORGS.

RISCO E FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO



FUNDAÇÃO

Perseu Abramo

Partido dos Trabalhadores



RISCO E FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO





RISCO E FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

DIREITO E POLÍTICA
NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

JUAREZ GUIMARÃES
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA
MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
NEWTON DE MENEZES ALBUQUERQUE

ORGANIZADORES

 FUNDAÇÃO
Perseu Abramo
Partido dos Trabalhadores

SÃO PAULO
2016

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO

Instituída pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores em maio de 1996.

DIRETORIA

Presidente: Marcio Pochmann

Vice-presidenta: Iole Iliada

Diretoras: Fátima Cleide e Luciana Mandelli

Diretores: Joaquim Soriano e Kjeld Jakobsen

EDITORA FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO

Coordenação editorial: Rogério Chaves

Assistente editorial: Raquel Maria da Costa

Preparação e revisão: Edilson Moura

Projeto gráfico e diagramação: Caco Bisol Produção Gráfica Ltda.

Foto da capa: Manifestantes da CUT realizaram protesto “em defesa da Petrobras e da democracia” na Avenida Paulista. Fotos: Roberto Parizotti/ CUT e Paulo Pinto/ Agência PT

Direitos reservados à Fundação Perseu Abramo

Rua Francisco Cruz, 234 – 04117-091 São Paulo - SP

Telefone: (11) 5571-4299

Visite a página eletrônica da Fundação Perseu Abramo: www.fpabramo.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R595 Risco e futuro da democracia brasileira : direito e política no Brasil contemporâneo / Juarez Guimarães ... [et al.] (organizadores) – São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.
468 p. : il. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-5708-016-4

1. Democracia - Brasil. 2. Política - Brasil. 3. Direito - Brasil. 4. Corrupção. 5. Ética. 6. Justiça. I. Guimarães, Juarez.

CDU 321.7(81)

CDD 320.981

SUMÁRIO

9 APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO I – OPERAÇÃO LAVA JATO

17 MUDIATIZAÇÃO INSTRUMENTAL *VERSUS* PUBLICIDADE
DEMOCRÁTICA NA OPERAÇÃO LAVA JATO
JUAREZ GUIMARÃES

33 COLUNAS SOBRE A OPERAÇÃO LAVA JATO
LENIO LUIZ STRECK

71 AUTONOMIA DO JUDICIÁRIO *VERSUS* PRETORIANISMO
JURÍDICO-MIDIÁTICO
LEONARDO AVRITZER

83 JUSTIÇA, CORRUPÇÃO E DEMOCRACIA:
REFLEXÕES EM TORNO DA OPERAÇÃO LAVA JATO
RUBENS GOYATÁ CAMPANTE

143 ÉTICA, DIREITO E CORRUPÇÃO
JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

CAPÍTULO II – DIREITO E DEMOCRACIA EM TEMPOS DE CRISE

- 159** *IMPEACHMENT*: APONTAMENTOS À DECISÃO DO STF
NA ADPF Nº 378
ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA
DIOGO BACHA E SILVA
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA
- 177** AS “EMENDAS AGLUTINATIVAS” NA ERA CUNHA:
O DEVIDO PROCESSO LEGAL ENTRE A PROTEÇÃO
DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA AUTONOMIA POLÍTICA
EVANILDA NASCIMENTO DE GODOI BUSTAMANTE
THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE
- 195** PARLAMENTO ALTIVO?
NOTAS SOBRE A AGENDA CONSERVADORA
DA 55ª LEGISLATURA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL
- 219** REGULAÇÃO DEMOCRÁTICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL:
A MAIS URGENTE DAS REFORMAS
GUSTAVO FERREIRA SANTOS
- 233** FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS:
A IGUALDADE DE CHANCES E A MELHORIA
DA QUALIDADE DA REPRESENTAÇÃO
POLÍTICA DEMOCRÁTICA
JÂNIO PEREIRA DA CUNHA
HEYDE MEDEIROS COSTA LIMA
- 255** JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRISE OU
CRISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?
UM ENSAIO CRÍTICO SOBRE O TRATAMENTO DO STF ÀS GARANTIAS

DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO EM TEMPOS DE CRISE

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

DIOGO BACHA E SILVA

CAPÍTULO III – ENTRE DIREITO E POLÍTICA

**277 O DIREITO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS E
O EXEMPLO DE OURO PRETO**

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA

JÚNIOR ANANIAS CASTRO

**305 CAPÍTULOS DE UMA HISTÓRIA:
A DECISÃO DO STF SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA
À LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

ANTÔNIO MOREIRA MAUÉS

**329 CRÍTICA À EXPANSÃO DO CONTROLE JUDICIAL
SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS E
A NOVA AMEAÇA À LIBERDADE DE CÁTEDRA**

CYNARA MONTEIRO MARIANO E

MARTONIO MONT´ALVERNE BARRETO LIMA

**347 IRRESPONSABILIDADE INSTITUCIONAL NO BRASIL:
EQUÍVOCOS E OMISSÕES ANTE UMA ADEQUADA
COMPREENSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS**

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

361 IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL E PLURALISMO PRODUTIVO

GIOVANI CLARK

LEONARDO ALVES CORRÊA

SAMUEL PONTES DO NASCIMENTO

**391 A AUDIÊNCIA PÚBLICA E O JULGAMENTO DAS QUEIMADAS
NOS CANAVIAIS: O STF, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586224
E A SOCIEDADE DE RISCO**

JOSÉ RIBAS VIEIRA

MARGARIDA LACOMBE

SIDDHARTA LEGALE

FATIMA AMARAL

JAQUELINE SEVERO

**417 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

KATYA KOZICKI

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

**443 O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO LEGÍTIMO
NA DEMOCRACIA**

NEWTON DE MENEZES ALBUQUERQUE

FÁBIO RODRIGUES HOLANDA

465 SOBRE OS ORGANIZADORES

467 SOBRE OS AUTORES

APRESENTAÇÃO

No dia 8 de maio de 1945, uma celebração parece ter unido nações, países e povos com interesses distintos (mesmo antagônicos): o fim da Segunda Guerra Mundial [1939-1945] e a derrota do fascismo e nazismo. Trinta anos mais tarde, teria início o fim dos regimes autoritários da Europa Ibérica, os últimos remanescentes de uma era em que a democracia e o pluralismo eram vistos com ceticismo, quando não real suspeição de suas capacidades de organização econômica e política. Nova celebração – e dessa vez a estender-se pela América Latina –, infestada de ditaduras, quase todas apoiadas por um dos lados vencedores da Segunda Guerra Mundial. Apenas uma primeira de muitas perplexidades a exigir incomum esforço interpretativo: como seria possível o apoio, na América Latina, a regimes até recentemente combatidos exatamente por parte de quem combateu o nazismo e o fascismo?

Em um primeiro instante, salta aos olhos a atualidade da reflexão realista da política. Maquiavel, Hobbes, Spinoza, Hegel e Marx parecem fornecer os fundamentos para tal compreensão. Em seus momentos devidos, cada um deles rompeu radicalmente a tradição do pensamento filosófico e político, estabelecendo paradigmas que, como se vê na complexa atualidade, oferecem possibilidades de natureza explicativa inesgotável. A questão que não silencia é, pois, como é possível a regressão antidemocrática nos mesmos territórios que experimentaram concretamente a desigualdade, a intolerância, a miséria econômica e política. Por que essa possibilidade ganha visibilidade e abre-se

como alternativa real nos dias de hoje, especialmente no Brasil? Compreender a natureza desse fenômeno, explicá-lo em sua dimensão contínua e concreta, tem exigido muito esforço tanto de intelectuais como de atores políticos na atualidade; por outro lado, não são raros aqueles a afirmarem que tal empenho na busca de respostas a essas questões somente será possível em alguns anos, o que não parece desarrazoado. Ocorre que a realidade exige também agora. Esta obra consiste apenas numa primeira tentativa neste sentido.

Trata-se de um esforço coletivo, que procura enfrentar as digressões sobre o cenário institucional e político da atualidade brasileira, a inserirem-se no contexto dos últimos 15 anos da América do Sul. Neste continente, as mudanças de constituições e de governos foram caracterizadas pela forte transformação a partir de reflexões a considerarem suas próprias realidades socioeconômicas. Se for verdade que a influência do pensamento constitucional e político, de matrizes europeia e norte-americana, sempre foi dominante na América Latina, por outro lado há que se reconhecer que formulações originais surgiram em diversos países sul-americanos como produto de suas experiências. Para grande parte da crítica conservadora, a rotulação de constituições e governos populistas desautorizariam maior potência investigativa e original de tais pensamentos, o que igualmente comprometeria a qualidade, como um todo, de tais experiências genuinamente sul-americanas. Ora, na esteira de Ernesto Laclau, é o populismo um fenômeno de qualquer regime: direita, esquerda; conservador ou progressista. Visto sob este prisma, o populismo não há de ser avaliado necessariamente como negativo, especialmente pela histórica objetividade de que foi com o populismo, na América do Sul, que as reivindicações dos pobres vieram pela primeira vez para a agenda de governos. Não por acaso, concluímos no Brasil a República Velha com a conhecida frase de seu último presidente, Washington Luís, de que “no Brasil, a questão social é questão de polícia”. Ao dispensar tratamento legislativo à questão social, Getúlio Vargas, Juan Perón e Haya de La Torre proporcionam outra versão do populismo, bastante distinta daquela, por exemplo, do francês General Boulanger e seu efêmero governo iniciado em janeiro de 1889.

O surgimento de um “constitucionalismo emancipatório”, como novas territorialidades (espaços comunais) e formas de organização do poder político,

nas palavras da recente tese de Heiner Fechner defendida na Universidade de Bremen (*Emanzipatorischer Konstitutionalismus*), fortalece a noção de que a América Latina tem-se constituído como espaço da construção do novo no âmbito do Direito Constitucional e que seus intelectuais são capazes de pensamentos originais, e não simples reproduções. Na verdade, essa possibilidade já se constata há muito tempo. O detalhe é que agora ela desperta, pensamos, com inegáveis força e substância teóricas.

Assim, a presente obra organiza-se em dois grandes pontos: aquele da jurisdição constitucional no ambiente politicamente acirrado; e um outro a analisar as tensões judiciais e políticas provocadas por tal acirramento. Com inteira razão, muitos analistas da Ciência Política, diversos cientistas sociais e historiadores chamam a atenção do papel do Poder Judiciário nas sociedades marcadas por desigualdades estruturais como o Brasil. Não surpreende que mesmo uma tentativa conjuntural de modificação dessa desigualdade encontre resistências em setores do Estado e da sociedade. É aqui que o papel do Poder Judiciário – e da burocracia judicial – destaca-se e, quase sempre, na perspectiva de bloquear essas tentativas de natureza conjuntural, e não estrutural. Portanto, no presente livro, o desdobramento da observação do protagonismo do Poder Judiciário mereceu atenção em duas vertentes: as transformações operadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro em casos emblemáticos, como a judicialização da saúde e das políticas públicas, a decisão sobre uniões homoafetivas, as queimadas de canaviais, o financiamento público das campanhas políticas e a compreensão dos direitos humanos no direito internacional. Nessa vertente da jurisdição constitucional, ainda é discutida a possibilidade do controle das chamadas questões políticas administrativas e legislativas pelo Poder Judiciário: há ensaios sobre a liberdade de cátedra universitária, o processo legislativo (emendas aglutinativas), a regulação democrática da mídia e a agenda conservadora da atual legislatura brasileira.

Em outra vertente, temos estudos sobre o Poder Judiciário e de seus nexos com a sociedade. O destaque aqui decorre da observação sobre o papel do Poder Judiciário nas sociedades da América do Sul que experimentaram os chamados “governos populistas” (usa-se o termo com as rápidas ressalvas igualmente mencionadas anteriormente!). Aliado fundamental da estrutural

12

e histórica desigualdade no continente, o poder da informação revestiu-se de elemento central para visão dos governantes, dos governos e dos governados, diferente da que tinham de si mesmos... ou da que imaginavam ter de si mesmos. Não é da ausência de informação que sofrem as sociedades da América do Sul, como nos tempos das ditaduras militares. Sem que se saiba qual delas é a mais nociva, compartilhamos as palavras de Wanderley Guilherme dos Santos de que o mal a afligir essas sociedades é a informação caolha, trocada, falsificada. Em outras palavras: a informação monopolizada por apenas um dos lados da disputa política produz o risco do regresso da democracia, ainda a ser consolidada. O que aparentemente se reivindica como radicalidade da liberdade de imprensa, de livre manifestação do pensamento, consiste exatamente no seu oposto: na liberdade de manifestação de apenas um pensamento, de apenas um dos segmentos do debate político, com interesses claros de enfrentar qualquer ameaça ao seu monopólio informativo e à sua privilegiada posição dentro das classes sociais. Na esteira dessa colocação, reflexões mais que oportunas são conduzidas aqui, sobre casos judiciais de combate à corrupção e seus vínculos com a imprensa, bem como a seletividade das informações se expõe. Notamos que essa realidade não se concretiza somente no Brasil. Salta aos olhos a repetição – sempre contraditória, jamais linear – desses mecanismos constitucional, jurídico e político em outros países sul-americanos. Assim é que os escritos sobre a Operação Lava Jato, sobre corrupção de democracia e ainda sobre o pretorianismo midiático fecham o volume, a circunscrever, sob nossa ótica, um arco de reflexões que certamente serão somente as primeiras de outras que se seguirão.

Nestes anos nos quais a democracia brasileira está lidando pela primeira vez e frontalmente com os fenômenos da corrupção instalada no sistema político em sua relação com os grandes grupos econômicos, a sua legitimidade, o equilíbrio constitucional e o devido processo legal estão sendo testados em seus limites. Este livro toma partido claramente do caminho democrático e republicano no combate à corrupção, que puna com rigor preservando os direitos legítimos dos processados e condenados, que garanta a publicidade democrática ao invés do uso manipulado e seletivo de informações, que garanta a imparcialidade e o universalismo dos atos, em detrimento de seus

usos partidários ou instrumentais, que, enfim, combata a corrupção através do aprofundamento da consciência republicana e dos métodos de controle democrático, do aperfeiçoamento institucional, dos procedimentos e leis, da superação da impunidade.

Evidente que não se tem a intenção de esgotamento das temáticas com esta publicação. Por outro lado, arriscamos a certeza de que as provocações lançadas contribuem para que se discuta o outro lado da política nacional, determinante para a qualidade da jovem democracia brasileira.

São Paulo, janeiro de 2016.

Os organizadores





CAPÍTULO I

OPERAÇÃO LAVA JATO

MIDIATIZAÇÃO INSTRUMENTAL VERSUS PUBLICIDADE DEMOCRÁTICA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

JUAREZ GUIMARÃES

A defesa da publicidade da Operação Lava Jato como um direito constitucional democrático fundamental do cidadão, e como dimensão central para o seu sucesso, vem sendo defendida de forma sistemática pelo juiz Sérgio Fernando Moro.

19

Já em um artigo escrito em 2004, “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, o juiz Sergio Moro assim postulava:

É a opinião pública esclarecida que pode, pelos meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção. Ademais, a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil [...] Nessa perspectiva, a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condição de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo. (Moro, 2004)¹

A utilidade estratégica insubstituível da publicidade viria do fato de ela ter “objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios”. Após constatar que a Operação Mãos Limpas “vazava como uma peneira”, ele

1. Moro, Sergio Fernando. Revista CEJ. Brasília, n. 26, p. 56-52, jul/set, 2004.

ainda argumenta que “os vazamentos serviram a um propósito útil. O constante fluxo de revelações mantinha o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva”.

Além de “tirar a legitimidade e autoridade dos chefes políticos”, a publicidade teria tido

o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados. (idem)

Recomendando o cuidado na divulgação, mas “não a sua proibição abstrata”, o juiz Moro reconhecia neste artigo escrito dez anos antes da deflagração da Operação os efeitos colaterais negativos desta estratégia publicitária: dez suicídios, a “lesão indevida à honra do investigado ou acusado”, a ascensão de Silvio Berlusconi a partir da desmoralização de partidos que ocupavam o centro da vida política italiana.

20

Em palestra na Justiça Federal em Porto Alegre (RS), dia 10 de agosto de 2015, o juiz Moro retomou o tema da publicidade como um direito da democracia e uma peça central da estratégia anticorrupção. “A publicidade é o preço que se paga por se viver em uma democracia”, afirmou ele. “É uma garantia à sociedade, principalmente em casos de crime contra a administração pública. Estes processos deveriam estar submetidos ao escrutínio popular”. O segredo da Justiça seria próprio do período da investigação, para não expor indevidamente os seus instrumentos e cursos, mas “quanto à administração pública, a publicidade é até uma defesa da democracia. Tem um segredo para preservar a investigação, depois é divulgação ampla.” Reconhece que o juiz toma “decisões difíceis” que podem afetar a honra do investigado ou acusado, mas o “segredo deve ser excepcional”.

Em um despacho no qual autoriza o compartilhamento de provas com a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito relativa à Petrobras, ele volta a firmar que o “processo transita sem

segredo de Justiça em vista dos mandamentos constitucionais da publicidade dos processos e das decisões judiciais”. Neste despacho, afirma:

Os depoimentos prestados na última audiência penal não são declarações prestadas na fase de investigação em decorrência da delação e que estão, como já decidido, sujeito ao sigilo legal, mas, sim, depoimentos prestados em audiência aberta e em ação penal pública, imperando, como consignado, os mandamentos constitucionais do contraditório e da publicidade.

As sentenças que cobrem a publicidade da Operação Lava Jato têm diferenciado claramente o segredo do conteúdo das delações premiadas, mantidas inacessíveis até aos advogados de defesa dos investigados ou acusados. O acordo de delação premiada é visto sempre como instrumento sigiloso que não pode ser acessado pelo acusado no curso do processo, mesmo sob o argumento de fundamentar a defesa.

Neste ensaio, pretende-se argumentar e documentar que aquilo que o juiz Moro tem chamado de “publicidade democrática” é, na verdade, uma estratégia de “midiatização instrumental”. Os critérios de publicidade e de democracia do juiz Moro são tão toscos e rudimentares que ele, decerto, não seria aprovado em um curso básico de teoria democrática contemporânea. Além disso, a estratégia midiática da Operação Lava Jato fere, de modo frontal e inequívoco, os princípios previstos na Constituição Federal e os códigos legais vigentes que regulam a publicidade dos atos processuais.

Mais ainda, a estratégia midiática defendida e praticada pela Operação Lava Jato seria a evidência flagrante e insofismável da corrupção de seus princípios republicanos – do devido processo legal à defesa do interesse público –, inscrevendo-a em um cenário de partidarização, parcialidade e sistemática violação dos direitos humanos.

TEORIAS DEMOCRÁTICAS E OPINIÃO PÚBLICA

No largo e histórico dissenso das teorias democráticas sobre a relação da política com a formação da opinião pública, podemos identificar pelo menos três campos de abordagem.

O primeiro deles é formado pelo chamado elitismo democrático, que tem em Max Weber e em Joseph Schumpeter os seus mais fundados, conhecidos e citados autores. Nesse campo das teorias democráticas, a complexidade do mundo moderno, o politeísmo de valores, a burocratização e a especialização das questões de governo, o privatismo da vida do cidadão comum, levariam à sua congênita e insuperável incapacidade de formar um juízo esclarecido sobre as questões centrais em debate na democracia moderna. O papel do cidadão comum seria o de eleger os governantes, decidindo sobre a competição das elites, a partir dos juízos imperfeitos e parciais que formam sobre os governantes e partidos. Nesse campo das teorias democráticas, não haveria lugar para a formação de uma opinião pública esclarecida.

Nas teorias democráticas contemporâneas chamadas realistas, trabalha-se centralmente com a categoria de representação, com a relativa autonomia do subsistema político, em relação às outras esferas da vida social, e com o conceito virtuoso de *accountability* e de responsividade dos políticos em relação aos cidadãos. A noção de uma opinião pública democrática e esclarecida não comparece ao centro dessas teorias, que carregam um *déficit* comunicativo. O desafio seria exatamente o de construir instrumentos verticais e horizontais – de controle social e institucional – para exercer uma vigilância democrática sobre os governantes e parlamentares.

Encontramos no campo plural dos autores dessas teorias um diagnóstico da influência crescente dos órgãos e empresas de mídia na política, mas, em geral, esta influência é vista sob um prisma crítico ou negativo, como um agente externo de interferência sobre a dinâmica própria do subsistema político.

Já no campo plural das teorias discursivas da democracia, em geral muito ciosas de apresentar os protocolos normativos de seus fundamentos, a ênfase é posta no enorme *déficit*, nas democracias contemporâneas, dos princípios do direito simétrico à voz pública dos cidadãos, em particular naquelas decisões que os envolvem, do pluralismo da fonte das informações e das opiniões, da veracidade, da justificação racional e da abertura dialógica e argumentativa na formação do juízo público. Há, em geral, nessas teorias, uma posição crítica aos processos de empresariamento e privatização da comunicação de massa e um investimento na reflexão crítica de novos experimentos participativos,

deliberativos e comunicativos que poderiam formar esferas públicas informadas e democráticas.

Os fundamentos da “publicidade democrática” afirmados pelo juiz Moro parecem combinar, sem critério conceitual algum, estes três campos das teorias democráticas: de um lado valoriza normativamente o princípio da publicidade e do esclarecimento na democracia, de outro, dá por suposto que o critério da publicidade é cumprido por vazamentos de informações para as empresas de mídia, e, por fim, adota o preconceito elitista de que o esclarecimento dos cidadãos se dá passivamente pela recepção das informações midiáticas.

Essa verdadeira salada conceitual do juiz Moro, evidência de seu primitivismo democrático, que não seria assinada nem por um elitista democrático nem por um teórico realista da teoria da democracia nem, muito menos, por um autor inserido nas teorias discursivas da democracia. Mostra que o verdadeiro motivo da “publicidade democrática” é utilitário ou, em outras palavras, instrumental. A “publicidade democrática” está aí para servir aos fins da “Operação Lava Jato”. Ou seja, é a Operação Lava Jato que, de fato, define os critérios da “publicidade democrática”.

23

MIDIATIZAÇÃO INSTRUMENTAL

A expressão “midiatização instrumental” parece, assim, mais adequada para designar uma proposição que reduz a noção democrática de publicidade a um vazamento sistemático de informações – inclusive nitidamente em segredo de Justiça – para empresas de mídia e que justifica tal processo por suas consequências utilitárias ou instrumentais.

Essa midiatização instrumental não é, pois, segundo os termos do próprio juiz Moro, externa, *ex post* ou eventual, mas, ao contrário, é interna ao processo judicial, condiciona os passos futuros da Operação Lava Jato e é, sobretudo, sistemática.

Essa opção gera muitas consequências – bem mais graves – que os efeitos colaterais já assumidos pelo juiz Moro, em seus juízos sobre a Operação Mãos Limpas. Pois em nome supostamente de uma publicidade democrática dos atos da Justiça, está justificada para o juiz Moro uma estratégia de aberta

demagogia judicial, isto é, uma linha direta entre o processo judicial e o processo de formação do juízo público. O juiz não tem o poder de abolir o devido processo legal, nem mesmo as instâncias jurídicas de mediação do julgamento, e não pode alterar as leis que presidem o julgamento, não tem a capacidade de anular a temporalidade própria do julgamento e de seu processo recursal, mas ele pode através da mediação instrumental legitimar procedimentos extraordinários que forcem os limites do devido processo legal, pode embaralhar as relações entre as instâncias jurídicas e os atores envolvidos na investigação, pode validar jurisprudências extraordinárias ou alterar a própria interpretação das leis e, por fim, pode antecipar gravemente o juízo de condenação, antes mesmo do processo investigativo concluir-se. Afinal, os meios extraordinários não legitimariam o fim último de punir exemplarmente os corruptos?

Estamos, pois, diante da figura de um juiz-demagogo, um juiz que fala porque julga ou, mais propriamente, que julga porque está sempre falando. Faz parte de sua arte de julgar, como ele próprio diz, manter o processo sob a atenção permanente do público. O juiz não deveria, por função, antecipar o juízo antes que a defesa apresente suas razões. Mas, aqui, a ordem se inverte: a defesa já se instala diante do juízo antecipado do juiz, que o torna público, no tempo mesmo em que o procurador acusa.

Como diz o juiz Moro, o sucesso da operação depende dela estar sempre no centro da agenda midiática. Então, entre o juiz e a mídia há um consórcio de interesses – um buscando a notícia espetaculosa, e outro em busca da espetacularização do processo? Um deve premiar o outro com o vazamento na hora certa para a cena midiática, e o outro deve conceder a este um prêmio de personalidade do ano?

O juiz-demagogo, como o peixe, morre pela boca. O que o juiz Moro quer dizer mais propriamente quando afirma que “estes processos deveriam estar submetidos ao escrutínio popular”? Ao voto popular? A favor do juiz, interpretemos que ele quis dizer apenas que o povo deve formar um juízo sobre o processo. Mas antes mesmo do processo judicial concluído? A opinião expressa do juiz Moro é que sim, que a antecipação do juízo público é estratégica para colocar os “políticos na defensiva permanente” e, no limite, “colocá-los no ostracismo”.

Ora, já não seria, então, preciso falar do juiz-demagogo, mas sim do demagogo-juiz. Isto é, ele é formador do juízo público que condiciona o seu próprio juízo do ponto de vista técnico do Direito. A expressão “políticos”, e não “políticos corruptos”, como deveria ser, traduz a pretensão de que o juízo público não está mais propriamente na esfera da política, mas daquele que julga a política. Um juiz, e não os eleitores devem colocar o político “no ostracismo”? “Nada vai pará-lo” diz em letras garrafais a capa da revista *Época*, de 6 de julho de 2015, com a explicação redundante: “**O juiz Sérgio Moro** (assim mesmo, em negrito no original) empareda políticos e empresários poderosos – e lidera uma revolução que tem tudo para pôr fim à impunidade crônica dos corruptos brasileiros”.

O demagogo-juiz passa, então, a frequentar a perigosíssima esfera moral da destruição das reputações públicas. Reconhece honestamente que a “Operações Mãos Limpas” destruiu algumas mãos de homens honrados. O “juiz toma decisões difíceis”, afirma Moro, mas é o risco, o “preço a pagar pelo princípio da publicidade na democracia”. Mas essa moralidade, que se reconhece em risco, ao fazer do princípio da midiatização o instrumento do juízo público condena-se sem apelação à própria ruína. São as empresas de mídia quem definem, em última instância, pela lógica arbitrária do enquadramento da notícia, a reputação dos políticos?

O demagogo-juiz Moro expõe, assim, ao público a fratura de sua moral. Pois pode ser juiz quem relaxa o rigor e multiplica as chances de se condenar um inocente? Em nome do sagrado combate à corrupção? Mas é a própria corrupção do juízo que está a minar o juízo que se faz sobre a corrupção.

Mais grave ainda, o juiz em seu ensaio de reflexão sobre a “Operação Mãos Limpas” afirma que a publicidade (na verdade, como demonstramos, a midiatização instrumental) é insubstituível porque visa a “objetivos legítimos que não podem ser alcançados por outros meios”. Entenda-se “por outros meios” o devido processo legal? Parece que sim, pois a pragmática instrumental operada pela Lava Jato parece já pôr em prática propostas de mudanças legais do processo penal previsto nas leis. Um demagogo-juiz, então, operando para além do quadro legal, mas tendo a sua legitimidade reposta pelo recurso amplo à midiatização de suas ações?

O caso mais exemplar dessa transgressão legal é o gravíssimo vazamento, seletivo e sistemático, das delações premiadas. O primeiro vazamento da Operação Lava Jato coincidiu com o fim do primeiro turno das eleições presidenciais de 2014. O segundo – já não pode ser mais coincidência, mas uma evidente operação partidária – ocorreu na edição antecipada da revista *Veja* nos dias finais do disputadíssimo segundo turno das eleições presidenciais.

Daí a violação sistemática e diária das delações premiadas sob sigilo passou a pautar a cena política brasileira. Por sua própria natureza, no tempo da investigação, ela não poderia se tornar pública. Mas, como afirmou o juiz Moro, na operação paradigmática das “Mãos Limpas” as informações “vazavam como peneira” e tinham um “efeito salutar” de incentivar novas delações entre os investigados que assim tomavam conhecimento da “massa de informações entre os magistrados”. Há aqui uma clara apologia da ilegalidade.

Cria-se, então, uma situação kafkiana, no sentido preciso da expressão: alguém publicamente acusado pelo vazamento de uma delação não pode ter acesso, através de seu advogado de defesa, aos documentos que documentam esta delação. Ele está acusado, mas não tem o direito de saber exatamente de que e em quais circunstâncias. Como o vazamento é seletivo e o enquadramento da notícia depende do arbítrio do editor, um trecho da delação pode ser retirada do contexto ou pode ter o seu sentido alterado, mas que importa?

Nessa situação, na qual a lei não orienta mais com rigor a atuação dos magistrados, o paradoxo se instala. No dia 22 de outubro, o ministro do STF Teori Zavascki decidiu contra um pedido do advogado do filho do ex-presidente Lula, Fábio Luís, acusado publicamente por uma delação vazada do lobista Fernando Soares de ter acesso aos autos da delação. As razões do ministro do STF:

A simples especulação jornalística a respeito da existência do acordo de colaboração premiada, ou de sua homologação judicial ou, ainda, de declarações que teriam sido prestadas pelo colaborador, não é causa juridicamente suficiente para a quebra do regime de sigilo. Entendimento contrário fragilizaria profundamente este regime, já que comprometeria irremediavelmente as suas finalidades.

As razões do ministro Teori Zavaski devem ser publicamente discutidas. Elas optam nitidamente por preservar o princípio da investigação em detrimento dos direitos daquele que está sendo acusado ou difamado (no caso da delação não ser verdadeira) se defender. A interpretação do juiz é a de que a delação é sigilosa mesmo que uma parte dela já tenha vindo a público. O zelo legal parece aqui interditar o fato. O ministro poderia afirmar que tal delação, por ser sigilosa, não deveria vir a público, mas, se veio, então, aquele acusado (ou difamado), pelo princípio da presunção da inocência, deveria ter acesso à delação para se defender dessa falha na condução do processo. E poderia mesmo orientar que essa falha grave no vazamento da delação fosse apurada e penalizada.

Mas o paradoxo é maior: o texto da delação já havia sido tornado público pela Justiça Federal em Curitiba! Isto é, o juízo do primeiro grau de Curitiba tem outra interpretação, que não a do ministro do Supremo, sobre o caráter sigiloso da delação, cuja violação “fragilizaria profundamente este regime”.

INSTRUMENTALIZAÇÃO DA MÍDIA

27

Mas seria aderir ingenuamente à visão midiática romântica que o juiz Moro – obstinado, honesto, inteligente e preparado –, de seu austero gabinete de trabalho, estaria operando uma revolução no país por seu poder de instrumentalizar a mídia em prol de seus objetivos. Moro instrumentaliza a mídia ou as grandes empresas de mídia instrumentalizam o juiz Moro?

Ora, para quem pensa a política, a judicialização da política leva inevitavelmente, com as mediações singulares de cada circunstância histórica, à politização do Judiciário. Ao chamar para si o poder de intervir, sem medida, no campo da política, o Poder Judiciário se envolve em redes de poder e de interesse, ele próprio traz o conflito político para dentro de si, de suas razões, de seus juízos, de suas jurisprudências.

Seria afrontar a inteligência já demonstrada pelo juiz Moro supor que ele atribua às grandes empresas de mídia, que controlam a comunicação na democracia brasileira, uma neutralidade política. Haveria, seguindo o racio-

cínio do próprio juiz Moro, alguma relação entre o fato de Berlusconi ser um grande empresário de mídia e o fato de ele extrair proveito político de uma operação contra a corrupção que fez uso massivo dos instrumentos de mídia? Se grandes empresas de mídia, como já se evidenciou nas denúncias da Operação Zelotes², de bilionárias sonegações fiscais, estão envolvidas em corrupção, elas estariam dispostas a noticiar estes fatos, trazê-los para o centro da agenda ou dar uma notícia imparcial sobre eles? Se as grandes empresas de mídia têm expressado, de forma muito nítida, em suas opções editoriais, claras preferências partidárias nas disputas que mobilizam a sociedade democrática brasileira, seria possível supor que elas noticiariam notícias de corrupção abstraíndo-se dessas nítidas preferências partidárias?

Deixemos o próprio juiz Moro se justificar perante as alternativas: não é possível ser, ao mesmo tempo, inteligente e um juiz imparcial se adoto a mediação instrumental como uma estratégia central para o objetivo de fazer justiça aos políticos corruptos. Se sou juiz imparcial, não posso ser inteligente. Se sou inteligente, poderia ser um juiz imparcial?

28 Faça-se a opção, por evidências, pela inteligência estratégica do juiz Moro. Seria possível construir uma estratégia de investigação da corrupção sobre os partidos ou políticos nitidamente apoiados pelas empresas de mídia utilizando-se estrategicamente de seu apoio midiático? Ou a pergunta inversa: o sucesso da estratégia de apoio midiático de investigação da corrupção só seria possível se concentrasse sua atenção nos partidos ou políticos que sofrem a oposição das grandes empresas de comunicação?

Ora, já existem sólidos estudos no campo da comunicação pública no Brasil demonstrando com razões fortes e evidências empíricas que a democracia brasileira enfrenta uma das mais altas concentrações de empresas midiáticas do mundo, que esse processo de concentração midiática veio acentuando o antipluralismo e a convergência noticiosa e de opiniões, que estas grandes empresas

2. A Operação Zelotes foi deflagrada pela Polícia Federal do Brasil, em 26 de março de 2015, para investigar esquema de corrupção no Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado do Ministério da Fazenda, responsável por julgar os recursos administrativos de autuações contra empresas e pessoas físicas, por sonegação fiscal e previdenciária. Conforme os relatórios das investigações da Polícia Federal, alguns conselheiros suspendiam julgamentos e alteravam votos em favor de determinadas empresas, em troca de pagamentos. [N. E.]

de mídia têm se partidariado quase ao ponto de se fundirem aos partidos ou lideranças que apoiam. No Brasil, como tem demonstrado o professor Venício Artur de Lima (UnB), há uma altíssima concentração horizontal das empresas de comunicação (propriedade no mesmo setor), uma altíssima concentração vertical (a mesma propriedade ao mesmo tempo em muitas etapas da cadeia de produção e distribuição), uma altíssima taxa de propriedade cruzada (TVs abertas ou por assinatura, jornais, revistas, rádios, provedores e redes virtuais dominadas pelas mesmas empresas)³.

O Instituto de Estudos Sociais e Políticos, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), sob a direção do professor João Feres, tem documentado através de índices de viés a forte partidariação dos jornais *Folha de S.Paulo*, *O Estado de São Paulo*, *O Globo* e o programa televisivo *Jornal Nacional* da Rede Globo⁴.

Por esta via, a estratégia da midiática instrumental do juiz Moro torna-se, de fato, uma estratégia instrumental de midiática inserida em uma das redes partidárias que disputam o poder na democracia brasileira. O demagogo-juiz seria, então, uma peça apenas em uma engrenagem de poder e interesses muito maior do que supõe a sua tosca filosofia. Estaria havendo na Operação Lava Jato uma sinergia não virtuosa entre partidos, empresas de mídia e judicialização: a concentração exclusiva da investigação em partidos e lideranças políticas que sofrem a oposição sistemática das empresas de mídia seria, então, a outra face da divulgação seletiva e com destaque pelas empresas de mídia de denúncias que envolvem exclusivamente os partidos e políticos por elas não apoiados?

29

Seria, então, em um sentido republicano rigoroso, a estratégia da midiática instrumental um caminho irreversível de corrupção da própria Operação Lava Jato? Isto é, seria possível formar o juízo de que a sua orientação estratégica de investigação e formação de juízos está marcada por um viés de partidariação?

3. Cf. LIMA, Venício. Existe concentração na mídia brasileira? Sim. Observatório da Imprensa, 1 jul. 2003.

4. O Manchetômetro é um website de acompanhamento da cobertura midiática das eleições do Laboratório de Mídia e Esfera Pública, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, coordenado pelo professor João Feres Júnior.

EM DEFESA DA PUBLICIDADE DEMOCRÁTICA

Se o diagnóstico deste ensaio está correto, se está em curso realmente uma estratégia de midiática instrumental pelo juiz Moro e uma utilização instrumental por empresas de mídia da Operação Lava Jato com fins partidários, seria o caso de descrever do princípio normativo da centralidade da publicidade democrática no combate à corrupção?

A aposta deste ensaio é que, é preciso salvar o princípio da publicidade democrática do uso instrumental e distorcido que dele faz uso o juiz Moro e a Lava Jato em sua estratégia confessada.

O primeiro passo seria o de impugnar o princípio utilitarista, de sentido consequencialista, que põe a eficácia da Lava Jato acima de seus fundamentos democráticos. A cultura democrática, em seu processo de formação histórica, aprendeu a desconfiar dos argumentos que justificam danos a valores fundamentais da democracia – o desrespeito aos direitos humanos e ao devido processo legal, a condenação eventual de inocentes, a generalização da calúnia, o ataque em geral aos “políticos”, os processos públicos que condenam por antecipação – em nome de uma economia de resultados. Mesmo se estes resultados fossem aqueles do combate imediato à corrupção em um país em que ela ainda é sistêmica e reproduz seus circuitos através do próprio sistema político.

Na verdade, a Operação Lava Jato nutre-se de uma concepção policial do combate à corrupção: ênfase exclusiva no processo penal, em suas dimensões punitivas, empoderamento das instâncias policiais de investigação, arbítrio e seletividade das investigações, redução simétrica dos direitos da defesa, espetacularização das punições exemplares, criação de superpersonagens a quem se atribui um poder de resolver impasses republicanos para além de suas próprias instituições.

Os impasses no combate à corrupção no Brasil só podem ser superados com mais democracia, e não através da hipertrofia das dimensões policiais do Estado. Com mais rigor democrático, e não com mais arbítrio. Precisamos de melhores leis que fechem o caminho da impunidade, e não da criação de procedimentos arbitrários que violam leis. É preciso que o combate à corrupção seja universal, pois investigações seletivas podem até proteger circuitos de cor-

rupção de maior poder, inclusive aquele de escapar à investigação. O combate à corrupção deve envolver os três poderes por meio de reformas democráticas, pois a judicialização da política retira o viço da democracia e politiza o processo judicial, ao ponto de levar o próprio princípio da Justiça à desmoralização. E, sobretudo, o combate à corrupção deve envolver fundamentalmente as dimensões da prevenção e do controle democrático, mais além das necessárias dimensões punitivas.

E, sobretudo, o princípio da publicidade democrática – em suas dimensões de universalidade, de pluralismo, de simetria ao direito de voz, de respeito aos direitos dos cidadãos – não pode ser amesquinhado pelo arbítrio de oligopólios de comunicação que, na verdade, promovem a privatização e a corrupção da opinião pública⁵.

Os princípios da universalidade, do pluralismo, do respeito ao devido processo legal e dos direitos humanos deveriam gerar princípios reguladores da publicidade democrática, em clara alternativa à mediação instrumental posta em prática pela Lava Jato.

Em primeiro lugar, deveria ser colocada a público e justificada a própria diretriz da Lava Jato, segundo o princípio da universalidade. Se é sobre a corrupção na Petrobras e se há muitas informações convergentes de que a corrupção teria já começado em governos anteriores, deveria se justificar por que não se apuram denúncias sobre governos anteriores e apenas em relação aos últimos de coalizões dirigidas pelo PT? Se é sobre o financiamento empresarial ilegítimo de campanhas por que a Operação não investiga os partidos de oposição? Se tem como ponto de partida a delação inicial do empresário Alberto Youssef – um doleiro histórico, antes flagrado em fartos serviços prestados ao PSDB – por que se investigam apenas desdobramentos de lavagens de dinheiro direcionados aos partidos da base do governo?

Em particular, o juiz deveria se pronunciar publicamente sobre o caso apenas em sentenças, não cabendo a ele qualquer opinião *a priori*, devendo ser afastado do caso se reincidisse em pré-julgamentos de culpabilidade antes da conclusão do processo.

5. Sobre o conceito de corrupção da opinião pública, ver a obra: GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. A corrupção da opinião pública. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

Em segundo lugar, toda a informação sobre a Lava Jato deveria ser fornecida oficialmente em entrevistas coletivas regulares, nas quais deveriam ser chamados a participar advogados de defesa dos acusados ou indiciados. Não se deveriam aceitar quebras de sigilo de Justiça: qualquer quebra do sigilo de Justiça deveria ser apurada com rigor, punida no limite com o afastamento de todos os envolvidos. Pessoas acusadas sem prova deveriam ter imediato direito de resposta, na mesma proporção e destaque da notícia em que foram acusadas.

Por fim, como as investigações e condenações da Operação Lava Jato incidem sobre o centro da vida dos partidos e do sistema político brasileiro, seria imprescindível que fosse construído um lugar público de debate, plural e dialógico, sobre as raízes da corrupção no sistema político brasileiro, e como enfrentá-lo. Não há nenhuma razão para que o tema da corrupção fique circunscrito a figuras do Poder Judiciário e a editoriais de empresas de comunicação. Especialistas e pesquisadores, representantes de entidades que movem luta permanente contra a corrupção, lideranças de partido, deveriam ter o acesso à palavra pública, exercendo o direito de falar e ser ouvido.

COLUNAS SOBRE A OPERAÇÃO LAVA JATO

LENIO LUIZ STRECK

COMO (NÃO) SE ENSINAVA PROCESSO PENAL ANTES DA “LAVA JATO”,
EIS O BUSÍLIS!

Alexandre Morais da Rosa pergunta como é possível ensinar Direito Processual penal depois da Operação Lava Jato. (MORAIS DA ROSA, 2015). A resposta é difícil. Ela exigiria a escrita de um livro, e não de uma coluna. O segredo da resposta está na crise da dogmática jurídica, da qual falarei mais adiante.

33

Dos anos 1980 para cá, ocorreu uma transição não muito benfeita. A falta de democracia originou uma espécie de aposta no protagonismo do Judiciário em face da estrutura autoritária da legislação e do Estado. Por isso floresceu, em determinado período, um espaço que foi ocupado por teses acionalistas, como o realismo jurídico, o direito alternativo, o direito achado na rua, a velha investigação científica etc. No regime autoritário, era necessária aposta em posturas acionalistas. Entretanto, quando foi implantada a democracia e promulgada, logo depois, a Constituição, a dogmática jurídica não se reciclou. Ali começa o problema.

A CRISE DE PARADIGMA DE DUPLA FACE: MINHA ANTROPOFAGIA

Para mim, o busílis da questão que está na raiz da pergunta de Alexandre Morais da Rosa reside lá longe. E sobre ela escrevi muito. Já antes de 1988, fazíamos congressos e, junto com José Eduardo Faria, denunciávamos aquilo

que hoje bate forte na dogmática. Faria dizia que se avizinhava uma crise de paradigma com a nova Constituição Federal (CF). Segundo ele, o direito estava preparado para lidar com conflitos interindividuais e não “aguentaria o tranco” quando se defrontasse com os conflitos transindividuais.

Bingo. Ousadamente, peguei a tese de Faria e fiz uma antropofagia, que já está em textos bem antigos. Chamei a essa crise de uma crise paradigmática com dupla face. A face 1 (lado A) era a da estrutura do direito, que, preparada para pegar ladrões de galinha (e criticava a cultura manualesca cujos exemplos eram sobre Caio, Ticio e Mévio), não estava preparada para enfrentar os casos que tratavam de bens jurídicos transindividuais (vejam: as garantias são para todos; na época denunciava que estas só eram aplicadas em favor de determinados segmentos – eu queria isonomia para a patuleia, por assim dizer).

Mas havia um problema a mais. A crise só se sustentava porque havia um lado “B”, que chamei de crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e teses voluntaristas em geral) porque, de um lado ainda, a dogmática estava sustentada em posturas objetivistas (verdade real, por exemplo, e o mito do dado das posturas exegetistas) e, de outro, paradoxalmente, quando interessava – ideológica e politicamente – lançava mão do extremo subjetivismo, dando o sentido que queria às leis e aos fenômenos envolvidos nos tipos penais e nas garantias processuais.

A crise de dupla face escondeu, por exemplo, o solipsismo judicial, que, por sua vez, esconde o paradoxo representado pela dupla face (o mix entre objetivismo e subjetivismo). E continua escondendo a relevante circunstância de que a dogmática jurídico-processual penal produziu doutrina durante todos esses anos apostando no protagonismo dos juízes. Continuou a apostar na livre apreciação da prova. Mais: colocou um verniz – que agora desbotou – com a ficção do “livre convencimento motivado” (ou livre apreciação motivada). É de uma ingenuidade de dar dó a crença generalizada da comunidade jurídica na bondade das análises judiciais. O juiz é bom? Para quem? Depende do lado que você está. Ou eu tenho um direito ou eu não tenho – se eu tenho, o Poder Público tem o dever de reconhecê-lo. Não importa minha posição social. É assim que funciona em arranjos democráticos. E isso não pode depender da opinião que eu e você venhamos a ter a respeito disso.

Observemos um sintoma: quando a procuradora Ela de Castilhos escreveu sua tese de doutorado nos anos 1990, mostrou que menos de 10% dos casos de crimes de colarinho branco eram objeto de condenação em Pindorama. Por que hoje isso mudou? Por uma razão simples: naquele momento os órgãos repressivos/investigativos eram competentes para lidar com os crimes ligados à interindividualidade (o lado A da crise). Sempre foi mais fácil provar coisas quando o réu era pobre e os crimes daqueles-cometidos-por-pobres. No momento em que, dos anos 2000 para cá, houve um aprimoramento da Polícia Federal e do Ministério Público, começou a mudar o cenário. No andar de baixo, a coisa continuou como estava; o que começou a mudar foi a relação com o andar de cima.

SÓ A DOGMÁTICA NÃO SE RECICLOU

Mas o que não mudou? Só não mudou o imaginário dos juristas. No processo penal, continuaram-se a escrever, grosso modo, as mesmas coisas. Poucas foram as análises críticas, no sentido paradigmático da palavra (não me refiro aos discursos panfletários). E tem sido quase zero a preocupação com a filosofia no processo, isto é, a discussão das condições de possibilidade de o Judiciário apreender o fenômeno e... decidir. Não nos preocupamos com a decisão. Por incrível que pareça – isso parece risível – somos tão atrasados que até mesmo o projeto do novo Código de Processo Penal (que tramita a passos de tartaruga no Parlamento) insiste na tese da livre apreciação da prova.

Ora, deveríamos ter iniciado no dia 5 de outubro de 1988 uma filtragem nos Códigos. Mais, fundamentalmente, deveríamos ter feito uma filtragem nas posturas dos juristas. A CF/88 mudou o alvo. Lamentavelmente, pouquíssimo se alterou na dogmática processual-penal. Até hoje há pessoas que escrevem sobre processo penal ainda defendendo o sistema inquisitivo. Foi muito lenta a apropriação do novo. Lembro a batalha que travei, em conjunto com a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para implementar a tese do interrogatório como meio de defesa. Fiz inúmeros pareceres sustentando a nulidade de interrogatórios que não traziam a presença do advogado. De forma pioneira, a 5ª Câmara anulou centenas de processos. O Ministério Público recorria contra meus próprios pareceres. E o Superior

Tribunal de Justiça anulava as anulações, sob o argumento de que o CPP não exigia a presença de advogado. Lembro que, em 2004, quando veio a Lei 10.792/2003, escrevi: os juristas não acreditaram até agora na CF que prevê a ampla defesa; mas agora acreditam na nova Lei. Aleluia. Não era dramático?

HÁ MARCOS RUPTURAIIS?

Alexandre Morais da Rosa diz que a “Lava Jato” é um marco. Eu diria que a “coisa” começou um pouco antes, na Ação Penal 470. Escrevi várias colunas mostrando que a maior derrotada na AP 470 foi, exatamente, a dogmática jurídica. Seus elementos centrais foram destroçados do mesmo modo que o escrete canarinho o foi pela seleção alemã na Copa passada. Quando viram, estava 5x0. E assim foi com a AP 470. Aquilo que a dogmática pregava e ensinava a vida toda foi liquidada paradoxalmente pelo mesmo esquema tático que a sustentou: a livre apreciação da prova e a busca da verdade real (que tem em seu ponto de estofamento o velho inquisitivismos e, portanto, as respostas teleológicas). Sim. Há décadas que os livros de processo penal ensinaram aquilo que foi utilizado como arma contra os próprios ensinadores e utentes em geral. É duro, mas foi o que ocorreu.

De fato, é nesses *hard cases* da vida (real) que os juízes revelam suas convicções pessoais sobre o direito, não esquecendo que também houve uma profunda renovação nos quadros da magistratura e do Ministério Público. A questão é saber se o direito coincide com as convicções pessoais dos juízes (e dos promotores). Entendem o que quero dizer? O que apareceu tanto na AP 470 como na Lava Jato (e isso se estende ao restante do direito)? Simples. Apareceu aquilo que venho denunciando há muito tempo: a visão pessoal do Judiciário acerca do problema e seus efeitos colaterais em uma sociedade fragmentada. Ou seja, indagou-se ao Judiciário o que o direito tem a dizer sobre esses fenômenos, e ele respondeu o-que-cada-membro-do-Judiciário-pensa-sobre-tudo-isso. Claro que ele já fazia isso desde sempre. Só que, agora, pegou em outro alvo. Essa talvez seja a parte mais difícil de compreender na teoria do direito: a de que, antes dos juízes, existe uma estrutura chamada “direito” e que, por vezes, não diz exatamente a mesma coisa que cada juiz pensa. Esse é o *locus* da doutrina jurídica: fazer essa transição paradigmática entre o direito

(estrutura) e o imaginário dos operadores. Observe-se: esta análise transcende os *hard cases* em tela. Não pretendo, assim, “julgar os julgamentos”.

ONDE E QUANTO O SAPATO APERTA EM NOVOS PÉS

Por que digo isso? Porque, quando o sapato aperta (em novos pés), quando o caso e os argumentos que os concebem assim o exigem, os juízes acabam dizendo o que pensam sobre a apreciação da prova, do convencimento, da formação da opinião. O problema é que, por vezes, isso fica aquém ou além da estrutura chamada “direito” (que é feito pelo parlamento). Quando surge um “decido conforme minha consciência”, ou um “não me importa o que diz a doutrina” na voz da linguagem pública, é porque a doutrina já fracassou de há muito... se é que me entendem.

Ou seja: vai tudo muito bem até que o direito (uma instituição fundante da democracia) deixa de ser um direito, para ser aquilo-que-o-juiz-entende-por-direito. É, por exemplo, quando se prende e se solta com base no mesmo argumento. Pois é: Se tudo é, nada é. Acredito que isso tudo pode ser resumido assim: enquanto a “clientela” era a patuleia, a dogmática jurídica se indignava no atacado; mas quando a “clientela” passou a ser um “não patuleu”, a dogmática passou a se indignar no varejo. Só que já era tarde. Aqui entra a pergunta de Alexandre Morais da Rosa.

37

ENTÃO, COMO ENSINAMOS?

Pois esse é o ponto central para a resposta à pergunta de Alexandre Morais da Rosa. Como ensinamos processo até hoje? Simples: ensinamos processo a anos-luz dos paradigmas que conformam o mundo. Ninguém mais fala no esquema sujeito-objeto. Mas no direito, sim. Só que é ainda pior. Não só não falam no esquema sujeito-objeto (subjetivismo-solipsista) como ainda tem gente escrevendo sobre verdade real, que é uma “verdade” pré-moderna, em que, se quisermos lidar com os fatores S (sujeito) e O (objeto), seria O>S, um objeto que (ainda) assujeita o sujeito. É complexo isso? É. Muito. Mas se continuarmos a achar que direito é coisa simples – como querem setores importantes da dogmática jurídica – teremos que aguentar isso tudo-o-que-vemos-cotidianamente.

UM SINTOMA QUE MOSTRA A CRISE CLARAMENTE

Outro sintoma que demonstra a minha tese da crise de dupla face: a tal da ponderação. Esse sintoma desnuda a crise de dupla face. Sempre a denunciei (a ponderação) como sendo uma tese caudatária do subjetivismo. Inúmeros juristas – alguns que hoje se queixem da Lava Jato e se queixaram da AP 470 – escreveram ou ensinaram nas salas de aula que o juiz pode fazer ponderação entre direitos individuais e interesses coletivos, citando, para isso, Alexy. Dramaticamente equivocados. Quantos acusados já foram condenados com base na ponderação (malfeita)? Sem fazer qualquer passagem pelas fases complexas do processo de “ponderação”, o Judiciário simplesmente pega um “valor” (sic) em cada mão e, *fiat lux*: escolhe um deles, no mais das vezes o “valor público”, que seria o interesse da coletividade. Só que esquece(ra)m que Alexy nunca disse isso. E o ônus argumentativo? Ninguém fala disso? Sabem por quê? Porque a dogmática nunca se preocupou com isso. Coagulou os sentidos e se fechou em um monastério. A dogmática jurídica quer ser prática. Mais importante que estudar e pesquisar é ter bons contatos na República. É conhecer os caminhos das pedras... Pois é.

38

Insisto: enquanto o modelo investigatório-probatório tratava de alcançar a malta, a dogmática quedou-se silente. Agora, quando se alcançam outros setores, a “coisa pega”. Louvo a preocupação de Alexandre Morais da Rosa. Bingo. Apenas acrescentaria que: não se ensina depois... porque não se ensinou antes... Essa luta é paradigmática. E foi perdida. Pela própria dogmática jurídica. Porque exatamente cumpriu o vaticínio da crise de paradigmas de dupla face: preparada para enfrentar os conflitos interindividuais, não se preparou para os grandes embates. Não se preparou para o dia em que o jogo poderia virar, com novidades como delação etc.

Tudo isso que disse anteriormente posso comprovar epistemicamente (e empiricamente). Quando saiu a Lei das Interceptações – lá em 1997 –, escrevi acerca do perigo de se usar esse mecanismo como início, e não como ultima ratio. Poucos se preocuparam com isso. A própria delação premiada mereceria uma filtragem constitucional, conforme delineei alhures, para que ela não fosse utilizada igualmente como unica ratio e como instrumento de pressão. Ali estaria uma inconstitucionalidade. Como sempre, a dogmática decidiu esperar o que o Judiciário diria... Sempre uma volta ao velho realismo

jurídico. O direito se faz mesmo é... na decisão. Os fantasmas de Holmes, Alf Ross e Olivecrona estão aí presentes.

Quando surgiu a lei que alterou o artigo 212 do CPP, fui o primeiro a escrever e lutar no tribunal para que fosse aplicado, porque ali estava o início da implementação do sistema acusatório. E ali estava também uma possibilidade de ruptura com a velha teoria das nulidades. Fui à luta. Fiz críticas à doutrina de Luiz Flávio Gomes e Guilherme Nucci que defenderam a não necessidade de aplicar, dizendo que o novel dispositivo nada havia alterado na estrutura do CPP. Diziam ambos que isso acarretava apenas nulidade relativa, como se estivéssemos no século XIX. Também critiquei o STJ e o Supremo Tribunal Federal. E quem esteve no Congresso da ABDCONST realizado depois da lei deve se lembrar do repto que fiz ao STF e a um dos ministros presentes acerca do sentido dos limites semânticos da lei. Está lá gravado. E a dogmática jurídica quedou-se silente. Posso matar a cobra e mostrá-la morta.

Enfim, esse quadro de crise paradigmática de dupla face faz com que, hoje – e esse é o ponto nevrálgico – os direitos, as garantias processuais não dependam de uma estrutura chamada direito (conceito que aqui já explicitarei *ad nauseam*), e, sim, do solipsismo judicial, que por sua vez possui ancoragem nas fragmentadas decisões judiciais. Para o bem e para o mal. Afinal, há decisões para todos os gostos. As decisões passam a ser, cada vez mais, teleológicas (decide-se e, só depois, busca-se uma justificativa), e não de princípio. Não quero ser o descobridor da pólvora, mas tenho insistido, com chatice epistêmica, que as decisões judiciais devem ser proferidas por princípios, e não por políticas. E que precisamos de uma teoria da decisão. Antes de uma decisão por decisão, um modo de como esta deve ser feita.

Para ser bem claro: se, por exemplo, o paciente reúne as condições de receber *habeas corpus* – aferíveis objetivamente em face da estrutura chamada “direito” – por mais que seja antipático ou politicamente incorreto a sua soltura, o Judiciário deve conceder o *writ*. Mesmo que a mídia berre. Porque a decisão na democracia é por princípio. Por mais tentador que seja agir por política. Mas, infelizmente, a própria dogmática jurídica cavou o seu buraco. Admite até hoje a livre apreciação. Logo, se esta é livre, pode ser contra ou a favor. E logo depois se justifica o que foi decidido intuitivamente... Por isso,

em casos que envolvam forte atuação da mídia, cada vez mais as decisões são teleológicas, finalísticas.

Mas não ponho a culpa no Judiciário. Fazemos parte de uma coisa maior, que é o imaginário jurídico no interior do qual nos localizamos. E agimos. E não reagimos. Desde o professor da faculdade tipo-balão-mágico, que não sabe um ovo do que ensina, até o professor de cursinho que encanta as plateias com refrões resumidinhos, até a pós-graduação que, em parte considerável de programas ainda repete conteúdos da graduação, com dissertações e teses sobre embargos, limitação de fim de semana, estelionato, cheque sem fundo ou agravo, com temas monográficos que recebem uma flambagem teórica do tipo “regra é no tudo ou nada, princípios é na ponderação”. Tem exceção? Claro. Muita. Mas parcela considerável do ensino e das práticas nos mostra esse quadro tão bem pintado por Alexandre Morais da Rosa. Só que minha resposta tenta pegar a origem disso tudo.

O PROBLEMA É QUE O JUDICIÁRIO JÁ SE ACOSTUMOU...

40

Parece que a discussão das garantias processuais, antes tão distante do andar de baixo (veja-se que a maioria dos tribunais estaduais ainda usa a inversão do ônus da prova para crimes do tipo cometido-pela-patuleia), está provocando, dialeticamente, o andar de cima. Violações são condenáveis nos dois andares. Só há um modo de combater isso: decidindo por princípio, como explícito em Verdade e Consenso (2011, 4ª edição). E, para tanto, necessitamos de uma doutrina adequada.

Se na primeira pedalada, a-paradigmática, nas garantias a doutrina tivesse feito os necessários constrangimentos (que devem atuar nas faculdades, cursinhos, livros, conferencias, seminários etc.), não teria sido formada uma “certa tradição”... se me entendem o que quero dizer. Ou seja, o problema é que o Judiciário já se acostumou a julgar conforme a sua livre apreciação acerca dos fatos e da lei. E, hoje, todos pagam o preço:

- o andar de baixo, por ser da tradição de um país de modernidade tardia; e

- o andar de cima, pelo desejo que o Judiciário tem de tentar corrigir aquilo que a política não vem conseguindo.

Só que esta tarefa não é dele.

NUMA PALAVRA FINAL

O quadro pintado por Alexandre Morais da Rosa está correto no plano de uma análise realista. É assim mesmo que as coisas estão indo. E a saída que ele propõe também tem fortes traços de realismo jurídico, isto é, a decisão é, ao fim e ao campo, um problema do Judiciário e assim devemos nos preparar para enfrentar esse fenômeno de poder. Mas aí é que está: eu não consigo conceber que o problema da decisão se transforme em um jogo de poder ou seja resolvida como se fosse (algo tipo *als ob*). Se, de fato, for um jogo de poder, temos de confessar o fracasso da doutrina e de tudo o que ela representa em termos de “constrangimentos epistemológicos”. É como se, no nosso cotidiano, os sentidos das coisas só nos surgissem no momento em que lidássemos com elas, e não a partir de um *a priori* compartilhado que, é claro, também inclui o encontro com essas coisas. Mas não são essas coisas (no caso, as decisões) que me impingem o que a coisa (o sentido do direito) é. Toda concepção que possui traços realistas inexoravelmente flerta com alguma forma de objetivismo. As decisões não são a fotografia do direito, assim como a filosofia não é o espelho da natureza, para usar uma expressão conhecida.

41

A partir do diagnóstico de Alexandre Morais da Rosa, haveria uma polarização que opõe um modelo “continental” de estudo do direito (identificado a partir de uma perspectiva epistemológica mais abstrata e sistemática, centrada na resolução dos problemas normativos) a um modelo anglo-saxão, de conotação realista (cuja identificação pode ser retratada a partir de um corte mais pragmático, assistemático, centrado num tipo de análise que permita avaliar as condições sociais e psicológicas que envolvem o processo decisório para – tentar – fazer projeções de como serão decididas os casos futuros semelhantes).

A questão posta, portanto – a partir de um olhar hermenêutico – não pode ter como resposta um realismo de nova roupagem, que continue a descrever a possibilidade de uma concepção de direito que preexista à decisão judicial e que deve conformar o caso, com um efetivo grau de autonomia. Ora, se hoje temos esse mosaico sincrético de tradições no âmbito do processo penal, como bem denuncia Alexandre Morais da Rosa, isso se dá justamente porque, nos últimos dez anos, o campo majoritário do direito no Brasil aca-

bou seduzido pelo canto das sereias do realismo jurídico. O que seria essa volta a uma espécie de realismo? Simples: nele, os sentidos do direito decorrem e se dão predominante... na e pela decisão judicial; eis o porquê do crescimento do direito “jurisprudencial” em Pindorama; eis o porquê da paixão do novo Código de Processo Civil (CPC) pelos precedentes.

Claro que a solução do problema não está em colocar o modelo conceitualista-sistemático como o método privilegiado de análise do direito. Insisto: a resposta à questão exige uma reflexão que consiga apontar para uma dimensão mais complexa do que aquela que resulta(ria) de uma simples opção por um modelo ou outro. Trata-se de conseguirmos construir uma verdadeira terceira via. Algo que, na verdade, já está aí: no pós-positivismo de Friedrich Müller, na teoria integrativa de Ronald Dworkin e, permito-me dizer, também na Teoria da Decisão que proponho em Verdade e Consenso – que faz uma antropofagia de Gadamer, Dworkin e Müller, de algum modo) e outros tantos livros. Mas esse encontro precisa acontecer logo, sem esperas ou demoras.

Desculpem-me pelo tamanho da coluna, mas o texto de Alexandre é absolutamente instigante. E é só o começo de uma longa discussão.

42

**“O PROBLEMA É O PROCESSO”, DR. MORO?
ATÉ REINALDO AZEVEDO SABE QUE NÃO!**

Nesses tempos de crise, volta a tentação revolucionária. Contudo, o Estado de Direito deu conta de uma institucionalidade democrática, a partir da qual se pode e se deve fazer o controle e punição de condutas ilícitas. Não podemos perder a capacidade de indignação, mas sem solapar nossas conquistas civilizatórias.

Por isso, preocupa que juízes (Antônio Bochenek e Sergio Moro) publiquem um artigo de jornal sob o título de “O problema é o processo”. Ainda mais em se tratando do juiz responsável pela Operação Lava Jato em parceria com o presidente da Associação dos Juízes Federais. Para incrementar a eficiência do sistema de justiça, postulam que: “A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos [...]”. (Moro; Bochenek, 2015).

Afinal, anunciam que essa tese será apresentada como projeto de lei pela Ajufe. É evidente que a notícia repercutiria. De pronto, os ministros do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio e Celso de Mello, caíram de pau na proposta. Corretíssimos. E por certo essa deve ser a posição unânime da Suprema Corte. Mas o que mais impressiona – e isso demonstra o grau da crise de paradigmas que perpassa o direito – que a chinelada maior tenha vindo de um jornalista, no caso, um jornalista insuspeito em face de suas posições duras em relação à fenomenologia que cerca a Operação Lava Jato e às relações com o governo. Falo da aula de Direito Constitucional que foi dada à comunidade jurídica por Reinaldo Azevedo, que, entre outras coisas – óbvias, mas o óbvio deve ser dito – lembrou que: “[...] Não basta a mudança da lei. Aí seria preciso mudar a Constituição. O Inciso LVII do Artigo 5º da Constituição estabelece: ‘LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’”.

Mais: “Vou com o juiz até o fim do mundo, se preciso, para punir os larápios. Mas só vou se for com a Constituição. Senão, ele se torna a fonte de legitimidade da Carta, e não a Carta a fonte da sua legitimidade [...]”. (Azevedo, 2015).

43

Com efeito, em sua argumentação, os juízes Moro e Bochenek fragilizam a autonomia do Direito, expondo-o à predação pela moral e pela economia. Essa crítica que faço não é assim só porque eu quero e por qualquer implicância. É porque é científica. Não fosse assim e no mínimo dois ministros da mais alta Corte não teriam saído com duras críticas aos colegas juízes. Ainda há algumas certezas no direito. Uma delas é o valor de uma cláusula pétrea. Vingando a tese de Moro e Bochenek, tem-se que deverá o condenado na primeira instância judicial, em regra, ficar preso? E adiantam que “A proposição não viola a presunção de inocência”! Como não? Presume inocente, mas, em regra, prende... Como assim? É porque já há uma condenação em primeira instância... Presume menos inocente então? Uma presunção de inocência ornamental, talvez.

Na sequência, defendem que “as Cortes recursais possam, como exceção, suspender a eficácia da condenação criminal quando presente, por exemplo, plausibilidade do recurso”.

Talvez aí o réu recuperasse um pouco da presunção de inocência, que jamais perdera por completo (mas apenas operacionalmente, subsistindo no plano retórico). Em que pese a confusão, nosso Texto Fundamental não fala em nada disso. Mas não fala, mesmo. Socorre-nos o artigo 5º, inciso LVII. Trata-se de cláusula pétrea sendo ameaçada por lei ordinária! E, atenção: veja-se a sutileza da frase: “as cortes possam, como exceção” (sic). Eis a palavra mágica: a invocação da exceção. E o que é (estado de) exceção? É quando o soberano decide o que é a própria exceção. Bingo. E binguíssimo.

Enfim, para ser bem breve: é uma pena ver parcela da magistratura e do Ministério Público Federal torcendo contra aquilo que é condição de possibilidade da jurisdição – a Constituição e o processo. As conquistas civilizatórias trocadas pela possibilidade de exceção. Não pensei que veríamos isso em pleno Estado Democrático. É uma pena que os juristas tenham de receber puxões de orelha de jornalistas.

O RISCO DE JOGAR A CRIANÇA FORA JUNTO COM A ÁGUA

44

No fundo, o que a proposta de Moro e Bochenek fazem é o clássico “pela necessidade de limpeza, joguemos tudo fora, mesmo que haja, junto com a água, o objeto do banho – a criança”. Simples assim. E ao mesmo tempo, complexo.

Explico. Entendo a indignação do juiz Moro e do presidente da Ajude. Como brasileiros honestos e ciosos pela coisa pública – e coloco aqui todos meus sinceros elogios aos dois que querem fazer mais do que suas funções permitem. Sentem-se “atados” pelas amarras do processo. Por isso a frase “O problema é o processo”. Mas não deve ser assim. Juristas devem lutar dentro das regras de jogo e *bajo a la* Constituição. A democracia, do mesmo modo, mesmo quando não funciona bem, não pode ser vista como um problema. Mutatis, mutandis, o que o artigo de Moro e Bochenek representa é algo similar a um deputado que diga: assim não dá mais para tocar o Parlamento. Muitas regras, formalidades, obediência de *quórum*... “– O problema é a democracia...”. E clamasse pelo Estado de Exceção.

Temos muita corrupção? Sim. Até as pedras sabem disso. E jornalistas e jornalheiros, idem. Mas não podemos resvalar para moralismos. Quando fico

tentado a fazer algum raciocínio antidemocrático do tipo “assim não dá mais”, lembro da Fábula das Abelhas, de Mandeville. Tenho-a decorada. E no alto da cabeceira da cama. É uma fábula liberal. Já contei a historinha aqui várias vezes. As abelhas moralistas se ferraram. Pediram uma sociedade só de virtudes. Impossível, porque “vícios privados, benefícios públicos”. Só que, por incrível que pareça, em Pindorama até a fábula das abelhas ocorre de forma inversa. Por aqui é vícios públicos, benefícios privados.

Sei que há um escândalo atrás do outro. Agora é a vez do CARF (cuja sigla parece uma onomatopeia). Ao que consta, não são milhões. São bilhões de prejuízo aos cofres públicos. Hoje é assim: quem roubar menos de R\$ 100 mil, vai para o JEC. Afinal, onde não tem chuncho? Alguma atividade que envolva o Estado estaria livre da chunchagem?

Temos que ter paciência. A corrupção é a conta que nossa herança patrimonialista está apresentando. Dona do poder, a sociedade de estamentos quer sempre mais. Como dizia Faoro, acima da luta de classes estão os estamentos. Há alguns anos, o jornal inglês *The Guardian* estampou a manchete: Brasil é pré-moderno. Tinha razão, porque os estamentos são da virada do medieval para a modernidade. São as neocorporações de ofício, compostas por funcionários de alto escalão que-possuem-laços-de-afinidade-cleptocrática com diversos setores privados e públicos.

45

Assim se constroem os nichos de corrupção e poder. Qual é o critério para chegar ao CARF? E a Furnas? E a Itaipu? Indicado por quem? E para chegar aos tribunais? Sem QI, nem pense em começar. Não há almoço grátis. Alguém pensou em meritocracia? Em curriculum? Não, é claro. Gosto quando se fala “Fulano tomará posse do cargo de...”. Bingo! Toma posse e pensa que é dele. Daí a noção de birô-cracia (a força do sujeito atrás da mesa e que pensa que, primeiro, a mesa é dele e, segundo, que está prestando um favor à malta). Brasília é o máximo. Brasília não é um lugar; é um enunciado performativo. Um lugar fundamental. Todo mundo tem poder. Os empoderados (odeio essa palavra). E quem não tem, roda a bolsa para ter.

GOSTARIA DE VER UMA SEVERA AUTOCRÍTICA

Não estou pregando moral (com ou sem ceroulas) e nem quero sair gritando por aí: “vamos esfolar essa gente”. Sou um cultor da Constituição.

Guardo coerência e integridade em minha fala. Mas no ecossistema criminal, pode-se ver tranquilamente que os predadores, isto é, aqueles que, no ecossistema, deveriam preda os criminosos, estão perdendo a batalha. E sabem por quê? Talvez porque, a vida toda, nossas instituições fecharam os olhos para tudo-isso-que-está-aparecendo-agora. E estiveram demasiadamente preocupados com ladrões de galinha. Claro. Ocupados com o andar de baixo, o andar de cima foi se fartando. E se acostumando com a coisa. Na verdade, talvez nossas instituições tenham perdido a mão, como se diz. O braço longo do direito penal se “acostumou” em pegar os *descalzos*. Agora, na hora de pegar os “de bota”, chegam à conclusão de que o braço é curto. Não. O braço deve ser o mesmo. Não pode haver condutas ou campanhas *ad hoc* ou de exceção. Se eu admito exceção hoje, qual é o limite para a próxima?

Então ao menos gostaria de ouvir uma severa autocrítica dos predadores (TCU, CGU, Polícia, Ministério Público e Judiciário). E não simplesmente botar a culpa “no sistema”. Em Alegrete, no agreste gaúcho, os fazendeiros, preocupados com a perda de bezerros de ovelhas, exterminaram os caranchos. Só que esqueceram que os caranchos também comiam, como sobremesa, os ovos das caturritas. Resultado: as caturritas se multiplicaram tanto que virou uma praga. O prejuízo foi maior ainda. Por isso, há de ser cuidadoso. Dosegem adequada. E, atenção: isso também não pode significar o afrouxamento de garantias, como se viu no pacote apresentando pelo MPF dias atrás, contra o qual escrevi com veemência. E tampouco chegar ao extremo de viabilizar a proposta apresentada pelos juízes Moro e Bochenek.

O que ocorre é que a corrupção virou uma pandemia. O dilema é, parafraseando o psicanalista Alfredo Jerusalinski: como combater o gozo desses setores corruptos de *terrae brasílis* sem ser tirânico? Quem não souber responder a isso não pode se meter no jogo. Isto porque o jogo se joga dentro das regras. Mesmo que não gostemos das regras. Afinal, fomos nós que as fizemos.

Post scriptum

Para que não sejamos tentados a fazer discursos moralistas, leiam:

“Ressurge a Democracia”

“[...] salvar o que é essencial: a democracia, a lei e a ordem. Graças à

decisão e ao heroísmo [...] o Brasil livrou-se do governo irresponsável, que insistia em arrastá-lo para rumos contrários à sua vocação e tradições. Agora, o Congresso dará o remédio constitucional à situação existente... [...]. Poderemos, desde hoje, encarar o futuro confiantemente, certos, enfim, de que todos os nossos problemas terão soluções, pois os negócios públicos não mais serão geridos com má-fé, demagogia e insensatez. [...] Era a sorte da democracia no Brasil que estava em jogo.”

Os meus leitores sabem do que se trata? Pois lhes conto. Trata-se do editorial do jornal *O Globo* de 2 de abril de 1964. Bingo! Há 51 anos! Que lhes parece? Por isso, tenho tido o máximo cuidado quando tenho coceiras autoritárias... Além de ler a Fábula das Abelhas, leio esse editorial! É, meus amigos, a história é cruel.

O QUE É PRECISO PARA (NÃO) SE CONSEGUIR UM *HABEAS CORPUS* NO BRASIL

UM POUCO DE HISTÓRIA

Desde 1495 (durante o reinado de Henrique VII, da Inglaterra) existe a 47
ficção dos dois corpos do rei. Foi um jeito que o início da modernidade – na virada do medievo – encontrou para resolver o problema do corpo natural do rei e sua “divindade” (ou seu corpo imaterial). Estou preparando um livro sobre essa importante e complexa questão da qual já falo de há muito e já deixei explicitado no livro *O que é isto – decido conforme minha consciência?* (STRECK, 2010, 2ª edição).

O auge dessa aplicação se deu quando o Parlamento inglês recorreu a essa ficção (1642) para conjurar, em nome e por meio da autoridade de Carlos I (corpo político-divino-imaterial do rei), os exércitos que iriam combater o mesmo Carlos I (corpo natural e material do rei). Fantástico, não? Por intermédio da Declaração dos Lordes e Comuns, o corpo político do rei era retido no e pelo Parlamento, enquanto o corpo natural era colocado “no gelo”. Isto porque o rei é a fonte da justiça e da proteção, mas os Atos de justiça e proteção não são exercidos em sua própria pessoa, nem dependem de seu desejo, mas por meio de suas cortes e seus ministros que, devem cumprir seu dever nesse sentido. (MCILWAIN, 1920, p. 389 e segs.); (KANTOROWICZ, 1957, primeira parte).

Sou apaixonado por essa temática. E tenho sido pioneiro nessa discussão a partir da hermenêutica e da construção de uma teoria da decisão. Por isso, ajudei a colocar no novo Código de Processo Civil a coerência e a integridade (artigo 926) e contribuí para a retirada do livre convencimento (artigo 371). Tudo para separar os dois corpos. Ou seja, tenho referido à sociedade que, em uma decisão, não devem importar às opiniões pessoais dos juízes e dos tribunais sobre os temas que julgam. Eles devem julgar segundo o direito, cujo conceito aqui já delineei tantas vezes. Por isso, trouxe à baila essa história sobre a doutrina dos dois corpos do rei.

COMO OBTER UM *HABEAS CORPUS*?

DE NOVO A TESE DOS DOIS CORPOS DO REI

A tese dos dois corpos do rei pode ser útil para analisarmos o estado de arte do direito em Pindorama. A jornalista Vera Magalhães escreveu na *Folha de S. Paulo* que está avançada uma articulação de políticos de vários partidos, membros do governo, ministros do Superior Tribunal de Justiça e advogados da Operação Lava Jato para que o STJ conceda nas próximas semanas *habeas corpus* para empreiteiros presos desde junho em Curitiba. Segundo a jornalista, a expectativa dos que costuram a saída é que o STJ também critique a manutenção de prisões provisórias por tanto tempo.

Deve ser a jornalista “Vera-Vidente”. A notícia foi contestada pelos advogados dos acusados. A questão que se coloca é: qual é o interesse de o jornal noticiar isso? Para prejudicar os acusados? Sim, porque por certo não seria para ajudá-los. Ou li mal a notícia?

O que há de estranho nisso? Ou o que há de “(a)normal” na notícia? Simples. Considerando que seja verdadeira a notícia, temos que, em *terrae brasiliis*, necessitamos fazer conchavos para que alguém alcance um *habeas corpus* em tribunal superior. Mas chegamos a esse ponto? Na minha ingenuidade de quem nasceu no meio do mato e de parteira, sempre pensei que esses conchavos não fossem legítimos, para usar uma palavra suave. A partir das mais de seis mil folhas que já escrevi e de tantos milhares que já li, tenho que ou se tem direito a receber uma ordem de *habeas corpus*, porque presentes os requisitos – afinal, não vivemos, ainda, em um Estado de exceção – ou não se tem esse direito.

Já escrevi muito sobre isso. Sabem por que isso é assim? Porque – de novo – não fazemos a separação dos dois corpos do rei. Desculpem-me a chatice epistêmica: decisões judiciais devem ser por princípio, e não por políticas. Para o bem e para o mal. Nem conchavos para manter preso alguém nem conchavos para soltar. Lutamos muito para construir a democracia, com juízes e promotores vitalícios, detentores de todas as vantagens pecuniárias. Construímos uma teoria constitucional sem precedentes. Uma teoria do direito avançada, melhor que a de muitos países avançados. Claro que no processo penal ainda necessitamos avançar. Os próprios juristas sempre apostaram (mal) na livre apreciação da prova. Talvez por isso estejam pagando um alto preço, como deixei claro na minha palestra no IBCCRIM.

Consequentemente, se decisões devem ser sempre por princípio, e não por finalismos ou teleologia(s) – portanto, decisões judiciais não devem ser consequencialistas – parece-me feio e inadequado que notícias como a da jornalista tenham espaço na República. Doa a quem doer, se alguém tem direito à liberdade ou se constata que a prova é ilícita, deve ser libertado. Mesmo que a imprensa seja contra. Mesmo que a opinião pública odeie. Quando Procurador de Justiça, exarei – como era de meu costume, suspendendo meus pré-juízos – parecer pela concessão de *habeas corpus* em um caso de três assaltantes presos em flagrante, cuja homologação da prisão dizia: flagrante prende por si. Em meu parecer, disse: doa a quem doer, a decisão é nula, porque não fundamentada. E a jurisprudência e a lei exigem fundamentação. E citei precedentes. E acrescentei: faz parte do risco da democracia ter juízes que não sabem fundamentar. Eles terão de aprender, frisei. Mas não à custa da liberdade das pessoas (mesmo que sejam culpados, teleologicamente falando). Consequência: mesmo contra todas as críticas, meu parecer foi no sentido da concessão da ordem! Tudo para manter aquilo que sempre prego: coerência e integridade.

Insisto: decisões devem ser por princípio, e não por políticas ou qualquer outra finalidade. Por isso, um bom exemplo de decisão por princípio é o aeroporto. Todos têm de tirar o sapato. Todos passam pelo raio X. Até a senhora idosa que chegou atrasada. Vai perder o voo. O processo do aeroporto não é finalístico. O princípio é: não passa ninguém sem revista. Inclusive a idosa. E os funcionários. Tire o cinto. E o relógio. E as moedas. Bingo! E se

não fosse assim? Seria o caos. Porque a decisão de deixar passar sem revista seria... discricionária. Binguíssimo! E isso não daria segurança... nem jurídica nem física aos usuários. Bingo de novo! Compreendem a minha insistência sobre a decisão por princípio e sobre os dois corpos do rei? Querem falar disso de outro modo? Pensem nisso como “republicanismo” e *fairness* (equanimidade).

Ou seja: quando pedimos um *habeas corpus* não estamos implorando por um favor. E não estamos perguntando se o tribunal quer ou não quer soltá-lo. Perguntamos, apenas, se ele tem direito. Só isso. Lembremo-nos do que disseram as cortes no longínquo ano de 1642, na Inglaterra, sobre o agir do rei: “Os atos de justiça não são exercidos em sua própria pessoa e nem dependem de seu desejo”.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL?

50 A confusão entre os dois corpos do rei ocorre todos os dias. Como explicar a tese dos dois corpos do rei que existe desde 1495? Simples. Quando alguém vai ao Judiciário, não vai pedir a opinião pessoal do juiz – corpo natural – acerca do tema. Nem vai perguntar se o que diz a lei é justo ou injusto. Fosse para discutir a justiça ou a injustiça seria mais fácil pedir a opinião de um filósofo moral.

Quem recorre ao Judiciário quer saber o que o direito, enfim, a estrutura jurídica composta de leis, doutrina e jurisprudência, têm a dizer. A não ser em seis hipóteses, há o dever de aplicar a lei. (STRECK, 2014). E quem deve dar a resposta é o corpo imaterial do juiz (ou membro do Tribunal). Ora, exatamente porque a resposta tem sido subjetiva, pessoal, vivemos tempos de razão teleológica, não secularizada.

Por que estou trazendo isso à baila? E por qual razão estou dizendo que, quando a parte vai ao Judiciário, ela quer saber, mesmo, o que o direito tem a dizer, e não o que o Judiciário, “pessoalmente por seus agentes”, tem a falar? Porque é isso que me pareceu o julgamento da ADI 4.650 sobre doações de campanha. Em termos de Estado Democrático, uma ADI deveria perguntar se a Constituição Federal contempla ou não proibição de doações por parte de empresas. De todo modo, quero crer que a OAB não foi perguntar, via ADI, se o STF era contra ou a favor de as empresas doarem para os partidos. Tam-

bém não perguntou – ou não deveria perguntar – se o ato de doar via empresa era bom ou ruim. Parece-me que não, porque isso seria pedir um simples juízo moral ao STF. Peço que me corrijam se eu estiver equivocado. Para mim, a pergunta correta é: o que o poder constituinte disse sobre doações? Ou ele não tratou do assunto? E é isso que a Corte deve responder. A CF proíbe ou não? Ou a Constituição permite ou proíbe.

FUNDINDO DOIS ASSUNTOS

Tenho receio dessa coisa chamada ECI – Estado de Coisas Inconstitucional, que é fluida, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário-mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional? Os juros bancários – os do cartão de crédito bateram nos 400% – não são, igualmente, uma “coisa inconstitucional”? Peço perdão pela ironia, mas, diante do tamanho da crise, receio que alguém entre com uma ação para declarar a inconstitucionalidade... do Brasil.

Será que não estamos exagerando? Poderíamos chamar a isso de pan-constitucionalismo? Será que, por exemplo, essa tese do ECI não é mais uma forma de justificar ativismos? Antes que alguém fale, respondo: sim, sei que essa tese não foi usada na referida ADI das doações de empresas. Foi em outro caso (ADPF 347). Mas, de algum modo, penso que esses “estados de coisas” estão relacionados. Já estão falando até em macrossentenças e ativismo estrutural. (CAMPOS, 2015). E as coisas vão trocando de nome.

Esclarecendo: o Psol (por ironia, um partido que deveria acreditar no parlamento, mas como não ganha eleição para o Executivo para fazer suas políticas públicas vai buscar sua pretensão fora de sua atuação institucional) foi ao Judiciário pedir que se declarasse o “Estado de Coisas Inconstitucional”, a fim de determinar ao governo federal que (dentre outras coisas) elabore e encaminhe ao STF, no prazo de três meses, um “Plano Nacional” para modificação das condições do sistema carcerário; após a deliberação do “Plano Nacional”, determinar ao governo de cada estado e do DF que formule e apresente ao STF, no prazo de três meses, um plano estadual ou distrital, que “se harmonize com o Plano Nacional”; impor o “imediato descontingenciamento das verbas

existentes no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)”; determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários etc. Ou seja, basta que o sistema político não funcione como pensam os autores da causa, que estará consagrada “a inconstitucionalidade das coisas”? Por essa tese poderíamos declarar o “estado de coisas econômico” inconstitucional. Afinal, com o dólar a mais de R\$ 4... E poderíamos declará-lo com efeito *ex tunc*, para que o dólar voltasse ao patamar de R\$ 2...

Pergunto: o que não é “coisa inconstitucional” neste país periférico que está à beira do abismo? Poderíamos aproveitar para fazer o mesmo com os juros sobre as operações de crédito, a situação do transporte público em *terrae* brasileira, crise da segurança pública (o Rio Grande do Sul está um caos, o Rio de Janeiro, nem se fala) crise na educação, dos hospitais (pessoas morrendo nas filas, tomando soro em pé...) etc. E, a partir de uma inconstitucionalidade por arrastamento, declarar a inconstitucionalidade do estado de coisas proporcionadas pelas operadoras de telefonia.

52 Peço que me desculpem. Não é implicância minha. Mas por que judicializar tudo? A pergunta que fica não respondida é: e a legitimidade constitucional para obrigar o Executivo a tomar essas medidas? É do Judiciário? Assim, sem mais nem menos? O que sobrou para a democracia? E se os juízes em suas comarcas começarem a declarar, em controle difuso, o estado de coisas inconstitucional das “coisas” do município? Tem município que não fornece nem merenda escolar. E não subestimemos o poder dos Tribunais dos Estados federados... Perdoem-me, de novo. Sei que isso é antipático. Mas não me perdoaria se não escrevesse isso.

Uma observação: entendo que o sistema prisional é caótico. Mas sua “inconstitucionalidade” (estado de coisas) é demasiado vaga, como dizem a PGR e a AGU. Cabe de tudo nesse “conceito ônibus” que é o ECI. Como advogado, estrategicamente, até admito lançar mão da tese. Mas como cientista (pensemos nos dois corpos do rei), o substrato se me apresenta frágil. Não esqueçamos que só a Colômbia a utilizou. O resto do mundo, não. E agora, o Brasil.

Numa palavra: a partir de um juízo político ou moral (ou econômico), o que não é inconstitucional em nosso país? O problema reside nos efeitos

colaterais. O risco de uma decisão desse porte. Como em uma epidemia, a ADPF 347 é o “paciente zero”. Bem, devo estar dizendo isso talvez porque eu seja um conservador e acredite na divisão de poderes que está na Constituição. Mas, enfim, vive la différence (vida longa à diferença).

Post scriptum

Quem escreveu esta coluna, creiam – e quem durante 28 anos de carreira de Ministério Público nunca confundiu os seus dois corpos –, não foi o meu corpo pessoal; quem escreveu e se responsabiliza pelo texto foi o professor e acadêmico. É o que poderia ser chamado, parafraseando o famoso livro de E. Kantorowicz, de *The Streck’s Two Bodies!*

PARA MINISTRO DO STF, JULGAMENTOS NÃO PODEM SER
CONFORME A CABEÇA DO JUIZ!

MAIOR FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA DE PESSOAS CONHECIDAS?

Tenho escrito que, em Pindorama, falta Creonte e sobra Antígona, isto é, falta-nos uma visão acerca da preservação do direito da pólis para todos e sobra o jeitinho, o individualismo, enfim, somos bons em relações interpessoais. “– Fala com Fulano que ele resolve...”. Aliás, sabemos bem o que (e como) é isso, não? O que é isto – o tráfico de influência em Pindorama? Trânsito *epistemical-fathers* ou, mais sofisticadamente, *expertise due to parental epistemic relations*. Consciente ou inconscientemente, isso atravessa o imaginário (até) dos nossos presidentes. Lula já havia dito, quando presidente, que “*Antes do Ministério Público denunciar, deveria fazer uma análise do currículo da pessoa*”. Que tal? E quem não tem curriculum, presidente? Está lascado?

Já a presidente Dilma acaba de reforçar o nosso lado patrimonialista ao salientar que “*gostaria de maior fundamento para a prisão preventiva de pessoas conhecidas*”. Para contestar a presidente, afirmo que eu gostaria de maior fundamentação para a prisão preventiva também das pessoas ‘não conhecidas’... Enfim, uma melhor fundamentação para todos. Até porque um ‘não conhecido’ (ou alguém sem currículo) sempre leva desvantagem. Sabe como é Pindorama, presidente...!

E por que trago à baila as frases de dois presidentes da República? Porque ali está o retrato de certo imaginário que se forjou no país. E foi incorporado pelo direito.

O DISCURSO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO, EM COIMBRA

Acabei reconfortado com excertos da palestra do min. Marco Aurélio, em Coimbra¹. Ao mesmo tempo em que ele alertava para o fato de que “*o Brasil vive tempos estranhos com a perda de princípios e a inversão de valores em meio às crises econômica, financeira e política*”, Marco Aurélio vai ao âmago do problema, asseverando que “*é preciso que haja proteção à coisa julgada, à previsibilidade da Justiça*”. Bingo! E deixou claro que: “[...] *os julgamentos não podem ser feitos conforme a cabeça do juiz. De bem-intencionados, de salvadores da pátria, o mundo está cheio*”.

54 E o que isso tem a ver com o que escrevi recentemente, em coluna? Tudo. E o que isso tem a ver com as frases de Lula e Dilma? Tudo. Se acreditarmos que o problema da resolução de um caso está centrado na “cabeça do juiz”, no seu “livre convencimento” ou que “para decretação da prisão devemos exigir, em determinados casos, uma ‘maior fundamentação’ quando se tratar de *“pessoas conhecidas”* (sic), então é porque, implícita ou explicitamente, *trabalhamos com certas concepções do realismo jurídico mescladas com grandes doses de subjetivismo*².

Por isso, falei que não concordo com a tese de que os problemas do processo e do ensino do processo estão centrados na decisão judicial. E não concordo com a adoção – mesmo que sob certa vulgata – de excertos do modelo anglo-saxão, de conotação realista. E sabem por quê? É que, por essa perspectiva, os sentidos do direito decorrem e se dão predominantemente... *na decisão judicial*. Aliás, isso explica, por exemplo, o crescimento do direito

1. Em 10 de julho de 2015, a revista eletrônica Consultor Jurídico publicou matéria sobre o assunto (“País vive inversão de valores e perda de princípios, diz ministro Marco Aurélio”), disponibilizando, inclusive, a palestra do ministro, proferida em 7 de julho.

2. Esse *mix* é bem jabuticaba – vejam, por exemplo, a decisão pela qual “O juiz não deve ficar restrito a exames periciais, podendo se basear na situação econômica e nas condições de um cidadão para conceder benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)” (veiculado pelo Consultor Jurídico no dia 09 de julho de 2015 – “Juiz deve considerar contexto social ao conceder benefício do INSS”).

“jurisprudencial” em Pindorama... Consequências disso: um enfraquecimento do papel da doutrina e um desdém pelo ensino de teorias jurídicas, com o crescimento de livros “comentando” resumos de julgados.

Em outras palavras, sou contra a tese de que o bom jurista é aquele que sabe como jogar com as decisões e/ou comportamentos dos juízes. Também não concordo com a tese de que a aplicação do direito é um jogo, e o bom jurista é aquele que sabe jogar bem esse “jogo”³. Bom, isso pode até ser verdade. Mas, se for verdade, tanto no mensalão como na Lava Jato alguns setores da dogmática jurídica não aprenderam bem as regras desse... “jogo”, permitam-me a ironia. Em linguagem ludopédica: parece que no primeiro tempo a dogmática foi derrotada (até a presidente quer mais fundamento para a prisão de *peças conhecidas*...!) e agora tem de ir para o vestiário (ou para a próxima rodada) e mudar o esquema tático. O perigo é a dogmática processual penal ir parar no Z-4 (embora tenha ganhado alguns jogos importantes no campeonato contra E. C. Satyagraha, E. C. Sundown/Banestado e S. E. R. Castelo de Areia). Mas, por que houve uma reviravolta no “jogo”? A dogmática sempre apostou no protagonismo judicial. Só que, ao que parece, agora esse protagonismo vai em sentido contrário do que ela gostaria... Eis o *busilis*. Que falta faz a doutrina, pois não?

55

DE COMO A FALA DO “PROFESSOR” NO VESTIÁRIO NÃO RESOLVE

O que quero dizer é que isso não adianta, ou seja, o “vestiário” não produz grandes alterações, porque o problema é anterior (falo da crise de paradigmas de dupla face). Os jogadores foram, historicamente, treinados em um esquema ultrapassado e se acostumaram a ganhar o jogo cercando a arbitragem, fazendo a linha do impedimento e muita cera (aqui a relação com nosso passado patrimonialista e individualista não é mera coincidência). Ou seja, a dogmática – insistindo na metáfora – esteve (e continua a estar) mais preocupada com o apito do que com a bola (essa é a diferença entre as posturas realistas e a hermenêutica).

3. Aqui não estou polemizando com Alexandre Moraes da Rosa, cuja tese – sobre o direito e a teoria dos jogos – é mais sofisticada do que a transformação do direito em um “jogo de poder” ou algo do tipo “*Games of thrones*”.

Se é que é possível ser mais claro, quero dizer que não consigo conceber que o problema do processo seja visto como um jogo, pelo qual o advogado deve ficar atento até mesmo à roupa que o juiz veste, ao time que torce etc. Pode até ser assim, realisticamente falando. Mas minha teoria da decisão – que vem da matriz hermenêutica – quer mostrar que isso não deve e não pode ser assim. Claro que a jurisprudência é importante. Mas não é ela que dita, sozinha, o que o direito é.

Ademais, se, de fato, o processo for (reduzido a apenas) um jogo (de poder), teremos de confessar o fracasso da doutrina e de tudo o que ela representa em termos de “constrangimentos epistem(ológicos)”. Note-se: não estou desindexando “o processo do poder”. É óbvio que não. Mas exatamente por isso é que uma decisão jurídica precisa encontrar uma conformação mais englobante, que dê legitimidade ao ato de força que o Estado realizará a partir dela. A teoria precisa encontrar uma forma de avaliar as decisões de modo que seja possível dizer quando uma decisão se apresenta melhor que a outra para o caso, no sentido de dar legitimidade ao uso do poder coercitivo pelo Estado.

56 Portanto, todas as formas, variações de posturas e teses que apostam que “o sentido do direito se dá na decisão judicial”⁴ (um retorno a Alf Ross, Olivecrona, Holmes?) não podem ser classificadas como hermenêuticas, por uma razão simples: a hermenêutica é recuperada e alçada a uma dimensão fundante, surgindo como uma terceira via para superar tanto o objetivismo como o subjetivismo (solipsismo em que está assentado o livre convencimento, o “decido conforme minha cabeça” etc.).

É por tais razões que faço minhas críticas às pesquisas que se contentam em examinar como os juízes decidem, como se o modo como eles fazem isso fosse uma fatalidade e restasse, às partes, apenas apreender o modo como “lidar com isso”. Nego-me a aceitar isso. Peremptoriamente. Caso contrário, não precisamos mais da doutrina. E podemos fechar a pós-graduação. Por isso, as minhas críticas àquela pesquisa, para mim, absolutamente descabida, acerca dos juízes de Israel, que, quando sentem fome pela manhã, são mais duros com os réus. Minha proposta – sarcástica – é que lhes seja estendido o benefício dos juízes de Pindorama: o vale-refeição.

4. Não há dúvida de que hoje as teses realistas (ou suas vulgatas) são dominantes no imaginário dos juristas, o que se pode ver pela prevalência do direito tribunalício e pela “absoluta paixão” por enunciados (até mesmos os doutrinadores de processo se reúnem para aprovar enunciados como se estes fossem *holdings* de “precedentes”)

VOLTA O DISCURSO DO MINISTRO

Bom, é aqui que assume relevância, de novo, a conferência do ministro Marco Aurélio, ao dizer, em Coimbra, que *os julgamentos não podem ser feitos conforme a cabeça do juiz*. Binguíssimo! É o que estou tentando pregar nesse deserto pindoramense de há muito. Também prego que o direito necessita ter previsibilidade, tudo, aliás, o que Sua Excelência disse aos conimbricenses há poucos dias.

Portanto, temos de lutar para que tenhamos critérios para decidir, isto é, precisamos de uma teoria da decisão, para que não dependamos justamente... da cabeça dos juízes. Os advogados de todo o país sabem do que estou falando. Simples assim. Debruço-me nisso há anos. Já escrevi mais de cinco mil páginas sobre isso.

Se a fala do ministro Marco Aurélio assume relevância, a minha pode ser resumida assim: precisamos de uma teoria da decisão porque juiz decide por princípios, e não por políticas. Decide em face da lei, e não (alô, presidente Dilma) em face da pessoa (conhecida ou não) que está sendo julgada. E a decisão não pode advir do solipsismo judicial. Ou, o que dá no mesmo: os julgamentos não podem ser feitos conforme a cabeça do juiz.

Ah, mas, então, professor Lenio, como é decidir por princípios? Bom, não tenho muito espaço. Textos longos não são bem recebidos, se me permitem o sarcasmo. Mas, rapidamente, dou um exemplo. Sócrates é tentado por Críton para fugir. Ele não foge... por princípio. Princípio é um “não”. E pode ser um “sim”. Mas não é um “não-à-meia-boca”. E tampouco é um “sim-à-meia-boca”... Isto é, por mais tentadora que seja a situação, *deve-se agir por princípio* (ufa, como já escrevi sobre isso em tantos livros e textos!). Por isso, princípio não é qualquer coisa. Por isso, a “afetividade” não é princípio, mas a ampla defesa, sim. Princípio é deontológico, porque atua a partir do código lícito-ilícito. É por isso que não se pode brincar com os princípios.

Para compreender melhor ainda, vejam a propaganda dos Tubos Tigre. O personagem age por princípio. A concorrência tenta de tudo. E ele diz: “Não”. Bingo! Para quem não entendeu: se a lei e a jurisprudência dizem que, diante de tais e tais requisitos, *o paciente deve ser solto*, por mais tentador que seja deixá-lo preso, o julgador deve decidir por princípio, dizendo NÃO à tentação e SIM à

liberdade! Querem mais exemplos? Acho que não é necessário. Quem quer saber mais sobre princípios e sua diferença em relação às regras recomendo Tubos Tigre-Streck, quer dizer, *Verdade e Consenso*, além do capítulo VI do *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*⁵. Ainda outro exemplo: Um amigo que age por princípio não seduz a namorada do melhor amigo, por mais bonita e tentadora que ela seja. Mesmo que haja uma enorme afetividade... Não trair o amigo é deontológico (normativo); desejo e afetividade são, aqui, políticas. Metaforizando: juiz decide por princípio, e não por política. Do mesmo modo: As frases de Lula e Dilma não são “de princípio”. São “de política”.

Post scriptum

O que eu quis dizer é que, se o ministro Marco Aurélio e eu tivermos razão, não precisamos das concepções realistas e tampouco necessitamos nos preocupar com o almoço do juiz... Fui claro?

O JUIZ SOLTOU OS PRESOS; JÁ KARL MAX DEIXOU DE ESTUDAR E FOI VENDER DROGA

58

Faço aqui uma homenagem à fundamentação do direito, uma ode aos magistrados que fundamentam as decisões de acordo com o direito. Que decidam por princípios, e não por políticas ou opiniões morais.

O EXEMPLO DE SALA: O GENRO QUE MATA O SOGRO E QUER RECEBER SUA MEAÇÃO

Numa aula recente, apresentei um caso para discussão, versando sobre o genro que mata o sogro e depois reivindica, em juízo, a sua meação da herança (parte da herança). No caso concreto, em primeiro grau, o genro venceu a demanda; em apelação, perdeu por maioria de votos. Todos os alunos acertaram qual seria a decisão correta. Mas a maioria acertou apenas de modo intuitivo, teleológico, com raciocínios tipo “não é justo ou correto que ele receba a sua metade...”. Ou seja, “é imoral que receba a meação”. Também perguntei ao

5. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Chico, porteiro da Universidade, que me deu a mesma resposta. Mas a minha pergunta aos alunos foi: qual é a resposta jurídica⁶ para o caso, e não a opinião pessoal sobre o problema. Ou seja, não me venham com chorumelas.

A DECISÃO DO JUIZ PAULISTA

Por que estou contando isso? Para falar da decisão de um juiz de direito da comarca de Franca (SP), que concedeu liberdade provisória para 21 pessoas, acusadas de integrar uma quadrilha de falsificação de agrotóxicos (operação lavoura limpa), sob o argumento – político e moral – de que não há como justificar a manutenção das prisões em um país em que os réus da Lava Jato⁷ estão em casa. De acordo com a decisão publicada dia 12 de maio de 2015,

em um país onde os integrantes de uma organização criminosa que roubou bilhões de reais de uma empresa patrimônio nacional [Petrobras] estão em casa por decisão do STF, não tenho como justificar a manutenção da prisão do réu neste processo, que proporcionalmente causou um mal menor à sociedade, embora também muito grave.⁷

59

Os 21 réus foram presos em dezembro de 2014, a partir de operação deflagrada pela Polícia Civil e pelo MP. A quadrilha vendia agrotóxicos falsificados para sete estados, principalmente nas regiões norte de São Paulo e sul de Minas Gerais, e faturava até R\$ 10 milhões por mês com a venda dos produtos ilegais. Foram centenas de agricultores prejudicados. Em sua decisão, o juiz Wagner Carvalho Lima assinalou que a comarca não tem tornozeleiras eletrônicas à disposição. Por isso, ele impôs que os acusados não poderiam sair da região de Franca.

A OPINIÃO DO PORTEIRO DA UNISINOS SOBRE O CASO DECIDIDO PELO JUIZ

Bingo! Também perguntei para o mesmo porteiro se era justo que os réus da operação lavoura limpa não tivessem tratamento igual aos da Lava

6. Estou examinando com os alunos a obra de Dworkin que trata disso (caso Riggs v. Palmer e a formação dos princípios).

7. Cf.: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-liberdade-21-pessoas.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2016.

Jato, e ele respondeu: “– Ora, professor, não seria justo que os ladrões de agrotóxico, que são peixes menores, ficassem presos...”.

“Só que não, seu Chico”. Eis o problema. O direito tem especificidades. Se uma lei – e o exemplo, ao que lembro, é de Paulo de Barros Carvalho – diz que três pessoas disputarão uma cadeira no Senado, nenhum jurista pensará que haverá uma peleia pelo móvel de uma das Casas do Parlamento. Mas talvez o marceneiro, sim. Por isso é que as respostas de um e de outro devem ser diferentes. Por vezes até “fecham”. Por vias tortas, um relógio estragado também acerta a hora duas vezes por dia.

O QUE É, AFINAL, DECIDIR?

Decisões judiciais não são teleológicas. E não são frutos de escolha, como tenho dito à saciedade em várias colunas e livros (em especial, *Verdade e Consenso*). Juiz deve decidir por princípios e segundo o Direito. E o Direito não é moral, não é sociologia, não é opinião pessoal e tampouco é o que o Chico-porteiro pensa. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o direito está posto, não podem vir a corrigi-lo.

Indo no ponto: A indignação pessoal do magistrado não é “razão de decidir”. Seu protesto não pode virar uma impostura e conspurcar o direito. *Decidir é um dever, e não uma opção ou escolha*: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões, como diz Dworkin em seu *Taking Rights Seriously*.

Dito de outro modo: pode até estar correta a soltura dos réus da operação lavoura limpa. Assim como o porteiro está certo em falar do caso do genro e da necessidade da soltura dos réus. O problema é que o juiz não poderia ter decidido como decidiu. A sociedade quer saber o que o Direito (conforme o conceito mencionado acima) tem a responder nesse caso. Isso se chama de res-

ponsabilidade política do juiz e o seu dever de prestação de contas (*accountability*). Simples. Não pagamos o bom salário de sua excelência para fazer juízos de valor sobre os erros ou acertos do STF ou do parlamento da República. Juiz fala nos autos do processo, como dizia o grande Paulo Brossard.

Claro: se você quer saber o significado de um significante, “pergunte por aí”, não é mesmo? Tudo muito simples, não fosse o Direito um empreendimento (extrema e justificadamente) complexo. Fosse trabalho do jurista confirmar os preconceitos da sociedade, do *homem médio* (essa figura metafísica que, ainda hoje!, habita boa parte da resumística e manualística em Pindorama), para que precisaríamos de uma Constituição? De uma carta de direitos? De códigos legais?

Sempre que me deparo com decisões como esta, fico num dilema. Uma mistura de tédio, preguiça e melancolia enfrentam um “sentimento de dever”, por assim dizer. Volto à carga para explicar o óbvio: decisões jurídicas corretas têm de ser universalizáveis, sob pena de contrariarem o fundamento da democracia – a igualdade! Ou abro um bom vinho? Que tal fazer os dois? Vamos lá.

NUMA PALAVRA FINAL

Volto a Dworkin: você pode chegar à resposta adequada à Constituição a respeito de questões políticas e morais controvertidas, como as cotas em universidades, por exemplo, através de um programa televisivo parcial, ou mesmo jogando uma moeda para cima. Você pode, mas será um irresponsável moral se o fizer. Não há valor em acertar por acaso.

Por isso, retomo aqui um conceito no qual venho insistindo em minhas colunas e livros: a *responsabilidade política dos juízes*. Quando se cobra do julgador o dever de fundamentar suas decisões, de argumentar com princípios, de responder aos argumentos das partes, de ser coerente etc., não se está propriamente oferecendo a garantia de que suas decisões serão, percorrido este caminho, juridicamente corretas. Não se trata de uma obrigação de *resultado*, mas de *meio*⁸: agir responsabilmente em busca da resposta correta tem um valor em si.

8. Isso está, também, no *Levando o Direito a sério*, de Francisco José Borges Motta. Esse conceito de *epistemologia da responsabilidade* é amplamente estruturado por Dworkin em seu *Justice for Hedgehogs*. Ver também do mesmo Motta, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica* – no prelo.

De novo: sei lá eu se o juiz da operação lavoura limpa acertou ou errou ao conceder a liberdade aos 21 imputados. Como disse, é provável que sim. Agora, o que posso dizer a vocês (na verdade, devo dizer a vocês — mesmo que uma parcela não goste que eu escreva coisas sofisticadas, porque preferem o mundo do senso comum dos livros resumidinhos, fofinhos e mastigadinhos) é que uma decisão como esta não honra o caráter democrático com que o Direito deve estar comprometido em Estados Constitucionais. A decisão não é legítima, porque não é amparada em argumentos de princípio. Não é universalizável, porque não posso simplesmente fazer um *bypass* no Direito Penal-Processual Penal por conta da (absolutamente constrangedora e, até, criminosa) situação carcerária do país. E, registre-se, nem o juiz deve ter compromissos com os erros institucionais do passado, não é disso que trata o dever de coerência e integridade. Desde quando dois erros fazem um acerto (Ah, mas se o Supremo soltou os caras da Lava Jato, então *anything goes*)?

62 Ao fazer o que faço, lembro-me de Sísifo. A diferença é que não fui condenado a rolar a pedra pela montanha: eu a rolo porque acredito no que faço. Faz escuro, mas...eu canto, dizia o poeta.

CADA UM PEDIU UMA REPÚBLICA SÓ SUA; E O ADVOGADO, SÓ UM CAFEZINHO! FELIZ!

No livro *Raízes do Brasil*, escrito na década de 1930, Sérgio Buarque de Holanda faz uma leitura original da tragédia *Antígona*, de Sófocles, apresentando Creonte como defensor dos interesses da comunidade política em oposição aos interesses familiares de Antígona. Nesse sentido, os dois personagens principais da tragédia apresentaram conceitos opostos de *nomos* (norma, lei). Enquanto Antígona sobrepôs o interesse familiar às leis da pólis, Creonte evocou os valores públicos da comunidade política em oposição aos interesses privatistas e afirmou que, se qualquer um tiver mais consideração por um de seus amigos que pela pátria, esse homem eu desprezarei. Assim, para o autor de *Raízes do Brasil*, Creonte encarna a noção abstrata, impessoal da pólis. Ou seja, Creonte nos ensina a importância do fortalecimento das instituições públicas para a formação e preservação de um regime democrático, com um

Estado despersonalizado. Digamos assim: fosse juiz, Creonte decidiria por princípio e não seria ativista.

Concordo com essa leitura não ortodoxa de Holanda. Eu mesmo – confesso – fazia a leitura mais “fofinha” de Antígona. Penso que ela era pamprincipologista. Boas razões – pessoais-subjetivas; entretanto, sem boas razões públicas. Por que penso assim? Talvez a realidade de *terrae brasiliis* tenha me jogado nos braços da tese creontina. Depois de tanta falcatrua, de tanto corporativismo, de tantas demonstrações de poder dos estamentos “d’arepública”⁹, penso que temos de reler a tragédia grega, examinando melhor as posições pessoais-individuais de Antígona e as posições republicanas de Creonte, que visavam a preservar o direito da pólis. O que diria Creonte do empréstimo do BB à socialite paulista que comprou um Porsche em nome da empresa dela? Segundo consta, o Banco do Brasil (será mesmo?) se nega a comentar o fato... Ah, a pólis. Essa pólis (que é nome de uma empresa do marqueteiro J. Santana, que “internou” há pouco alguns milhões de Angola). Tantos segredos de... póli(s) chinelo!

Assim, devemos examinar a relação público/privado (contratos sempre com um plus corruptivo, obras mal feitas, práticas estrativistas-sugando-a-viúva etc.). Mas também devemos olhar, desse modo, a partir dos comportamentos de Antígona e Creonte, o nosso ativismo judicial que tomou conta de nossa terra e de nossa gente. Explico. Estamos criando cidadãos de segunda classe, que não mais reivindicam seus direitos no plano da cotidianidade das práticas civis, transferindo tudo para o Judiciário. Cachorro latiu? Façamos um BO. TV a cabo nos cobra um ponto a mais? Em vez de acamparmos na frente da Sky/Net ou tomarmos medidas de desobediência civil ou até mesmo buscar o PROCON, corremos até a Defensoria Pública. As crianças de uma escola do interior estão sem transporte? Simples. Em vez de votarmos melhor ou pressionarmos o vereador ou o prefeito, corremos ao Ministério Público, que proporá uma ação judicial pedindo liminar. Por vezes, MP e DP disputarão essa primazia ativizante. E assim por diante. Colonizamos o mundo da vida, como tenho dito em parafraseio de Habermas.

Como há coisas que só tem aqui em *terrae jabuticabae*. Aqui as corporações podem ingressar com ADI e ADPF. Vivemos uma espécie de neomedioevo.

9. O estagiário levanta a placa para dizer: arepública tudo junto quer dizer não só “da República”, mas, fundamentalmente, d’a-republica (no sentido de ausência de República).

E, aos poucos, as instituições também se transformam em corporações. É uma fagocitose proto-institucional. Todas têm ou querem ter autonomia funcional e financeira. *Accountability*? Para que, se todos são independentes? O Estado é meu pastor...! Independência equivale à... soberania. É como as universidades, que pensam que possuem território soberano. Em breve o chefe do Executivo terá que nomear embaixador junto ao Judiciário, ao MP, à DP, a Polícia Federal, ao Tribunal de Contas... Afinal, são outros “estados-dentro-do-estado”.

Isso explica porque falta Creonte em Pindorama. Assim como falta Sócrates, que resiste às tentações de Críton para fugir. Diz Sócrates: não posso fugir. Não posso desrespeitar as leis da pólis. Mesmo que isso me custe a vida. Nessa sanha ativista e judicialista, pensa-se que resolvendo um problema *ad hoc* se estará fazendo justiça. Para quem, pergunto? A cada decisão, o juiz deveria perguntar: “– Trata-se de um direito fundamental? Está em risco extremo”? Se sim, então vem uma segunda pergunta: “– Posso universalizar a conduta”? Não? Então começou a complicar...

64 Não vou falar, aqui, do conceito de decisão e de que como se pode (deve) construí-la. O capítulo sexto do meu *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* vai a fundo nessa questão. Apenas quero dizer que, se continuarmos a pensar em resolver problemas *ad hoc* (pensarmos somente no nosso umbigo), fragilizaremos (mais ainda) o direito da pólis. O juiz pode até achar justo que uma criança deva ter dois pais afetivos ao lado do pai natural. Ou duas ou três mães. Mas, quais os efeitos colaterais dessa decisão? Nas universidades públicas, se João não gosta de seu nome, pode exigir ser chamado de Joana ou Julião. Em nome de quê? Ainda: O juiz pode até achar que a amante-concubina-adulterina merece a metade da herança... E pode até pensar que é justo que se conceda prorrogação no prazo de auxílio maternidade para determinada mãe. Mas, por favor, por que ele não se pergunta: “– Posso estender esse direito a todas as mães em igual situação”? Não? “– Céus. Então não posso conceder para essa”. Além disso, em todas as decisões, deveria o juiz perguntar (e o Promotor e o Defensor *idem*): “– Posso transferir recursos das pessoas que estão em situação idêntica – e das demais – para fazer a felicidade de uma em particular ou de um pequeno grupo”? “– Em nome da liberdade, posso conspurcar a igualdade”? “– Se alguém quer dormir no

sábado à tarde por questões de crença, posso interromper as atividades do bairro para trazer tranquilidade para aqueles”? – Se no carnaval, um grupo de pessoas quer receber gratuitamente KY, a pergunta que deve ser feita é: “– Os outros pindoramenses que não vão ao carnaval devem pagar a conta”? “– Eles não têm, por igualdade de tratamento, direito ao recebimento do creme benfazejo”?¹⁰ Antígona versus Creonte.

UMA ANEDOTA PARA ALIVIAR A TENSÃO E QUE TEM A VER-COM-TUDO-ISSO

Depois de um almoço pago pelas associações de classe de cada comensal (menos de um, como verão), saem do restaurante um magistrado, um membro do MP, um defensor público, um delegado federal, um conselheiro de TC, um procurador federal e... um advogado. Eis que, de um chute em uma garrafa, exsurge um gênio, que concede um desejo para cada um. O juiz, é claro, foi o primeiro a pedir: “– Quero uma república só de juízes”. Instantaneamente, foi atendido. O membro do MP pediu uma república só de promotores e procuradores e assim por diante, até chegar a vez do advogado público, que pediu uma república... só de advogados públicos dos mais variados. E o advogado – privado – ficou ali, solito, com seu terno surradinho (ele, que teve que pagar o seu próprio almoço). E o gênio lhe perguntou: “– Então, doutor, o que vai pedir?” E o causídico respondeu: “– Não quero nada. Apenas um cafezinho”.¹¹

65

RAZÃO CÍNICA: O LIVRE CONVENCIMENTO QUE AFAGA É O MESMO QUE APEDREJA!

DUAS CENAS DE UMA PEÇA

A dona de uma bodega (bolicho) se felicita pela prosperidade de seu negócio no meio da guerra. Ela também ganha dinheiro nessa guerra injusta e criminosa transportando bombas de uma base militar à outra. O nome dela

10. Havia uma máxima na Alemanha, naqueles tempos, que diz: é direito tudo aquilo que beneficia o povo... Pois é. Leia o livro *Furchtbare Juristen* (Os juristas do horror), de Ingo Müller. Ele explica como as consequências sempre vem depois...

11. O estagiário levanta a placa: “a piada é autoexplicativa. Em 30 segundos ele se autodestruirá”!

é *Mãe Coragem*. Ela contempla a miséria em que a guerra transforma a tudo e a todos. Perdem-se os filhos nessa guerra. Perde-se tudo. Porém ela repete: a guerra não é todo um mal e, ademais, é meu meio de vida.

Outra cena: no começo da oitava parte de *Madre Coraje*, um jovem camponês chega a um acampamento de guerra com sua mãe para vender cobertores. É o décimo quarto ano da guerra. Vender cobertores já é algo habitual. É o seu único meio de sobrevivência. A mãe olha para o saco de cobertores. Seu filho baixa do ombro o saco. Que fará e o que dirá seu filho quando souber que foi firmado um tratado de paz e agora não mais venderá cobertores? Como vão sobreviver?

Eis duas passagens da peça de Brecht, *Mutter Courage und ihre Kinder* (*Mãe Coragem e seus filhos*). Das duas podemos retirar lições e fazer leituras de nossa situação. Eis a guerra “do insaciável apetite por cargos”, tão bem descrita por Valdo Cruz na *Folha de S.Paulo*. (CRUZ, 2015). Para aprovar o ajuste fiscal, vale tudo (no direito, já fizeram um ajuste epistêmico de há muito! – basta ver os livros que estão sendo usados nas faculdades e o nível das publicações). Vender e comprar cobertores. E levar bombas de uma base à outra. “Cerca de 200 cargos – 50 federais e 150 estaduais – estarão sendo distribuídos nos próximos dias, num ritmo nunca visto na história do governo Dilma. Entre eles, de 15 a 20 de diretorias de agências reguladoras”. Bingo!

Eis também a guerra do e no direito e da dogmática jurídica que o instrumentaliza. Contemplamos a miséria que é a aplicação do direito na cotidianidade. Brecht usava as peças para mostrar a alienação. Para ele, os personagens não sabiam que não sabiam. Pois, olhando para as nossas práticas cotidianas, tenho dúvida de que não sabemos que não sabemos. Há um caminho do meio. Um misto entre alienação e razão cínica. O problema é que não sabemos quem é quem nessa “guerra”.

Em um determinado nível, parece haver uma razão cínica. Peter Sloterdijk, no livro *Crítica da Razão Cínica*, pega a frase de Marx, pelo qual esse dizia *Sie wissen das nicht, aber sie tun es* (eles não sabem o que fazem, mas fazem mesmo assim), numa crítica ao pensamento da burguesia de então. Sloterdijk inverte a frase para tratar de sua crítica da razão cínica, para dizer: *eles sabem o que fazem e continuam a fazer do mesmo modo*. Ele trata o cinismo em duas partes. Primeiro o *kynismos*, que era visto como uma crítica

e depois mudou de sentido, ou seja, de uma força crítica passa, aos poucos, a assumir a “lógica dos senhores”, a lógica da dominação e da justificação dessa dominação. Como bem diz Rodrigo Petrônio, a dinâmica ambivalente entre *kynismos*-cinismo apaga as fronteiras entre liberdade e domesticação. E essa última palavra parece ser fulcral para analisarmos o estado de arte do direito de *terrae brasilis*. A partir do que diz Sloterdijk, cabe a pergunta: até que ponto estamos a tratar de um senso comum multiplicador de um dado imaginário ou estamos diante de uma certa razão cínica (*zynischen Vernunft*) que tomou conta do ensino jurídico, da doutrina e da aplicação *stricto sensu* do direito?

Nessa interpretação das coisas, penso que estamos mergulhados mesmo em uma razão cínica, pela qual sabemos de tudo o que acontece, sabemos que está errado e fazemos assim mesmo. Sabemos que há um *déficit* de democracia quando deixamos um poder discricionário ou um poder “produto de livre convencimento” para o Judiciário (em Pindorama isso acaba sendo a mesma coisa). Há até quem, na doutrina jurídica, cinicamente diz que a “simples” retirada da expressão “livre convencimento” em nada alterará o “livre convencimento”. Isso: continuemos a vender cobertores aos combatentes. E transportando bombas de um campo a outro. Afinal, todos vivemos disso, certo?

67

O episódio de São Paulo relatado na coluna Diário de Classe marcou profundamente. Ele é o simbólico de um imaginário prevalente em uma república decadente. E de uma classe – a dos advogados – abandonada a sua própria sorte, fazendo o papel de mero coadjuvante no espetáculo em que se transformou a justiça. Sabemos que isso se repete cotidianamente. Sabemos que as alegações finais não serão lidas. E sabemos que, mesmo a juíza e o Tribunal de São Paulo fazendo tudo o que (não) fez – ainda assim parecerão milhares de torcedores para dizer que “isso é assim mesmo” (e que, afinal, ela tem livre convencimento...!). Guerra é guerra, diria o torturado(r). Sabemos que o direito é refém de um imaginário solipsista (*Selbstsüchtiger*, i.é, viciado em si mesmo), em que cada um pensa e diz o que quer e a decisão acaba sendo o resultado de uma loteria. Mas, dizemos, intimamente: “– isso tudo não é todo mal; e, ademais, é o nosso meio de vida...”. Como a dona da bodega. Eis a fórmula que justifica a razão cínica.

Do mesmo modo: o que faremos quando soubermos que foi “firmado um tratado de paz”? O que faremos quando não mais poderemos vender cobertores nessa guerra? Um dia a guerra terá fim. A raposa vai ao moinho e perde o focinho, diz a fábula. Mas vamos empurrando com a barriga a crise do direito (do mesmo modo como o governo empurra com a barriga a crise econômica e social).

Puxadinhos e gambiarras: eis os elementos “hermenêuticos” para a “superação” das crises que nos assolam. Um dos sintomas disso é a PEC da Bengala. Uma grande atrapalhada jurídica. Misturaram alhos e bugalhos. Luis Alberto dos Santos desnuda a PEC. A gambiarra colocada de forma antirregimental que trata das “condições do artigo 52” é digna de uma comédia do Monty Python (algo como *A vida de Brian*). Quer dizer que se faz uma emenda para estender a permanência dos ministros do STF e congêneres e, ao mesmo tempo, coloca-se uma cláusula de “reconfirmação”? Como assim? Por que ninguém no mundo pensou em algo tão genial? Isso é tão inconstitucional que o porteiro do Supremo Tribunal despacha a liminar para não incomodar o ministro.

68

Vender cobertores na guerra é modo de sobrevivência. Por isso é que, nesta pós-modernidade midiática em que não há mais fatos e, sim, somente interpretações, ninguém se surpreende – mais do que no período entre 24 e 48 horas – com uma sucessão de acontecimentos. E tudo fica escondido atrás da próxima notícia. É como na CONJUR. Saiu da capa e, puff, sumiu. Já não se fala do assunto. As redes sociais são assim. Testem o seu *feicibuk*. A foto de hoje é o esquecimento de amanhã. Já notaram como uma notícia raríssima volta a ter destaque? É a pós-modernidade. Lê-se apenas o que vem daqui para frente. Bom, diriam, isso não é todo mal. Afinal, todos temos de vender cobertores.

Assim, as coisas somem e raramente retornam. Logo, mas logo mesmo, esqueceremos que o Procurador-Geral da República propôs projeto para relativizar a proibição de prova ilícita; que os juízes federais Moro e Bochenek escreveram um artigo no maior jornal do país dizendo que o problema do combate à impunidade é o processo penal, propondo relativizar o direito recursal; que a doutrina pindoramense aceitou passivamente a LINDB – uma lei com nome de chocolate, que apenas demonstra o fracasso da teoria do

direito de um país de terceiro mundo (na verdade, já ninguém fala disso); que a doutrina e a juris(sem)prudência sepultaram a clareza do artigo 212 do CPP que estabelecia o acusatório no sistema processual penal (e que eu fui chamado de positivista porque queria apenas que se cumprisse “a letra clara da lei”); que o Tribunal de Justiça do Maranhão concedeu metade da herança à concubina adúltera com base no “princípio da afetividade” (ou algo dessa espécie pan-principiologista); que uma juíza da Bahia, em processo eleitoral, cassou um prefeito dizendo: não há provas, mas eu testemunhei os fatos (com base em artigo da Lei Eleitoral que autoriza julgar por “presunções” – uma jabuticaba típica terceiro-mundista); já ninguém mais fala que na Operação Lava Jato, um dos réus, diretor de empresa, é defendido por Defensor Público; em Minas Gerais, em um júri, o promotor pediu a absolvição, e o assistente da acusação pediu a condenação; que inventaram os princípios (sic) da colloquialidade e da simplicidade (e mais 65 “princípios” desse jaez); que nos 27 tribunais dos estados da federação existem órgãos fracionários que utilizam a inversão do ônus da prova para condenar autores de furto, estelionato e tráfico de drogas; que o Ministério Público em segundo grau não se importa se, no primeiro grau, seu colega ditou as alegações finais e o juiz já veio com a sentença pronta sem ler as respectivas peças (e o Tribunal de Justiça fez o mesmo); que pouco cita-se fontes ou originalidade de ideias em Pindorama: só quem cita fonte mesmo é água mineral.

AUTONOMIA DO JUDICIÁRIO *VERSUS* PRETORIANISMO JURÍDICO-MIDIÁTICO

LEONARDO AVRITZER

A nossa democratização concedeu, através do novo desenho constitucional de 1988, ampla autonomia ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Esta foi uma das reivindicações históricas da sociedade civil brasileira que se consolidou na carta constitucional. (ARANTES, 1999). O Judiciário conseguiu superar a sua trajetória de poder amplamente subordinado ao Executivo. Esta trajetória remonta a 1891, quando ele não foi capaz de desafiar Floriano Peixoto e se aprofundou no período Vargas, quando ele não se pronunciou acerca das graves violações da liberdade sindical e autonomia social após a promulgação da Constituição de 1934. Ela continuou intocada em 1964, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) não se pronunciou sobre a declaração de vacância do cargo de presidente. Todos estes *déficits* foram sanados em 1988.

71

O *déficit* da autonomia foi sanado, particularmente pelo reforço do controle concentrado de constitucionalidade, inscrito nos artigos 102 e 103 da Constituição, o que permitiu que o Judiciário passasse a exercer mais amplamente as suas prerrogativas, tal como o sistema de pesos e contrapesos exige. Ao mesmo tempo, o Ministério Público, por meio do artigo 127 que inicialmente ampliou sua atuação no campo dos direitos difusos e coletivos, avança, hodiernamente, no combate à corrupção.

Esses elementos permitiram que paulatinamente a autonomia das instituições do Poder Judiciário fosse sendo construídas. Alguns momentos chave

valem a pena ser mencionados: em primeiro lugar, os momentos em que o STF assumiu algumas prerrogativas do Congresso Nacional e fortaleceu sua posição no sistema de divisão de poderes instaurados no Brasil. Esse foi o caso da votação da cláusula de barreira e da fidelidade partidária. O STF se fortaleceu também com a mudança de postura em relação ao foro privilegiado para membros do sistema político, que levou ao julgamento da Ação Penal 470. Por fim, o Ministério Público e a Polícia Federal se fortaleceram com as diferentes ações integradas de combate à corrupção. Ao final de todo esse processo, podemos afirmar com segurança que existe uma autonomia das assim chamadas instituições de controle no país. Mas essa autonomia pode estar se transformando em uma tentativa de adquirir uma superioridade em relação às instituições formadas pela soberania popular, contrariando os preceitos madsonianos de divisão dos poderes. (HAMILTON et al,1961).¹ A maneira como a corrupção está sendo combatida pelo Ministério Público e pelo Judiciário, em especial, pelo juiz Sérgio Moro da 13ª Vara da Justiça Federal abrem a possibilidade da passagem da autonomia concedida pelo Estado de direito para o pretorianismo jurídico, um conceito que adapto a partir da obra de Huntington. Permitam-me analisar a Lava Jato sob esta perspectiva.

A divisão da Lava Jato em fases, realizada pela própria Procuradoria-Geral da República e pelo juiz Moro, nos permite diferenciar as fases em que ela de fato mirou o combate à corrupção institucionalizada, das fases – em especial a que começou na última semana do segundo turno das eleições de 2014 – nas quais ela se converteu em uma operação política com vistas a reorganizar o jogo político eleitoral no Brasil. A primeira fase pode ser considerada um avanço na investigação e no combate à corrupção, na qual atores ligados à corrupção sistêmica na Petrobras foram descobertos e os procedimentos jurídicos cabíveis adotados, através de uma inovação que poderia ser considerada produtiva: a delação premiada.

Cabem aqui algumas considerações sobre a delação premiada. Ela é absolutamente produtiva quando transfere a culpa para os níveis superiores, mas ela fere o Estado de Direito se um processo é baseado apenas em dela-

1. Vale a pena observar aqui que o princípio federalista é que nenhum poder tente usurpar um poder ou prerrogativa do outro.

ções. Vinte e oito pessoas realizaram, até agora, acordo de delação na Lava Jato; um volume considerado excessivo por um dos ministros do STF. As delações realizadas na primeira fase da Lava Jato, no entanto, parecem ter tido um papel positivo. Ativos foram recuperados e a culpa foi estabelecida com a descoberta de recursos vultosos em contas no exterior de diversos envolvidos no esquema. Ainda assim, cabem fortes dúvidas sobre a legalidade dos procedimentos que levaram à delação premiada. Em seu depoimento, durante a sabatina para a sua confirmação no cargo pelo Senado, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot argumentou que as delações premiadas de pessoas com a prisão preventiva decretada eram uma minoria no caso da Operação Lava Jato. No entanto, a *Folha de S.Paulo* mostrou que as principais delações foram conseguidas em média depois de 90 dias de prisão preventiva. Assim, cabe sim uma crítica ao modo como a Lava Jato coagiu presos para conseguir delações premiadas.

Independentemente dos resultados dessa discussão, que provavelmente terá de ser debatida pelos historiadores, encerrada essa primeira fase, que conseguiu produzir bons resultados, seja no que diz respeito à revelação da operação de corrupção dentro da Petrobras, seja no que toca à recuperação inédita de ativos da empresa, iniciou-se uma segunda fase, de conteúdo eminentemente político, que coincidiu com a campanha eleitoral de 2014.

A segunda fase da Operação Lava Jato não tem os seus detalhes conhecidos pela opinião pública. É possível perceber, contudo, que a operação foi politizada com vistas a influenciar o processo eleitoral através de vazamentos seletivos sobre a eventual participação da presidente e do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no esquema de corrupção. Vale a pena relatar detalhadamente essas informações: no caso da revista *Veja*, reportagem com destaque de capa sobre o envolvimento de Lula na Lava Jato foram publicadas nos dias 24/10; 13/11 de 2014 e 31/01 de 2015. Mas o destaque real coube à famosa capa do final de semana do segundo turno, no qual foi noticiada um suposto vazamento de uma delação premiada. É importante ressaltar que especialmente no que diz respeito à capa do final de semana da eleição, a reportagem alegou o vazamento de uma delação que se comprovou falsa. Esse ato, nunca investigado a contento, constituiu talvez o mais grave crime cometido con-

tra a democracia brasileira desde 1985. A clara participação de um órgão de imprensa, que acabou obrigado a oferecer o direito de resposta, não motivou, contudo, qualquer reação do Poder Executivo e, tampouco, do Poder Judiciário. No caso do juiz Moro, impressiona que ele não tenha feito qualquer esforço em desmentir a notícia, que ele sabia ser falsa, e teve forte impacto eleitoral. A Polícia Federal abriu inquérito sobre a delação e o seu vazamento mas, mais uma vez, o inquérito foi a comprovação da seletividade das instituições do sistema de justiça em relação ao episódio. Apenas jornalistas foram chamados, e uma vez alegado o sigilo de fonte, nenhum esforço foi feito para apurar o vazamento que, diga-se de passagem, não foi o primeiro, restando desconhecida a origem do vazamento. Isso indica o nível de politização do Poder Judiciário, em especial da Vara da Justiça Federal em Curitiba, presidida por Moro, que consolidou seu poder com o evento e passou a exercê-lo de forma abertamente política em 2015, no que podemos chamar de terceira fase da Operação Lava Jato.

74 A terceira fase iniciou-se em 2015 com objetivos claramente políticos. O primeiro desses atos foi a prisão do tesoureiro do Partido dos Trabalhadores (PT), João Vacari, com poucas evidências, não ligadas a delações e com fortes elementos de chantagem envolvendo seus familiares. Em seguida, houve a prisão do ex-ministro José Dirceu na segunda-feira, dia 1º de agosto, que também contou com a prisão de familiares, além da prisão de Marcelo Odebrecht em junho, também realizada a partir de provas precárias. Vale a pena mais uma vez narrar os elementos de politização do Judiciário envolvido em cada uma dessas prisões.

No caso da prisão de João Vacari, ficou bastante clara a intenção midiática de realizar a prisão naquele momento. Vacari foi preso no dia 14 de abril, dois dias antes da segunda manifestação pelo *impeachment* da presidenta, convocada pelo “Vem para a Rua” e “Movimento Brasil Livre”. Pelo seu aspecto midiático, inclusive com a utilização desnecessária de algemas, em contradição com decisão anterior do STF, o objetivo da prisão era reforçar o movimento pelo *impeachment* e a indignação pública. Também fica claro pelo próprio pronunciamento do juiz Moro nos autos a imposição ao Judiciário de uma concepção de prisão preventiva alheia à tradição do direito brasileiro. Diz Moro,

Identificadas provas, em cognição sumária, de que determinado indivíduo, dentro ou fora de agremiação partidária, exercendo ou não cargo público, praticou crimes graves, a lei exige que se extraiam as consequências pertinentes, sem considerações de outra ordem.

Assim, vemos algumas concepções se fortalecendo na terceira fase da Lava Jato: a primeira delas é a consolidação de uma concepção de prisão preventiva que não pertence ao direito brasileiro e que tem como objetivo a exposição midiática. O segundo é a prisão frágil de membros da família do acusado de modo a propiciar o enfraquecimento do acusado e forçá-lo à delação premiada. No caso da prisão de Vacari, foram exploradas suas relações com a cunhada, uma militante da Central Única dos Trabalhadores (CUT), que chegou a ser presa por engano. O fato absurdo de a prisão preventiva ser decretada sem nenhuma cautela, não chegou a ter fortes repercussões midiáticas, uma vez mais apontando para os problemas decorrentes da relação entre mídia e Poder Judiciário.

A segunda prisão espetacular da fase da partidarização/politização da Lava Jato foi a prisão de Marcelo Odebrecht. Essa talvez tenha sido a mais espetacular entre as prisões da Lava Jato. Mais uma vez, estiveram presentes todos os elementos da nova concepção de Poder Judiciário que Moro defende: a espetacularidade e o julgamento midiático. Enfrentando um ator com forte capacidade de defesa, devido ao poder econômico do grupo, expresso já naquele fim de semana com notas nos principais jornais do país, Moro usou das mais diferentes prerrogativas. Vazou documentos particulares do preso para a imprensa todo o tempo e se preocupou mais na construção midiática da culpa do que na construção legal, supondo que se a culpa estivesse bem fundamentada na imprensa, ela se manteria no nível do Poder Judiciário. Esse foi o objetivo do vazamento para a imprensa de bilhetes ou comunicados presentes na relação entre Odebrecht e seus advogados, o que mais uma vez contrariou quase todos os cânones do sigilo na relação entre réu e advogado existentes no país. Mais uma vez fica claro o método utilizado por Moro: ao invés de permitir que o sistema jurídico comprove a culpa ou a inocência de Marcelo Odebrecht, para além da dúvida razoável, ele instaura um processo

de vazamentos para a imprensa que se torna o local fundamental de formação da opinião sobre a culpabilidade do réu. Ao fazê-lo, ele sustenta a sua decisão nas Cortes superiores ou sustentava até a decisão sobre o fatiamento da Lava Jato pelo STF no dia 22 de setembro de 2015.

O caso de José Dirceu foi aquele em que Moro foi mais longe, preocupado talvez com a sustentabilidade do julgamento dos políticos envolvidos na Lava Jato. Novamente, existem não apenas fortes dúvidas jurídicas sobre a legalidade da prisão do ex-ministro² e principalmente sobre o deslocamento dele para Curitiba. Mais uma vez, os motivos da prisão e do deslocamento são claros: no que diz respeito à prisão, se justifica pela necessidade de elaborar uma narrativa da culpa. Assim, foi possível ler nos relatos vazados à imprensa, nos dias seguintes, a tese da continuidade entre o “mensalão” e o “petrolão”. Nesse caso, poderia se argumentar sobre chefia ainda que com as fortes inconsistências do argumento, entre elas o fato de José Dirceu ter permanecido preso por uma boa parte do período, o que suporia provar no mínimo que ele se comunicou com os parceiros durante sua detenção. Há também o fato de Paulo Roberto Costa ter auferido ganhos muito superiores aos do ex-ministro, que aparenta ser alguém completamente marginal no escândalo do “petrolão”, ainda que existam provas de que ele usufruiu do esquema. A segunda justificativa no caso de José Dirceu é tentar forçar uma delação que atingisse os altos escalões do PT, leia-se, Dilma e Lula. Esse foi o motivo da prisão do irmão e do vazamento pela força tarefa da Lava Jato: testar se não havia uma vulnerabilidade pelo lado familiar que poderia ser explorada.

Alguns elementos evidentes de pretorianismo jurídico/policial e de des-institucionalização podem ser vistos na entrevista coletiva de agentes da Polícia Federal e do Ministério Público, que se seguiu à prisão. Vale a pena dizer que a Polícia Federal tem uma estratégia midiática bastante clara para as suas operações. Elas começam com um comunicado bastante genérico à imprensa durante a madrugada, continuam com uma especificação da identidade dos presos durante a manhã e a força tarefa dá uma entrevista coletiva à tarde. Foi

2. Diversos juristas se pronunciaram pela ilegalidade da transferência de Dirceu para Curitiba já que este estava preso em um processo ligado a instância máxima da justiça brasileira o STF. Foi pedida a autorização do juiz responsável pelo caso para que a transferência fosse realizada, mas não é claro se cabia a ele ou a juiz encarregado da execução penal.

esse o procedimento adotado também no caso de José Dirceu. Aí se evidencia a des-institucionalização e a mediação da PF e das instituições de sistema de justiça. Não me parece procedimento padrão que o delegado encarregado da investigação fale em nome da instituição, a não ser que ele se limite a informações sobre a operação, o que não foi o caso. No caso da prisão do ex-ministro José Dirceu, a entrevista coletiva se transformou em um grande evento midiático. Façamos algumas observações sobre a entrevista:

(1) A própria participação de policiais federais, sem cargo de chefia ou função vinculada à divulgação pública da instituição, expressa o que podemos chamar de des-institucionalização, apesar de ser uma prática corriqueira especialmente se ela envolve interpretação sobre culpabilidade. No caso do procurador da República Carlos Fernando dos Santos Lima, que participou da entrevista sobre a prisão de José Dirceu, ele afirmou logo em seguida não ter dúvida de que todos os casos repetem o mensalão e que “todos se originaram na Casa Civil do governo Lula”. (*Carta Capital*, 21/09/2015). O importante é que não são investigadas as dúvidas que precisam ser sanadas para de fato corroborar essa tese, que exige mostrar como José Dirceu comandou o esquema de dentro da Penitenciária da Papuda. Elas se transformam em teses para serem repetidas pelo complexo midiático. Assim, podemos ver que as instituições param de funcionar e pessoas no seu interior passam a assumir papéis que politizam e partidariam aquelas instituições nas hipóteses defendidas por eles ou nas pistas que eles não investigam, como é o caso da Lista de Furnas. Os delegados que participam da Lava Jato já não devem obediência a ninguém na estrutura de poder da Polícia Federal, que, como bem afirmou o seu diretor em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo*, tampouco devem obediência ao ministro da Justiça. Aqui temos, claramente, o primeiro risco de passagem da autonomia judicial constitucionalmente estabelecida para um pretorianismo jurídico/policial.

(2) Em segundo lugar, durante a entrevista são claramente violados os direitos dos presos, as provas coletadas são transformadas de indícios em verdades antes do devido processo legal. No caso da entrevista coletiva, após a prisão de José Dirceu, houve uma mudança na interpretação da própria Lava Jato, feita por um procurador da República e alguns policiais federais. Não se

tem notícia na história do país de um episódio assim, em que a interpretação dos fatos criminosos – e a imputação da culpa – é antecipada à análise da justiça. Ali o próprio procurador, que investiga o esquema de corrupção em conjunto com agentes da polícia federal, concedeu entrevista coletiva para a TV antes de o preso ser julgado e condenado, ignorando questões óbvias, como bem apontou o jornalista Jânio de Freitas em artigo na *Folha de S. Paulo* do dia seguinte.

O motivo da mudança é claro: expressar publicamente essa opinião (parcial), antecipando a sua transmissão em rede nacional, naquela noite, no *Jornal Nacional* da *TV Globo*. Aqui se encontra o segundo risco da atual conjuntura: é a inserção da interpretação na mídia, o que se busca, e não o desenrolar célere da justiça. Ou seja, o importante é um procurador, sem nenhuma designação dos seus colegas ou das instituições dirigentes do país, falar abertamente que ele investiga quem quiser e da maneira que bem entender. E hoje sabemos como: violando os direitos de defesa dos acusados e agindo em articulação com a mídia na seleção dos casos e pessoas que devem ser investigados, como ficou claro na pergunta feita pelo jornalista da *Globo* sobre uma possível investigação do ex-presidente Lula.

Uma das mentes mais brilhantes do conservadorismo jurídico no Brasil, Joaquim Falcão, fez a defesa da Operação Lava Jato em artigo publicado no dia 4 de agosto de 2015, pelo jornal *O Globo*. Joaquim Falcão lança alguns argumentos para defender a Lava Jato: o primeiro é o de que há uma nova geração de procuradores que, segundo ele,

dão mais prioridade aos fatos que às doutrinas. Mais pragmatismo e menos bacharelismo. Mais a evidência dos autos – documentos, e-mails, planilhas, testemunhos, registros – do que a lições de manuais estrangeiros ou relacionamento de advogados com tribunais. Erram aqui e acolá. Às vezes, extrapolam, mas passaram por duro aprendizado institucional... Atentos, buscam evitar nulidades processuais. O juiz, e não mais os advogados, conduz o processo. Usam de múltiplas estratégias: jurídica, política e comunicativa. Valorizam a força das imagens, que entram, via internet, televisão, lares e ruas, nos autos e tribunais.

Joaquim Falcão acerta em alguns elementos, mas erra fortemente em outros: acerta quando diz que se trata de uma nova geração, que privilegia fatos ao invés de doutrina. Ignora, contudo, a forte seletividade da Lava Jato em relação aos fatos que envolvem os políticos do PSDB. A menção ao nome de Aécio Neves, realizada pelo doleiro Alberto Yousseff, que detalhou os valores e o local para onde os recursos foram enviados, não valeu um pedido de investigação por parte da Procuradoria-Geral da República. Nenhuma atitude foi tomada pela PGR para saber se os dez milhões recebidos por Sérgio Guerra, na época presidente do PSDB, não foram distribuídos para outros parlamentares do partido. Por outro lado, Moro investigou detalhes relativos à relação entre um escritório de advocacia de Curitiba e a senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) para encontrar pagamentos na ordem de 50 mil reais. A clara extrapolação do foro, que é uma prática corriqueira na Lava Jato, acabou levando ao desmembramento do processo. Assim, é apenas parcialmente correta a afirmação de que se privilegiam os fatos, já que só o fazem quando interessa à própria partidarização da Operação, que parece ser o objetivo mais geral. Também não é correta a afirmação de que os procuradores não se arriscam, como podemos deduzir da instalação de escuta clandestina na cela dos dois delatores mais importantes, cujas consequências legais ainda não sabemos. O que sim é correto é que há uma nova geração de procuradores e juízes assentados nos níveis superiores do sistema de justiça que estão dispostos a ignorar certos fatos e valorizar outros.

Mas o elemento mais problemático do artigo de Joaquim Falcão é a tolerância com o uso da mídia em processos políticos. Para Falcão, essa nova geração de procuradores e policiais usa

[...] de múltiplas estratégias. Jurídica, política e comunicativa. Valorizam a força das imagens, que entram, via internet, televisão, lares e ruas, nos autos e tribunais.

Aqui reside o maior equívoco do argumento de Falcão. A estratégia midiática por parte do Poder Judiciário para forçar não apenas o acordo de delação, mas também a convergência das Cortes superiores com a sua posição, é um desastre para o Estado de Direito, porque transfere o julgamento

da culpabilidade para a única instância não pluralista da sociedade brasileira, a mídia televisa.

Sabemos que no país em que melhor funciona o Estado de Direito, nos Estados Unidos, os juízes da Suprema Corte não dão entrevistas e a Suprema Corte ainda não admitiu a entrada da máquina fotográfica no seu interior. Jornais, como o *New York Times*, desenham esquetes de audiências. E o motivo é claro, o Poder Judiciário não pode funcionar sob pressão da opinião pública, muito menos em contextos de profunda assimetria de informação, porque a manipulação desta última pode exercer uma pressão nefasta sobre o exercício da justiça. Assim, Falcão fica nos devendo uma análise mais completa da nova situação judicial brasileira, que faça jus à sua sofisticação intelectual. Esta análise deveria abordar a questão do impacto sobre o Estado brasileiro de juízes midiáticos com posições político partidárias.

A análise de Falcão pode ser complementada pela análise política de Moro, expressa em um artigo escrito sobre a Operação Mãos Limpas (2004). É claro que a análise de Moro é bem mais tacanha, contudo revela os verdadeiros riscos do pretorianismo jurídico. Diz Moro, em artigo sobre a Mãos

80 Limpas:

[...] A Operação *Mani Pulite* redesenhou o quadro político na Itália. Partidos que haviam dominado a vida política italiana no pós-guerra, como o Socialista e a Democracia Cristã, foram levados ao colapso, obtendo na eleição de 1994 somente 2,2% e 11,1% dos votos, respectivamente. (MORO, 2004)

Alguns elementos chamam a atenção na “pseudoanálise política” de Moro: o primeiro deles é que ele entende a desestruturação do sistema político italiano como um fenômeno positivo e motivado judicialmente. Não sabemos se as colocações de Moro valem apenas para a Itália ou se parecem valer também para o Brasil. No que diz respeito à Itália, a Moro não interessa o fato de que, junto com a democracia cristã e os socialistas, a Operação Mãos Limpas destruiu o sistema político italiano inteiro com as consequências que conhecemos: a estagnação econômica à longo prazo e que já começa a se manifestar no Brasil e a ascensão de políticos populistas de direita, entre eles Silvio Berlusconi, ainda mais envolvidos com a corrupção do que políticos da

democracia cristã. Escapa ao juiz Moro o elemento mais importante da Mãos Limpas, qual seja, o Poder Judiciário é capaz de destruir um sistema político, mas não é capaz de colocar nada no seu lugar.

A manutenção das regras político constitucionais elaboradas pela Constituição de 1988 exige imediatamente que os três Poderes, em especial o STF, restabeleça as intenções da carta, na qual os poderes superiores da República não podem ser intimidados ou desafiados na sua capacidade revisora. Algumas decisões do juiz Teori Zavascki apontam nessa direção, mas de forma claramente insuficiente. As duas decisões principais do ministro ou da segunda turma do STF encarregada da revisão dos casos da Lava Jato foram o *habeas corpus* aos dirigentes de empreiteiras que restabeleceram a tradição garantista do direito brasileiro e o desmembramento da Lava Jato decidida no final de setembro de 2015. Em ambos os casos, é possível afirmar que foi uma reação tardia em relação a abusos da tradição jurídica que já vinham ocorrendo há mais de um ano.

A seletividade das investigações da Operação Lava Jato tem de chegar ao fim, para que o resultado da operação não seja apenas a punição de políticos ligados ao PT, mas incida também sobre a ampla impunidade vigente no país. É importante também que o Congresso reveja importantes elementos do processo de delação premiada, pois o controle exagerado pela Procuradoria-Geral da República e pelos juízes gera a seletividade e até prêmios absurdos pela delação de políticos buscada a qualquer custo. A permissão de prisões exclusivamente domiciliares para pessoas fortemente envolvidas em crimes de corrupção de forma mais regular e mais sistêmica e a partidarização dos processos judiciais é certamente um dos resultados problemáticos da Lava Jato. No caso de ambas as instituições referendarem o atual padrão da Lava Jato, o sistema político brasileiro terminará destruído. E aqui, como na Itália, não haverá nada para colocar no lugar.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999.

FALCÃO, Joaquim. Prisão pode agravar futura pena. *O Globo*, 4 ago. 2015. Disponível em: <http://joaquimfalcao.com.br/2015/08/04/prisao-pode-agravar-futura-pena/#more-370>.

FREITAS, Jânio. Dirceu outra vez. Folha de S.Paulo. São Paulo, 2 ago. 2015.

HAMILTON et al., *The Federalists*. New York: New American Library, 1961.

REVISTA VEJA. São Paulo, n. 2396, de 29 out. 2014.

JUSTIÇA, CORRUPÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES EM TORNO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

RUBENS GOYATÁ CAMPANTE

INTRODUÇÃO

A chamada Operação Lava Jato, tem estremecido a justiça, a política, a sociedade e a economia brasileiras. Por seu caráter sem precedentes, em seu alcance e repercussão, tem gerado reações contraditórias, e muitas vezes apaixonadas. Os que a defendem ressaltam que ela tem investigado e punido, como poucas vezes antes aconteceu, o alto poder político e econômico de um país acostumado à impunidade de seus altos escalões sociais e que ela será um marco no combate à corrupção no país. Os que a criticam afirmam que ela tem atuado, em termos jurídicos e políticos, de maneira temerária em relação a direitos e garantias fundamentais de um Estado democrático de direito, especialmente ao usar o instituto da colaboração premiada no processo penal e ao abrir o flanco do Direito à influência excessiva e politicamente enviesada dos meios de comunicação de massa.

A questão é: só se combate a corrupção – algo tão fundamental e tão demandado pela sociedade brasileira – com o afastamento dos princípios do Estado democrático de direito? E a Operação Lava Jato terá, realmente, o condão de, se não suprimir, ao menos reduzir efetivamente a corrupção na relação entre o Estado e o grande poder econômico? Indagações que geram inquietação.

Inquietação, quase todos sabem, é o estado daquele que se acha em agitação, em estado de preocupação, é o desassossego que impede a paz, o nervosismo. Mas o dicionário indica, ainda, outra acepção de inquietação: “ato de preocupar-se com o que está além dos seus conhecimentos; insatisfação intelectual”. (HOUISS; VILLAR, 2001, p. 1622). Este trabalho nasceu da inquietação não só em seu sentido mais comum, mas, principalmente, neste último significado menos corrente e mais sutil.

Tal inquietação se avoluma quando, para se tentar orientar em meio a essas questões, percebe-se que, embora tão divulgada, tão debatida, sabe-se, paradoxalmente, pouco sobre a Operação Lava Jato – pois a divulgação midiática é, como de praxe, superficial, assim como os apaixonados argumentos contra e a favor. Certamente a comunidade jurídica tem opinião bem mais fundamentada sobre o tema e suas ramificações, mas à sociedade em geral – interessada principal de um acontecimento que, bem ou mal, já é histórico – não têm sido oferecidas as informações e discussões apropriadas à construção de um posicionamento mais sólido, menos impressionista.

84 O objetivo deste artigo é dar uma pequena, mínima, contribuição nesse sentido. Tentar mapear (de forma panorâmica e sob o ponto de vista de um autor cuja formação não é jurídica, mas das Ciências Sociais) o que está subjacente a este acontecimento, e suas possíveis consequências para nossa sociedade. Daí a inquietação e insatisfação intelectual “com o que está além dos conhecimentos” – no caso, conhecimentos da técnica e doutrina jurídicas, seara na qual se adentrou timidamente, apenas na medida do que era imprescindível para embasar e compor uma perspectiva eminentemente social e política.

Ousamos, porém, defender a opinião de que mesmo os que não dominem profundamente conhecimentos jurídicos podem se debruçar sobre um tema como a Operação Lava Jato, e a principal razão é que, embora jurídico em seu cerne, tal tema traz características e conexões inarredáveis e fundamentais com outras esferas do conhecimento e da sociedade.

O trabalho lidou com um acontecimento corrente, palpitante, inconcluso, que possui amplíssima base factual e sobre o qual reflexões mais aprofundadas ainda estão sendo construídas e publicadas. Por conta disso, lastreou-se, em boa medida, em informações retiradas de publicações eletrônicas.

Assim, a bibliografia acadêmica mais tradicional não está ausente, mas a ela restou menos espaço relativo.

Por fim, gostaria de agradecer à minha amiga e colega do Centro de Estudos Republicanos Brasileiros (CERBRAS), Ana Paola Amorim, pelo estímulo inicial à consecução deste ensaio e pela leitura e sugestões posteriores – o que, obviamente, não a torna, de forma alguma, responsável pelos erros, lacunas e confusões eventualmente presentes.

SEÇÃO I

OPERAÇÃO LAVA JATO: A MÍDIA E A REAÇÃO EXACERBADA AO FORMALISMO JURÍDICO

Não adianta ter boas leis penais se a sua aplicação é deficiente, morosa e errática. No Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados. [...] A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos. (MORO, 2015).

O trecho acima, parte de um artigo de Sérgio Moro, intitulado “O problema é o processo”, publicado na página 2 da edição dominical, de 29 de março de 2015, no jornal *O Estado de S. Paulo*, causou perplexidade no meio jurídico brasileiro.

Atribuir à sentença condenatória eficácia imediata, independente de recurso judicial, significa prender um cidadão imediatamente após ser julgado uma só vez. Significa passar por cima do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até se esgotarem os recursos legais cabíveis contra tal condenação. E significa, por fim, jogar por terra um fundamento do Estado democrático de direito e das garantias do cidadão frente ao imenso poder do Estado: o de que, a princípio, todo cidadão é inocente. Pode-se e deve-se, claro, quando for o caso, provar o contrário, a culpa do cidadão, mas essa prova tem de ser robusta e, por isso, toda pessoa, se condenada, pode pedir a revisão de seu julgamento, já que a relação entre ela e o Estado é desigual e que o agente julgador do Estado, mesmo que qualificado, não é infalível. Os direitos de presunção de

inocência e de possibilidade de recurso judicial guardam a marca original e indelevel de evolução civilizatória, de conquista da cidadania, não importando quão deturpados possam estar em alguns ordenamentos jurídicos – como o nosso.

Os autores do texto foram o juiz federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Federal Criminal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e responsável pela famosa Operação Lava Jato, e o juiz federal Antônio César Bochenek, presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe). Ao final, eles anunciaram que a referida Associação encaminharia ao Congresso projeto de lei que permitisse a prisão imediata do condenado após a sentença de primeiro grau em casos de crimes graves de desvio de dinheiro público. Projeto de lei é certamente inconstitucional, pois o direito ao recurso judicial faz parte dos direitos e garantias fundamentais do cidadão inscritos na Constituição Federal (CF), os quais, segundo seu artigo 60, são cláusulas pétreas, isto é, não podem ser abolidos sequer por emenda constitucional, que dirá por lei ordinária.

86 A reação à proposta, então, foi imediata. Inúmeros juristas, incluindo dois ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), criticaram frontalmente a ideia, e até um colunista de uma revista semanal que enaltecia o trabalho do juiz Moro à frente da Operação Lava Jato acusou os autores do artigo de quererem rasgar a Carta Magna. Pouco depois, em nota divulgada no dia 24 de abril de 2015, a Ajufe voltou atrás e afirmou que, “após examinar a repercussão da proposta” e buscando um “consenso que facilitasse a aprovação do projeto”, defenderia a prisão somente após a decisão de segundo grau.¹

A discussão dessa melhor forma passa pelo diálogo entre o formalismo e o procedimentalismo jurídicos, de um lado, e a demanda de que o Direito se aproxime mais da realidade, de outro. Diálogo que tem se manifestado, entre outras maneiras, na relação entre a técnica jurídica e os meios e a sociedade de comunicação de massas.

O Direito é uma área de conhecimento e ação altamente especializada e relevante, e seus profissionais postulam da sociedade (e obtém, em grande medida) alto reconhecimento e *status* social. Possui, por essas e outras razões, razoável autonomia, mas não absoluta. A chamada “opinião pública” – correlata

1. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-abr-24/ajufe-recua-agora-defende-prisao-decisao-instancia>. Acesso em: 6 out. 2015. Na ocasião, o presidente da Associação, juiz Antônio César Bochenek, afirmou, ainda, à revista eletrônica *Consultor Jurídico*, que em nenhum momento defendera, no artigo, sua posição pessoal, mas a da entidade que representava.

aos meios de informação e comunicação de massa – também tem importância crucial na vida moderna, influenciando, obviamente, o Direito e outras áreas.

A Operação Lava Jato, que tem sacudido a mídia e o Direito, a política e o imaginário nacionais, é um ótimo exemplo dessas relações delicadas e voláteis entre os pressupostos formalistas e as demandas por efetividade e “justeza” do Direito, influenciadas pela mídia. O nome da operação, cujo foco é o esquema de corrupção na Petrobras, umas das maiores, mais ricas e mais importantes empresas estatais do país, vem do uso de postos de combustíveis e lavagem de automóveis usados para movimentar o dinheiro da corrupção. Conduzida pela Polícia Federal (PF), sob supervisão do Ministério Público Federal (MPF), perante a 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, a Lava Jato teve uma fase prévia de investigação de crimes de lavagem de dinheiro que remonta a 2009, mas seu início “oficial”, ostensivo, deu-se em março de 2014, com a expedição de vários mandados de busca e apreensão, prisão preventiva, prisão temporária² e condução coercitiva. Desde então, já houve 31 acusações criminais e cinco acusações de improbidade administrativa contra dezenas de pessoas e empresas. Segundo o Ministério Público, foram recuperados 870 milhões de reais³. A principal novidade, entretanto, da operação – e uma das

2. Prisão preventiva e prisão temporária são dois tipos de prisão previstos na legislação penal brasileira que compõem, juntamente com a prisão em flagrante, o rol das chamadas prisões cautelares, efetuadas antes do término do processo penal. Regulamentada pela lei 7.960, de 1989, a *prisão temporária* tem prazo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, e é decretada: 1) por necessidade imprescindível para as investigações do inquérito policial; 2) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não se puder esclarecer sua identidade; ou 3) quando houver fundadas razões de autoria ou participação do mesmo em determinados crimes – homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro. Ela serve para que a polícia ou o Ministério Público colem provas para fundamentar um pedido de *prisão preventiva* do indiciado. Esta, por sua vez, não tem prazo definido. Seus requisitos legais são a garantia da ordem pública, impedindo que o réu continue a praticar crimes, a proteção do andamento do processo penal, evitando que o réu prejudique tal andamento ao ameaçar testemunhas ou destruir provas, e a garantia da aplicação da lei, impossibilitando a fuga do réu. Outros tipos de prisão são a prisão civil, no caso de não pagamento de pensão alimentícia, a prisão para fins de extradição e, finalmente, a prisão para execução de pena.

3. BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <[http://Lava Jato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros](http://Lava%20Jato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros)>. Acesso em: 9 out. 2015. Antes da Lava Jato, outra operação conjunta do Ministério Público e da Polícia Federal, também supervisionada pelo juiz Sérgio Moro, havia investigado extensa rede de corrupção e evasão de divisas levadas a cabo por doleiros que atuavam no Paraná, a Operação Banestado. O nome deriva do uso de agências daquele banco estatal paranaense para movimentar o dinheiro do esquema, que usava as contas CC5. Criadas em 1969 pelo Banco Central para facilitar a movimentação de dinheiro no Brasil por estrangeiros não residentes no país, as contas CC5 transformaram-se em canal para sonegação tributária e lavagem de dinheiro. Calculou-se, à época, final dos anos 1990 e início dos anos 2000, que os valores desviados chegavam a 134 bilhões de dólares. A Justiça Federal determinou, então, a quebra do sigilo de todas as contas CC5 do país. Surgiram nomes de várias empresas de comunicação, como a TV Globo e sua afiliada RBS, o Grupo Abril, o SBT, e de empreiteiras que hoje são investigadas na Lava Jato: Odebrecht, Andrade Gutierrez, OAS, Queiroz Galvão, Camargo Correa. O procurador Celso Trés, que trabalhava nas investigações, juntamente

mais polêmicas – é o uso da chamada “delação premiada”, ou “acordo de colaboração premiada”.

O acordo de colaboração premiada é a possibilidade legal de o investigado, numa investigação penal, ou de o acusado, no caso de um processo criminal⁴, negociar com o delegado de polícia e/ou o Ministério Público sua colaboração com as investigações, citando nomes e fatos relativos aos eventuais crimes praticados em troca de benefícios judiciais. Debatida por juristas há anos, ela é, em certa medida, uma novidade no Direito brasileiro, pois foi com a lei 12.850/2013 que o instituto recebeu o preparo legal mínimo necessário para sua aplicação⁵.

com o delegado federal José Castilho, afirmou, à época, que o simples fato de possuir uma conta CC5 não constituía crime, mas que “mais de 50% dos devedores não resistiriam a uma devassa”. Devassa que ficou aquém do esperado. A Operação Banestado foi desprezada pela mídia, além de não contar com apoio do Banco Central e de setores da própria Polícia Federal. E a CPI que a investigou foi a única no Brasil, até hoje, a terminar, em fins de 2004, sem que fosse votado o relatório final. O então presidente da OAB, Roberto Busato, declarou, então, que a CPI terminara em pizza, “ficando os culpados sem serem denunciados, e as pessoas inocentes violadas em seu direito à intimidade”. (Revista eletrônica *Consultor Jurídico*, 28/12/2004. “Presidente da OAB critica resultado final da CPI do Banestado”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2004-dez-28/cpi_banestado_terminou_pizza_presidente_oab>. Acesso em 12 nov. 2015).

88

4. Em linhas gerais, o procedimento de persecução penal, que envolve investigação, acusação e julgamento de crimes, é o seguinte: em primeiro lugar, há a investigação, através de inquérito criminal, que se inicia por iniciativa: a) da própria polícia, ao tomar conhecimento da possível ocorrência de crime, ou ao prender alguém em flagrante; b) da vítima do crime ou de outra pessoa, que registra um boletim de ocorrência; c) do Ministério Público, que ordena a instauração do inquérito policial, ou investiga, ele mesmo, possível crime. Nessa fase, o suposto criminoso é qualificado de *investigado*. Quando, durante essa investigação, a polícia encontra *indícios* de que ele possa mesmo ter cometido um crime, o investigado é transformado em *indiciado*. Finalizada a investigação, a polícia envia o inquérito ao Ministério Público, que, em alguns casos, é obrigado a fazer a denúncia, ou acusação, do indiciado ao Judiciário, transformando-o, a partir daí, em *acusado ou denunciado*, e, em outras situações, decide, com base no relatório desse inquérito e em sua avaliação sobre o caso, se é conveniente fazê-lo. O juiz, então, também analisa juridicamente o eventual crime, para aceitar ou não a acusação do Ministério Público. Se o faz, inicia-se o processo criminal, e o acusado ou denunciado transforma-se em *réu*. Se, ao final deste processo criminal, em que terá direito aos procedimentos de ampla defesa definidos em lei, esse réu for declarado culpado, sem possibilidade de recursos judiciais, aí sim será considerado um *criminoso* e condenado – não enquanto estiver na condição de investigado, indiciado, acusado ou réu. (SARAIVA, Wellington. *Investigação criminal no Supremo Tribunal Federal e em outros tribunais*. Disponível em: <<http://wsaraiva.com/2015/03/04/investigacao-criminal-no-supremo-tribunal-federal-e-em-outros-tribunais/>>. Acesso em: 2 out. 2015).

5. A lei 12.850/2013 surgiu do projeto de lei 150/06, da senadora mato-grossense Serys Slhessarenko, então do PT, hoje no PRB. Antes dela, diversas leis previam a delação premiada – ou colaboração premiada, como preferem os juristas e o próprio texto da lei devido à carga semântica negativa do termo “delação”. A lei 7.492/1986, de crimes contra o sistema financeiro nacional; a lei 8.072/1990, de crimes hediondos; a lei 8.137/1990, de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; a lei 9.080/1995, de crimes praticados por organização criminosa; a lei 9.613/1998, de combate à lavagem de dinheiro; a lei 9.807/1999, de programas de proteção a testemunhas e vítimas ameaçadas; a lei 11.343/2006, de tráfico de drogas; e finalmente a lei 12.529/2011, de crimes contra a ordem econômica – todas elas previam, das maneiras mais diversas, algum tipo de colaboração ou “acordos de leniência”. Mas faltavam referências legais e roteiros mais específicos e detalhados para tais colaborações acontecerem. Como afirmou o procurador da República Andrey Borges de Mendonça,

Esta lei foi promulgada em agosto de 2013, logo após as manifestações de protesto que sacudiram o país em junho daquele ano, e trata das chamadas organizações criminosas. Sua maior contribuição, segundo estudiosos, foi definir de forma precisa o conceito de organização criminosa, falha que, na legislação anterior, dificultava o desmantelamento dessas estruturas delinquentes. A lei também regulamentou outras providências no combate à criminalidade organizada, como a infiltração de agentes do Estado nelas e a colaboração premiada. Em relação a esta última, a lei: a) previu e aumentou os benefícios concedidos ao colaborador: não só redução da pena em até dois terços, mas substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público no caso de não ser o líder da organização ou de ser o primeiro a prestar colaboração, e até mesmo o perdão judicial; b) determinou que a colaboração deve ser voluntária e efetiva e elencou os parâmetros de mensuração dessa efetividade; c) discriminou os requisitos do acordo e de seu encaminhamento formal – o acordo deve ser feito entre o delegado de polícia e/ou o Ministério Público e o investigado, ou denunciado, assistido por seu advogado, ao juiz não cabe participar das negociações para a formalização do acordo de colaboração, mas homologar, ou não, tal acordo, verificando “sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador na presença de seu defensor”⁶.

89

Ou seja, a delação premiada é, fundamentalmente, um meio de obtenção de prova e de investigação, em que a atuação cabe – ou deverá caber – primordialmente à polícia, e ao Ministério Público. Por isso, a referida lei dispõe que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, ou seja, para a pessoa ser condenada judicialmente há de haver outras provas, além de sua citação em delação. Seu uso na Lava

nestas leis, “o legislador [...] tratou do instituto apenas em seu aspecto material. Ou seja, previa benefícios – de forma variada e sem maior uniformidade – àqueles que contribuíssem para a persecução penal. A prática judicial tentava suprir as lacunas em relação ao procedimento, legitimidade, garantia das partes etc. Porém sempre houve margem para críticas e dúvidas”. (MENDONÇA, 2013). Com isso, a colaboração premiada chegou a ser usada, antes da lei 12.850/2013, mas de forma esporádica e assistemática. O juiz Moro já a havia utilizado no caso Banestado. O doleiro Alberto Youssef, por exemplo, também investigado, acusado e preso na operação atual, já firmara o acordo de colaboração, pelo qual, inclusive, se comprometia a não mais voltar a cometer crimes. Descumpriu o acordo.

6. Brasil. Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Lei 12.850. Acesso em: 2 out. 2015.

Jato tem gerado polêmicas. Há quem defenda incondicionalmente a colaboração premiada, há quem a julgue uma excrescência perigosa e antidemocrática.

O desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Fausto Martins De Sanctis tem uma posição matizada, intermediária. De Sanctis, que ficou famoso, em 2008, ao decretar a prisão do empresário Daniel Dantas, durante a chamada “Operação Satiagraha”⁷, apoia firmemente, em linhas gerais, a “delação” (é o termo que ele usa) premiada, e assevera que ela é ética, útil e estratégica:

Ética porque atende às finalidades político-criminais e à proteção do bem jurídico e se relaciona com a justiça social. [...] Útil pelo fato de facilitar o trabalho de todos. Por fim, estratégica, inclusive para a defesa, já que o réu se vê beneficiado com uma pena relativizada sem o custo do processo. (DE SANCTIS, 2015).

De Sanctis, porém, faz importantes ressalvas. Lembra que não se pode exigir do delator “a dispensa ao inalienável direito de recorrer, cabendo a insurgência quanto à decisão do juiz caso considere inadequada”. Além disso, “os requisitos da prisão nada têm a ver com a delação e aquela não pode constituir meio de ‘pressão’ para eventual delação”. Finalmente adverte que, como o delator não é, rigorosamente, uma testemunha, seu depoimento, mesmo que coerente e conducente a resultados práticos na elucidação e combate ao crime, não deixa de ser suspeito. E assim é fundamental evitar

que a Justiça seja marionetada e usada para resolver conflitos internos de organizações criminosas. Por essa razão, o delatado preserva sua condição de presumidamente inocente, e as palavras do delator hão de ser confirmada com outras provas. (DE SANCTIS, 2015).

7. Na Operação Satiagraha, De Sanctis aceitou a denúncia do Ministério Público, após investigação conduzida pelo delegado da Polícia Federal Protógenes Queiroz, e determinou a prisão provisória do banqueiro Daniel Dantas, o qual logo recebeu um *habeas corpus* do ministro do STF Gilmar Mendes. No dia seguinte, De Sanctis ordenou nova prisão provisória do banqueiro, sob outra justificativa. Mais uma vez Dantas foi imediatamente solto pelo ministro Gilmar Mendes, que acusou, então, publicamente, o juiz De Sanctis de, ao decretar nova prisão provisória, procurar, por via oblíqua, desrespeitar decisões do STF. A operação foi anulada na Justiça, posteriormente, sob alegação de ilegalidades como grampos telefônicos não autorizados e atuação da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência – o serviço secreto brasileiro que substituiu o nada saudoso SNI da ditadura), na época dirigida pelo ex-diretor da PF Paulo Lacerda, nas investigações. Protógenes foi posteriormente processado e recentemente foi expulso da PF por “uso indevido do cargo” durante a operação. Paulo Lacerda foi exonerado da ABIN e sofreu um “exílio disfarçado”, nomeado como adido policial da embaixada brasileira em Lisboa.

Pois, como a delação é um procedimento da persecução penal – ou seja, da investigação e julgamento de um crime ainda não legalmente conhecido e confirmado em toda sua extensão e complexidade – o princípio constitucional da presunção de inocência do cidadão deve ser mantido, não só no âmbito formal da investigação e processo penais, mas no âmbito dos meios de comunicação de massa. Daí sua última e fundamental ressalva, de que:

[...] o sigilo de seu teor (da delação) é questão de preservação tanto do delator quanto do delatado, e sua revelação pode levar a um prematuro juízo ético-retributivo, sem a ocorrência da indispensável checagem de seu conteúdo e de sua veracidade. (DE SANCTIS, 2015).

Para muitos críticos da Operação Lava Jato, ressalvas como as de De Sanctis não têm sido observadas. Argumentam que o artigo 4º da lei 12.850 estabelece que a colaboração premiada deve ser voluntária, e acordos feitos por indivíduos presos não podem ter essa característica. O presidente da OAB-MG, Luís Cláudio Chaves, afirmou, em relação às chamadas prisões cautelares, efetuadas antes de concluído o processo penal, de maneira geral: “O que temos a falar, em razão da defesa da Constituição da República e da legislação penal, é que as prisões provisórias e preventivas têm de ser, em um regime democrático, exceções, e não a regra”. (CHAVES, 2015, p. 38-41). No caso específico das prisões decretadas pela Operação Lava Jato, Chaves comentou que não pode entrar no conteúdo destas, por desconhecer os autos, mas ressaltou que:

[...] prisões provisórias no condão de provocar uma delação premiada violam garantias individuais dos direitos humanos e colocam em risco a democracia [...] a pessoa [...] não pode sofrer nenhum tipo de coação, seja de natureza moral ou física, com privação de liberdade para fazer uma delação [...] acho um erro da Justiça fazer uma prisão provisória, ter um prazo pequeno para obter provas e, daí, prorrogar essa prisão no sentido de fazer com que esse preso venha a fazer uma delação. (CHAVES, 2015, p. 38-41).

E sobre a colaboração premiada arrematou: “não vou criticar o instituto em si, mas a forma de alguns de conduzi-lo”. Nesse mesmo sentido, o

manifesto do Conselho Federal da OAB, em dezembro do ano passado, que afirma que a corrupção é uma chaga que drena recursos públicos e que “o povo brasileiro exige a investigação minuciosa de todos os fatos, bem como a responsabilização civil, administrativa e criminal dos autores dos delitos apurados”. Em seguida, pontua:

[...] alertamos que o propósito de investigar profundamente não pode implicar a violação dos princípios básicos do Estado de Direito. É inadmissível que prisões provisórias se justifiquem para forçar a confissão de acusados. O combate à corrupção não legitima o atentado à liberdade.⁸

92 Mas muitos defendem os procedimentos da Operação Lava Jato, particularmente membros do Ministério Público. O procurador Rodrigo de Grandis pensa que as prisões antes do processo e do julgamento definitivo não desvirtuam a Operação Lava Jato ou o instituto da colaboração premiada. Ressalta que, dos dezessete investigados que fizeram tais acordos na referida Operação somente quatro estavam presos. E, continuando a argumentação, lembra que, como a colaboração premiada possui as características de um contrato, realizado entre o acusado/investigado e os representantes do Poder Público, é preciso:

[...] buscar no Direito Civil, particularmente na teoria dos negócios jurídicos – porque a colaboração premiada é inegavelmente um negócio jurídico – a resolução da questão relacionada à prisão cautelar retirar ou não do agente a voluntariedade para assinar o contrato de colaboração. Em outros termos: o fato de a pessoa encontrar-se presa preventivamente por ordem de autoridade judiciária no curso de uma investigação criminal ou de uma ação penal caracteriza motivo jurídico suficientemente hábil para anular o acordo de colaboração premiada? (GRANDIS, 2015).

Ele recorre ao Direito Civil para argumentar que não. A citação é longa, mas vale ser reproduzida:

8. Ordem dos Advogados do Brasil. OAB se manifesta contra a corrupção e pelo direito de defesa. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27880/oab-se-manifesta-contra-a-corrupcao-e-pelo-direito-de-defesa>. Acesso em: 7 out. 2015.

[...] o artigo 171, II, do Código Civil, estabelece que, afora os casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Apenas a coação interessa [...] haja vista que a custódia cautelar de alguém representa, sem dúvida, uma modalidade de constrangimento, coerção ou restrição à liberdade de locomoção do cidadão. Pelo artigo 151 do Código Civil, para viciar a declaração de vontade de alguém, a coação há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens. A leitura isolada desse artigo levaria à conclusão que a prisão invalidaria a colaboração premiada. Deveras, ela evidentemente constitui um dano à liberdade de ir e vir do agente, eventual colaborador. [...] O artigo 153 do Código Civil, todavia, é expresso ao determinar que não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito. Eis, aqui, a nota fundamental. O mal pronunciado, para representar coação e consequentemente viciar a vontade do sujeito, deve ser injusto, ilícito, ilegal. Enfim, deve ser contrário ao direito. Se legal ou jurídico, afasta-se a coação [...] Desse modo, é possível deduzir que, por traduzir um ato emitido em conformidade com o direito, ou seja, uma vez decretada por um juiz quando presentes os fundamentos legais, o fato de o agente encontrar-se preso temporária ou preventivamente por si só não invalida o acordo de colaboração premiada. (GRANDIS, 2015).

93

O argumento, em resumo, é de que, para ser caracterizado coação, o ato deve ser contrário à lei e que uma prisão decretada pelo juiz, “quando presentes os fundamentos legais”, não é contrária à lei, portanto não é uma coação.

Argumentação falha. A consideração de que um ato legal e jurídico não seja coator insere-se no âmbito do direito privado, do direito civil, e não do direito público, penal. O “exercício normal de um direito” aludido pelo artigo 153 do Código Civil, citado pelo procurador, refere-se a um direito subjetivo, a um bem jurídico cujo titular é um particular, que pode exercer seu direito subjetivo perante outrem, exigindo-lhes, inclusive, certas condutas. Assim, o que a norma do referido artigo pretende regular é, por exemplo, a seguinte situação: uma empresa vende, à prestação, uma mercadoria a um cliente, que deixa de cumprir a obrigação de pagar tais prestações. A empresa manda

uma carta ao devedor “ameaçando” processá-lo judicialmente e/ou incluir seu nome nos cadastros públicos de inadimplentes. Essa “ameaça” não configura uma coação, mas “o exercício legal de um direito”, de um direito subjetivo da empresa, o de cobrar dos devedores pelos meios legais. Se a empresa promettesse surrar ou matar o devedor, ou algo semelhante, isso, sim, constituiria uma coação, um ato ilegal.

Bem distante dessa situação, o juiz que determina a prisão de alguém, mesmo que presentes os fundamentos legais. Não opera, aí, uma lógica de direito privado, mas de direito público. Certo: o Estado, por intermédio do juiz, tem o poder e o dever de prender quem comete um crime. *Mas não há, aí, o exercício de um direito privado subjetivo, que é o objeto do artigo 153 do Código Civil. Há uma dinâmica de direito público, e o direito penal não perde sua qualidade fundamental de direito público só porque pode utilizar, em situações definidas e excepcionais, institutos de direito privado, como o acordo de colaboração premiada.* Não é adequado usar a lógica do direito privado para justificar uma situação de direito público.

94 Além disso, é fundamental lembrar que nem todas as prisões são decretadas quando presentes os fundamentos legais. Tanto não o são que há o instituto jurídico, fundamental para o Estado democrático de direito, do *habeas corpus*, previsto justamente para garantir que o cidadão não sofra violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

De qualquer forma, o juiz Sérgio Moro tem usado argumentos semelhantes ao do procurador De Grandis para defender que as prisões efetuadas na operação não têm relação com os acordos de colaboração premiada, pois: a) não há, em outros países, proibição de que pessoas presas façam acordos de delação premiada; b) o motivo principal que leva os investigados/acusados/réus a celebrarem estes acordos é o temor em relação a uma condenação futura; e, finalmente, c) a legalidade dessas prisões tem sido confirmada por tribunais superiores quando do julgamento de *habeas corpus*.

Começando pela primeira argumentação, mesmo que não se proíba em outros países o acordo de colaboração com indivíduos presos, a questão é: prende-se, nesses países, com tanta facilidade como no Brasil? Há, nesses países, tantos cidadãos presos que ainda estão na condição de investigados ou

de acusados, ou seja, que não receberam uma condenação criminal contra a qual não caibam mais recursos?

Segundo dados do Ministério da Justiça, havia, em junho de 2013, 581 mil pessoas privadas de liberdade no Brasil, 254 mil (43,8%) delas sem condenação definitiva⁹. Mas esse número é maior, de acordo com o defensor público Bruno Shimizu, do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pois só se contam como provisórios os que não tiveram sequer um julgamento de 1ª instância, ao invés de se considerar todos os que não tiveram o trânsito em julgado da condenação: “Os dados [...] não mostram um número real porque quando a pessoa tem uma sentença de 1º grau ela continua sendo inocente até o fim do processo”. (SHIMIZU, 2015). Segundo o defensor público Patrick Caciado, coordenador do citado Núcleo da Defensoria paulista,

[...] O Brasil é conhecido internacionalmente como um país que extrapola qualquer limite no número de prisões preventivas. É uma prisão que pela Constituição é excepcionalíssima e na prática ela é a regra. No fim das contas, serve como uma forma antecipada de pena e como forma de contenção social mesmo”. (CACIEDO, 2015).¹⁰

95

9. Os dados do Ministério da Justiça sobre o sistema prisional brasileiro são fornecidos pelos governos estaduais, responsáveis pela maioria das prisões brasileiras. Já os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) baseiam-se nos levantamentos das varas de execução penal. Até 2013, os dados do CNJ assemelhavam-se aos do Ministério da Justiça, apresentando uma população carcerária de 563 mil pessoas no Brasil, sendo 231 mil provisórios, cerca de 41% do total. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Diagnóstico de pessoas presas. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015. Entretanto, a partir de 2014 uma modificação na metodologia do CNJ fez tal porcentagem de presos provisórios baixar: passaram a ser incluídos, formalmente, no sistema carcerário, os indivíduos em cumprimento de prisão domiciliar, cerca de 147 mil pessoas, o que fez com que o número total de presos no país passasse para mais de 711 mil – por isso, a porcentagem de presos provisórios, sobre esse total aumentado, obviamente baixou, dos antigos 41% para 32%. Contudo, segundo a instituição Conectas, de Direitos Humanos, tanto os dados do Ministério da Justiça quanto do CNJ são problemáticos. CONECTAS – Direitos Humanos – Mapa das prisões. Disponível em: <www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>. Acesso em: 21 out. 2015. Quanto aos dados do CNJ e à mudança na metodologia, a Conectas alerta que “o Conselho não determina o período abarcado pelos relatórios – que não são periódicos e dependem, em grande medida, das informações repassadas pelos juízes”. (CONECTAS – Direitos Humanos, *op. cit.*)

10. Para tentar diminuir o número excessivo de presos, com ou sem condenação definitiva, e o déficit de vagas no sistema prisional, foi editada, em 2011, lei 12.403, Lei de Medidas Cautelares, com o objetivo de oferecer penas alternativas à prisão. Mas o número de presos só tem aumentado. A causa principal, apontam os estudiosos, é a lei 11.343 de 2006. Tal lei, referente ao uso e tráfico de drogas, tinha o declarado intuito de evitar que o usuário fosse privado de liberdade, medida que seria imposta apenas ao traficante. O problema é que o discernimento entre usuário e traficante não depende da quantidade de droga encontrada, mas da presunção de policiais, de-

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, mais de 37% dos presos provisórios não foram condenados à prisão ao final do processo ou receberam uma pena menor do que o período em que ficaram encarcerados¹¹.

Claro, portanto, que há um abuso nas prisões cautelares no país, que tem sido sistematicamente desrespeitado o princípio constitucional que determina que as prisões antes do trânsito em julgado da sentença criminal sejam exceções, e não regra. A epidemia de prisões antes do julgamento, contudo, não é geral no Brasil, mas socialmente determinada: abate-se sobre os desfavorecidos, para os poderosos vale o exato contrário, valem o garantismo e o formalismo jurídicos extremos.

Tão extremos que, compreensivelmente indignado com tal situação, o procurador mineiro Marcelo Cunha de Araújo escreveu que um acusado criminal dificilmente será condenado se preencher alguns requisitos: a) ter residência e emprego fixos; b) ter dinheiro e recursos suficientes para conseguir uma boa e interessada defesa; c) não deixar seu caso cair na mídia. A circunstância a) e, mais ainda, a circunstância b), impedem que os pobres, marginalizados e desfavorecidos usufruam do que revoltou o procurador Araújo: o hipergarantismo jurídico, desenvolvido para funcionar para poucos. (ARAÚJO, 2012). O cientista político Guillermo O'Donnell, analisando os regimes políticos latino-americanos, afirmou que eles possuíam uma característica bifronte, sendo porosos aos interesses das camadas dominantes, e invasivos e

legados, promotores e juízes. E muitas vezes, assegura Shimizu, essa presunção é socialmente determinada. “Se a pessoa tem dinheiro para comprar, é usuária; se não tem, é traficante. É um argumento totalmente preconceituoso, que passa pela cor da pele, pelo lugar onde a pessoa mora e como está vestida”. (SHIMIZU, 2015). O fato é que, hoje, 45,6% das mulheres e 24% dos homens encarcerados respondem por questões de drogas. Antes da lei, em 2005, esses percentuais eram de 24,7% e 10,3%, respectivamente. E para fazer frente ao aumento no número de presos, o Poder Público tem lançado mão de um expediente polêmico: as penitenciárias privadas. Muitos contestam o fato de o Estado delegar a empresas seu poder punitivo e o monopólio legal da violência. Não é objetivo deste artigo discutir a fundo questão de tal complexidade. Registre-se, somente, que, no contrato de parceria público-privada que viabilizou a inauguração da penitenciária privada de Ribeirão das Neves, o Poder Público garante o suprimento mínimo de 90% da capacidade do presídio durante os 27 anos de vigência do contrato, e que o “público-alvo” desta penitenciária não inclui presos de facções criminosas, estupradores e presos de mau comportamento – estes, os mais difíceis, permanecem sob a responsabilidade do Estado, para não atrapalhar a “viabilidade econômica” das prisões privadas. (Disponível em: <www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1424>. Acesso em: 30 set. 2015).

11. BRASIL. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. Relatório de aplicação de penas. Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

autoritários em relação às camadas dominadas. (O'DONNELL, 1990). Pois o sistema jurídico brasileiro, em geral, e seu subsistema penal, particularmente, guarda essa mesma característica: favorável aos de cima, desfavorável aos de baixo. Já a circunstância c) é de suma importância. A mídia, nos últimos anos, tem influenciado diretamente em julgamentos criminais, mormente quando concede uma grande repercussão ao acontecido.

Em vista disso, os outros dois argumentos dos defensores das prisões e das colaborações premiadas na Lava Jato, de que os acordos são assinados por medo da condenação judicial, e de que as prisões são plenamente legais por serem confirmadas por instâncias superiores do Judiciário, devem ser analisados considerando-se o fator mídia – fundamental na questão da Operação Lava Jato em particular, e na questão mais geral da percepção social da corrupção no Brasil. Tão fundamental que o procurador Carlos Fernando Lima, da força-tarefa que cuida da Operação, fez um apelo, em abril de 2014, durante entrevista coletiva à imprensa, pedindo à mídia ampla divulgação da investigação, para que esta “não morresse em processos intermináveis na justiça”.¹²

Faz sentido o pedido. A manutenção das prisões pelos órgãos superiores do Judiciário tem sido justificada pela “comoção pública” gerada pelo caso. O ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desembargador Newton Trisotto, responsável pelas ações da Lava Jato, negou pedidos de *habeas corpus* dos suspeitos presos por ordem do juiz Moro, afirmando que a “repercussão pública” dos crimes justificava a medida. Ao manter a prisão de um ex-diretor da Petrobras e, posteriormente, de um executivo da construtora OAS, o desembargador Trisotto afirmou que nenhum caso de corrupção nas últimas cinco décadas havia causado tanta indignação na sociedade como os fatos investigados na Lava Jato¹³.

Diz-se que decisões judiciais cumprem-se e ponto final. Mas, em uma democracia, esse ponto final é estritamente jurídico, formal. Não se pode negar à

12. Apuração da “Lava Jato” levará a “mares nunca d’antes navegados”, afirma procurador”. *Estado de S. Paulo*, 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apuracao-da-lava-jato-levara-a-mares-nunca-dantes-navegados-diz-procurador,1667388>>. Acesso em: 28 out. 2015.

13. CONSULTOR JURÍDICO. Presidente do STJ prorroga permanência ministro Newton Trisotto. 27 mai. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-mai-27/permanencia-desembargador-newton-trisotto-stj-prorrogada>. Acesso em: 14 out. 2015.

cidadania o direito de, mesmo cumprindo-as, discutir e, se for o caso, criticar decisões judiciais. Inclusive porque este é um dos modos do Direito renovar-se, evitando o esclerosamento e a repetição de formas vazias de sentido e utilidade coletiva¹⁴.

Seria justo, então, do ponto de vista democrático e social, e produtor, do ponto de vista jurídico, manter-se alguém preso em nome do “clamor popular”? Alguém pode argumentar que se a democracia é – ou pretende ser – um regime de empoderamento do povo, nada melhor do que se ouvir o clamor popular. Mas a democracia não pode se resumir ao respeito à vontade da maioria, deve cuidar, também, de valores, direitos e garantias fundamentais, “mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, lembra o ministro do STF Luís Roberto Barroso – ou de quem tem a mídia a seu favor, diríamos. E por conta desses valores e direitos fundamentais constarem da Constituição Federal, e de o Judiciário, e particularmente o STF, serem os guardiães desta Constituição, o juiz, garante Barroso,

98

[...] deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, são uma condição do funcionamento do constitucionalismo democrático.¹⁵

Além disso, e se esse “clamor popular” for manipulado por uma mídia facciosa? E se essa mídia, no vácuo da ineficiência da ordem jurídico-estatal em combater a corrupção e a violência, extrapolar sua função de formadora da opinião pública para se alçar à condição de “justiceira”, semeando, de forma análoga aos tristemente famosos “justiceiros” de esquadrões da morte, a intimidação e a injustiça por meio de julgamentos sumários? Nesse caso, o que um investigado/acusado/réu teme, ao ponderar fazer ou não uma colaboração premiada, não é propriamente a condenação criminal – ainda mais se tiver as

14. Moro e colegas do Ministério Público construíram seus procedimentos utilizados na Lava Jato justamente na reação e na crítica a uma jurisprudência que consideram perniciosa e carente de superação.

15. BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

condições citadas pelo procurador Araújo: emprego, residência fixa e dinheiro para uma boa defesa. Teme a condenação da mídia. Por isso a advertência do desembargador De Sanctis, de que se deve evitar, na delação premiada, o juízo ético-retributivo precoce, ou seja, as condenações antecipadas da mídia.

Uma coisa, crucial, é a mídia informar. Outra é querer, ela própria, fazer justiça, inaugurando o que alguns estudiosos têm chamado de “Direito Penal midiático”. A mídia não tem os meios e a legitimidade institucional para isso. Primeiro, porque, no Brasil, faltam referências legais suficientes para garantir o direito de expressão e informação e, ao mesmo tempo, relacioná-lo ao exercício outros direitos, tão importantes quanto ele. Isso acontece com todo direito constante de um ordenamento legal democrático, o qual não comporta direitos absolutos, mas sempre relativos e condicionados uns pelos outros. Não é democrático afirmar que o direito de expressão é absoluto frente a outros direitos e que o Poder Público não deve regulá-lo – incluindo nessa regulação o estímulo à desconcentração dos grupos empresariais em prol da pluralidade da opinião pública. Segundo, porque a mídia não tem a neutralidade política necessária para essa tarefa, apresentando, muitas vezes, os escândalos políticos que lhe convêm e na medida em que lhe interessam¹⁶.

99

SEÇÃO II

LIMITES E POLÊMICAS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Assim, o juiz Moro está sendo incoerente quando argumenta que os acusados fazem acordo por medo da condenação criminal, mas, ao mesmo tempo, se indigna porque condenações criminais em crimes de corrupção são raras – “contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados”.

E é importante lembrar que Moro escreveu um artigo, em 2004, defendendo justamente o que chamou de “círculo virtuoso” de prisões pré-julgamentos, confissões a partir daí, e publicidade da mídia a essas confissões.

16. Para uma boa referência sobre a parcialidade da mídia brasileira, pode-se consultar o *site* Manchetômetro, mantido pelo Laboratório de Estudos de Mídia e Esfera Pública, sediado no Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Cf. <www.manchetometro.com.br>.

No artigo “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*” (MORO, 2004, p. 56-62), ele avalia a Operação Mãos Limpas, que sacudiu a Itália na década de 1990. Inicia o texto parecendo antecipar a disjunção que faz atualmente entre a prisão antes do julgamento e a colaboração premiada, pois afirma:

Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito. (MORO, 2004, p. 58).

Entretanto, logo após, ele assevera:

Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos. (MORO, 2004, p. 58-59).

Moro cita amplamente, também, o trabalho de dois especialistas italianos em estudos sobre corrupção, Donatella della Porta e Alberto Vanucci, que reportam, a respeito da Operação Mãos Limpas:

A estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão.¹⁷

E nessa estratégia de colocar o investigado/acusado em “situação difícil”, o papel dos vazamentos da mídia foi fundamental, lembra Moro, ressaltando que os responsáveis pela Operação *Mani Pulite* fizeram largo uso da imprensa. Moro transcreve o depoimento do jornalista norte-americano Mark

17. PORTA; VANUCCI, *apud* MORO, 2004, p. 58.

Gilbert sobre a questão:

[...] a investigação da *Mani Pulite* vazava como uma peneira. Tão logo alguém era preso, detalhes de sua confissão eram veiculados no *L'Espresso*, no *La Repubblica* e outros jornais e revistas simpaticizantes [...] os vazamentos serviram a um propósito útil. O constante fluxo de revelações manteve o interesse do público elevado, e os líderes partidários na defensiva”.¹⁸

E, a seguir, Moro completa:

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi tentado”. (MORO, 2004, p. 59).

A preocupação do desembargador De Sanctis com os danos precoces e indevidos a eventuais inocentes levados de roldão no turbilhão das acusações e delações não parece estar no horizonte do juiz Moro. Ele reconhece que a “publicidade das investigações” traz o risco de lesões indevidas à honra, mas pondera:

Cabe aqui, contudo, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. (MORO, 2004, p. 59).

Ou seja, deve-se tomar cuidado com a revelação de fatos da investigação, para se evitar o pré-julgamento de inocentes, mas não se pode proibir qualquer forma de divulgação, pois essa publicização é crucial – ela seria, portanto, a regra, e o cuidado, a exceção. Mas como se tomaria esse cuidado? Como é possível se os vazamentos são a regra? Se tais vazamentos, para cumprir o objetivo de deixar os envolvidos “na defensiva”, têm de ser rápidos, imediatos? E quem tomaria esse cuidado, os agentes do Estado (policiais, procuradores, magistrados) ou a mídia? Os primeiros teriam condições de, no calor de um depoimento, de uma delação,

18. GILBERT, *apud* MORO, 2004, p. 59.

“separar o joio do trigo”? E a mídia, especialmente a brasileira, tem a isenção e o profissionalismo necessários para tais cuidados?

Moro revela-se um entusiasta da Operação Mãos Limpas. Cita estudos que apontam que, após a Operação, vários contratos públicos teriam sido firmados com preços menores que os anteriores. Mas admite, pertinentemente, que mesmo uma ação judicial complexa e eficaz como a Mãos Limpas pode interromper o ciclo ascendente da corrupção, mas não pode eliminá-la se não forem atacadas suas causas estruturais.

E talvez porque, na Itália, não tenham sido atacadas essas causas estruturais, o resultado, em longo prazo, da Operação Mãos Limpas não foi, infelizmente, tão auspicioso. O próprio Moro, escrevendo em 2004, reconhece:

102 Não deixa de ser um símbolo das limitações da Operação *Mani Pulite* o cenário atual da política italiana, com o cargo de primeiro-ministro sendo ocupado por Silvio Berlusconi. Este, grande empresário da mídia local, ingressou na política em decorrência do vácuo de lideranças provocado pela ação judicial e mediante a constituição de um novo partido político, a Forza Italia. Não obstante, o próprio Berlusconi figura desde 1994 entre os investigados pelos procuradores milaneses por suspeita de corrupção de agentes fiscais [...] Tendo ou não Berlusconi alguma responsabilidade criminal, não deixa de ser um paradoxo que ele tenha atingido tal posição na Itália mesmo após a Operação *Mani Pulite*. (MORO, 2004, p. 60).

Para o professor Alberto Vanucci não há paradoxo. Ele explica o fenômeno Berlusconi pelo fato de que “a corrupção política ainda é sistêmica na Itália”, por conta de fatores culturais e institucionais aos quais não se deu a devida atenção. Assim, o impacto da *Mani Pulite* na corrupção foi limitado e “a ênfase excessiva no papel dos magistrados, aos quais a sociedade civil delegou a tarefa de renovar a classe política e purificar o sistema inteiro, acabou por ser um bumerangue”. (VANUCCI, 2009, p. 258). Com isso, o legado político da operação foi a escalada da tensão institucional entre os poderes políticos e o Judiciário. O legado social foi um pessimismo profundamente enraizado sobre a integridade das elites econômicas e políticas, uma deslegitimação das autoridades institucionais e o reforço da tolerância social de práticas ilegais. E o legado econômico, o esmaecimento maior

ainda das linhas de divisão entre o mercado e as atividades de Estado, o privado e o público. Vanucci conclui que o direito penal é um meio crucial de combate à corrupção, mas não é, definitivamente, o único:

Os inquéritos da *Mani Pulite* expuseram corajosamente, mas não puderam resolver a questão da corrupção disseminada na Itália. Para um aperfeiçoamento efetivo na qualidade da ética pública seria preciso o interesse específico e a ação deliberada de atores políticos de ponta, ou um apoio forte e duradouro a uma ampla agenda anticorrupção. Nenhuma das duas condições, contudo, se fez presente. (VANUCCI, 2009, p. 259).

Em nosso entendimento, essa ampla agenda anticorrupção deveria passar, entre outras providências, pelo corte das ligações sistêmicas e ilícitas entre a ordem política e o grande capital, especialmente o financeiro, como a contumaz evasão fiscal e o financiamento ilegal de campanhas políticas. Tais práticas permitem que boa parte do Estado e do grande capital se configurem, em conjunto, como um polo detentor de enorme quantidade de poder perante o restante da sociedade civil, gerando aguda e antidemocrática assimetria de forças. O que aconteceu na Itália pode ser interpretado por esta passagem de Boaventura de Souza Santos:

103

Os sistemas políticos convivem, hoje, sem grandes perturbações para a sua estabilidade, com níveis elevados de criminalidade individual, dita comum. Já o mesmo não sucede com três outros tipos de criminalidade, o crime organizado, o crime político e o crime cometido por políticos no exercício das suas funções ou por causa ou em consequência delas, como é o caso da corrupção [...] As dificuldades do sistema político perante estes tipos de criminalidade resultam de uma situação paradoxal, susceptível de ocorrer mais frequentemente do que se pensa. Por um lado, a existência dessa criminalidade e a sua impunidade pode, para além de certos limites, pôr em causa as próprias condições de reprodução do sistema. Mas, por outro lado, o mesmo pode ocorrer se a punição dessa criminalidade, pela sua sistematicidade e dureza, contribuir para cortar eventuais ligações do sistema político com tal tipo de criminalidade no caso de tais ligações serem vitais para a reprodução do sistema político. Devido a este paradoxo, a atuação repressiva dos tribunais ocorre frequente-

mente num fio de navalha, sempre aquém das condições que poderiam maximizar a sua eficácia e, por isso, sujeita a críticas contraditórias”. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, 1996, p. 54).

A política tradicional italiana “desmoronou”, levando de roldão partidos e personagens históricos¹⁹, porque a punição judicial dessa criminalidade, cujas ligações com o sistema político eram “vitais para sua reprodução”, foi exercida com extrema eficácia pela Mãos Limpas. Mas como não se modificaram as estruturas institucionais e culturais subjacentes, a corrupção italiana, que se pensou, por um momento, ceifada na raiz pela brilhante ação judicial, rebrotou imediatamente, tão ou mais forte que antes.

104 O financiamento ilegal e desmesurado de campanhas políticas é uma dessas ligações sistêmicas do sistema político com a ilegalidade, vitais para a reprodução do mesmo. É uma das mais importantes portas de entrada para que a corrupção se acople ao sistema político. E traz não somente a corrupção em sentido estrito – da empresa que paga a campanha do político e depois superfatura a obra que este lhe dá para fazer – mas outra corrupção mais difusa, menos apontada, porém tão grave quanto: aquela que avilta a representação popular e, destarte, a própria democracia. O que, em boa medida, está representado, hoje, em vários sistemas políticos, é o dinheiro, e não a vontade popular.

Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras, assinou acordo de colaboração premiada crucial para o deslindamento dos esquemas de corrupção na estatal. Condenado pela Justiça (em pena mais branda devido ao acordo), afirmou, em um depoimento à CPI que investiga a corrupção na Petrobras, o que é de amplo conhecimento: várias doações das empresas investigadas vieram de propinas obtidas em seus contratos com a Petrobras. Doações oficiais, ele ressaltou²⁰.

Pela íntima relação entre a corrupção e as doações de campanha – oficiais e não oficiais –, estas últimas constituem, obviamente, um fio da meada que qualquer investigação profunda sobre malversação de dinheiro público

19. O único dos grandes partidos italianos a sair basicamente ileso dos escândalos e julgamentos foi o Partido Comunista.

20. O GLOBO. À CPI, Costa diz esperar que seu “sacrifício” não seja em vão, 05 mai. 2015. Disponível em: <globohttp://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/cpi-costa-diz-esperar-que-seu-sacrificio-nao-seja-em-vao.html>. Acesso em: 22 out. 2015.

deveria seguir. A grande mídia brasileira tem apresentado a Operação Lava Jato como um divisor de águas no combate à corrupção no Brasil, como a oportunidade de “passar a limpo” o esquema viciado de relação entre o público e o privado. Mas a relação corrupção/doações de campanha no Brasil tem sido investigada a fundo, em toda sua extensão, pela Operação?

Em março de 2015, o ministro do STF Teori Zavascki, aceitou denúncia do Ministério Público e determinou a abertura de inquéritos para investigar 50 políticos que poderiam estar envolvidos com o desvio de verbas na Petrobras. Destes 50 deputados, senadores e governadores, a maioria, 31, são do PP²¹, oito do PMDB, oito do PT, e um do PTB, SD e PSDB, cada. Ou seja, 47 políticos da chamada “base aliada do governo federal” – PP, PMDB e o próprio PT – e somente três políticos de outros partidos.

Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, dos 32 partidos políticos registrados no Brasil em 2014, 28 receberam doações eleitorais das empreiteiras acusadas pelo Ministério Público de formarem um cartel para desviar recursos da Petrobras.²² Nas eleições de 2010 e 2014 essas empreiteiras doaram, oficialmente, 822 milhões de reais a esses 28 partidos. Cerca de 70% desse valor foi para os três maiores partidos, PT, PMDB e PSDB – 33% para o PT, 20% para o PSDB, e 17% para o PMDB. Os nove partidos componentes da chapa que elegeu Dilma Roussef presidente da República em 2014 (PT, PMDB, PSD, PP, PR, PROS, PDT, PCDoB e PRB), amealharam, em conjunto, mais de 523 milhões (cerca de 63%) dessas doações. Os outros 37% das doações, mais de 298 milhões de reais, foram para partidos que não fazem parte da chamada “base aliada”, ou seja, partidos que fazem oposição sistemática ou eventual ao governo federal²³.

Se a base aliada recebeu 63% das doações das empreiteiras investigadas, como se justifica que tenha quase a totalidade dos políticos acusados no escândalo da Lava Jato? Ao revés, como explicar que os principais partidos de

21. Quarto maior partido brasileiro, atrás de PMDB, PT e PSDB, o PP (Partido Progressista) é oriundo da antiga Arena, partido de sustentação do regime militar. Seu quadro político mais conhecido é o ex-prefeito e ex-governador de São Paulo, Paulo Maluf. Desde a redemocratização, o PP apoia e participa de todos os governos, seja de que tendência política for. Ao longo dos governos Lula e Dilma, o partido deteve posições importantes, como o Ministério das Cidades e o da Integração Nacional, comandando programas como o Minha Casa Minha Vida e a Transposição do Rio São Francisco.

22. Só não receberam doações das empresas agremiações de esquerda como o Psol, PSTU, PCB e PCO.

23. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Prestação de Contas – Eleições 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/divulgacao-da-prestacao-de-contas-eleicoes-2014>. Acesso em: 5 nov. 2015.

oposição ao governo Dilma, PSDB, DEM, PPS e SD, tenham recebido, juntos, mais de 202 milhões dessas empreiteiras, quase 25% do total, e tenham tido somente dois políticos denunciados?

A possível resposta de que os partidos de oposição não estão, evidentemente, no comando atual do governo federal e, portanto, no comando atual da Petrobras, é plausível, mas esbarra nas declarações de vários acusados e delatores da Operação de que os esquemas de corrupção na estatal vinham desde a década de 1990, quando o PSDB detinha o governo federal e que políticos deste partido se envolveram em esquemas ilícitos com a empresa²⁴.

Além disso, por mais relevância que os desvios na Petrobras indubitavelmente tenham, estes não são, infelizmente, o único âmbito em que a corrupção ocorre no Brasil. De acordo com os cálculos do Ministério Público, o rombo nas contas da Petrobras deve chegar à casa dos 6 bilhões de reais. Muito dinheiro, realmente.

Mas o rombo que é investigado pela Operação Zelotes, debruçada sobre as denúncias de manipulação de julgamentos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), espécie de “tribunal” administrativo da Receita Federal, que funciona no âmbito do Ministério da Fazenda²⁵, tem, no mínimo, a mesma dimensão. Investigações preliminares já constataram 5,7 bilhões de reais de impostos sonegados por via desse esquema, mas o valor envolvido nos julgamentos sob suspeição e investigação é mais de três vezes maior: 19 bilhões de reais. Pelo CARF tramitam, atualmente, recursos contra multas da Receita que atingem a ordem de R\$ 565 bilhões de reais²⁶.

24. Em seu acordo de colaboração premiada, o ex-gerente executivo de Engenharia da Petrobrás, Pedro Barusco, afirmou ter recebido propina desde 1997, período de gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. (ESTADO DE S. PAULO. Ex-gerente da Petrobras diz ter recebido propina desde 1997. 05/02/2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-da-petrobras-diz-ter-recebido-propina-desde-1997/>>. Acesso em: 4 nov. 2015). Já outro delator, também funcionário da Petrobras, Eduardo Musa, referiu as propinas a um tempo mais antigo ainda: 1978. ESTADO DE S. PAULO. Ex-gerente da Petrobras diz que propinas remontam a 1978. 24/10/2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-diz-que-propinas-na-petrobras-remontam-a-1978/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

25. Se um contribuinte, pessoa física ou jurídica, recebe uma multa da Receita Federal por alguma infração tributária pode, antes de ingressar na Justiça, contestar tal multa na esfera administrativa, ou seja, na própria Receita/Ministério da Fazenda. Ele o faz, primeiramente, perante as Delegacias Regionais de Julgamento (DRJ) da Receita Federal. Se o auto de infração for mantido pela DRJ, ele pode recorrer ao CARF. A Zelotes investiga esquemas de tráfico de influência para a venda de decisões do CARF em 74 julgamentos. Entre as empresas suspeitas de terem sido beneficiadas estão, segundo a Polícia Federal, os grupos Gerdau e RBS (Rede de TV afiliada à Rede Globo), as montadoras de automóveis Ford e Mitsubishi e os bancos Santander e Safra.

26. O CARF é composto por conselheiros que, divididos por turmas julgadoras – conforme as questões tribu-

Malgrado investigar um verdadeiro sangradouro de dinheiro público via corrupção e sonegação, a Operação Zelotes não está tendo a mesma fortuna jurídica e midiática que a Lava Jato²⁷. No plano jurídico, o primeiro magistrado designado para supervisionar a Operação, cumprindo o papel que o Juiz Moro tem na Lava Jato, o juiz Ricardo Augusto Soares Leite, da 10ª Vara Federal de Brasília rejeitou, ao contrário do juiz Moro, os pedidos de prisão temporária de 26 pessoas e quebras de sigilo de algumas delas e do próprio inquérito. Após o Ministério Público fazer uma representação na corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região contra o juiz Leite, este foi substituído pela juíza Marianne Bezerra Sahtler Borré na 10ª Vara Federal. Na mídia, a Zelotes não tem, nem de longe, a cobertura da Lava Jato, portanto, “não se vê uma sensibilização da importância do caso”, afirmou o procurador Paiva.

Talvez porque, além de investigar grupos de mídia, a Operação Zelotes ponha o dedo na ferida de outro enorme veio de corrupção no país, a sonegação fiscal. Um estudo patrocinado pela Global Financial Integrity, entidade norte-americana especializada na análise de fluxos ilegais de recursos financeiros, e coordenado por Dev Kar, ex-economista sênior do Fundo Monetário Internacional, estima que, entre 1960 e 2012, saíram ilegalmente do Brasil mais de 400 bilhões de dólares – cerca de 1 trilhão e 600 bilhões de reais. (KAR, 2012). Segundo Kar, só entre 2010 e 2012, as saídas ilegais foram de cerca de 33 bilhões de dólares ao ano.

Também ligado ao fluxo ilícito de capitais e à sonegação fiscal, outro escândalo de corrupção que não mereceu tanta atenção da mídia foi o da filial

tárias de que se ocupem –, representam paritariamente o Estado (no caso, a Receita Federal) e a sociedade (no caso, os contribuintes). Os conselheiros que representam os contribuintes, em geral advogados tributaristas, são indicados por entidades classistas patronais. As críticas apontam que o CARF tem sido instrumentalizado pelo grande capital para que possibilite uma sonegação fiscal maciça. A estrutura do CARF, segundo o procurador da República Frederico Paiva, responsável pela Operação Zelotes, “representa o que há de pior no Estado brasileiro”. Segundo a reportagem do site Consultor Jurídico: “Com uma estrutura ineficiente e burocrática, baixa informatização, distribuição manual e direcionada de processos, falta de transparência e ausência de critérios para compor as turmas, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais representa ‘o que há de pior no Estado brasileiro’, e favorece o tráfico de influência. Essa é a opinião do procurador da República Frederico Paiva, responsável pela Operação Zelotes, que investiga denúncias de que conselheiros do órgão se associaram a consultores e advogados para, mediante pagamento, influenciar nos julgamentos”. “CARF representa o pior do Brasil”, diz procurador que investiga o órgão”. *Consultor Jurídico*, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-ago-13/carf-emula-pior-estado-brasileiro-procurador-zelotes?imprimir=>>. Acesso em: 28 out. 2015.

27. Só recentemente recobrou-se o interesse pela Zelotes, quando o filho do ex-presidente Lula foi intimado a depor nas investigações.

suíça do banco HSBC. Em 2009, um ex-funcionário de Tecnologia da Informação do HSBC forneceu ao fisco francês documentos que mostravam que o banco havia ajudado 106 mil clientes, de 203 países, a manter contas secretas na instituição com o fito de sonegar impostos no valor de 180 bilhões de euros (cerca de 720 bilhões de reais). A lista chegou às mãos de jornalistas de órgãos de imprensa como o *The Guardian*, inglês, e o *Le Monde*, francês, que o repassaram ao International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ – Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos), que compartilhou os dados com 140 jornalistas associados, de vários países, inclusive o Brasil. O relatório mostra que há 6.606 contas de brasileiros, no valor de 7 bilhões de dólares (quase 28 bilhões de reais). O jornalista associado ao ICIJ no Brasil é Fernando Rodrigues, do site UOL, que divulgou, por enquanto, somente os nomes dos correntistas que são investigados pela Lava Jato. O caso tem sido acompanhado por uma CPI do Senado, cujo prazo final seria 22 de dezembro de 2015.²⁸

108

Por conta dos desequilíbrios nas divulgações dos diversos casos de corrupção na mídia e no tratamento dado a eles pelo Judiciário, o PT e os defensores do governo Dilma, duramente acusados pela opinião pública em decorrência da Operação Lava Jato, têm reclamado bastante do que chamam de parcialidade da Polícia Federal, da Justiça e da mídia no processo. Para eles, a Lava Jato tem sido conduzida de forma absolutamente enviesada, direcionada a prejudicar não somente o PT, mas também a própria Petrobras, em meio a disputas e indefinições a respeito do modelo de exploração das reservas de petróleo do chamado “pré-sal”.

Os críticos afirmam que, aproveitando o prejuízo causado à imagem da Petrobras pela Lava Jato, o projeto de lei do senador do PSDB José Serra, que retira a obrigatoriedade de a Petrobras ser a operadora única na exploração das reservas do pré-sal, contraria os interesses brasileiros, já que, muito mais que uma mercadoria, o petróleo possui enorme relevância econômica,

28. Em seu *blog*, o jornalista Fernando Rodrigues afirmou, em 15 de julho de 2007, que “há um grande movimento em curso dentro do governo federal e até em setores da oposição para que a CPI do HSBC termine sem apurar nada. Muitos doadores de campanhas eleitorais têm seus nomes citados no escândalo”. RODRIGUES, Fernando. STF ajuda CPI do HSBC e permite quebra de sigilos no caso *Swissleaks*. Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/07/15/stf-ajuda-cpi-do-hsbc-e-permite-quebra-de-sigilos-no-caso-swissleaks/>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

política e estratégica. Não é objetivo deste ensaio aprofundar-se em questão tão complexa e técnica como essa dos modelos de exploração das reservas de petróleo do pré-sal. Saliente-se, apenas, que muitos apontam que as causas da crise na Petrobras, que tem consequências deletérias para toda a economia e sociedade brasileiras, não se devem apenas às investigações judiciais, mas ao fato de que as finanças da empresa foram corroídas, nos últimos anos, por ela ter sido usada para manter os preços dos combustíveis artificialmente baixos e ter sido obrigada a arcar com a maioria dos investimentos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e ao fato de que os preços do petróleo estão em queda no mundo todo. Ou seja, a Lava Jato pode ter agravado a situação, mas a mais importante empresa brasileira estaria hoje, de qualquer forma, em maus lençóis devido à administração equivocada dos últimos governos federais e à conjuntura internacional desfavorável.

A situação das empreiteiras investigadas, contudo, parece estar diretamente relacionada à operação policial-judiciária. E tais empreiteiras também movimentam boa parte da economia nacional. Elas ocupam o topo de uma cadeia econômica que, segundo o ministro Luís Adams, da Advocacia Geral da União (AGU), compõe-se de cerca de 50 mil outras empresas prestadoras e fornecedoras de produtos e serviços, responsáveis por 500 mil empregos e 13% do PIB nacional. A diminuição ou paralisação das atividades dessas empresas, portanto, gera um efeito dominó negativo sobre a economia e o desemprego. Em declaração dada à revista *Vértice*, do Conselho Regional de Economia de Minas Gerais (CREA-MG), o ministro afirmou que a melhor saída para que a investigação de corrupção nessas empresas não comprometa a economia brasileira seriam os acordos de leniência, quando os grupos envolvidos assumem suas culpas e se comprometem a uma série de medidas para pagar financeiramente pelos crimes cometidos e evitar futuros desvios, em troca da volta à condição de poderem fechar contratos com a área pública.²⁹ Adams assevera que,

29. Atinentes à atividade empresarial, os Acordos de Leniência são análogos à colaboração premiada. Foram previstos na lei 12.529, de 2011, cujo objetivo foi estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, combatendo crimes contra a ordem econômica e crimes como a prática de cartel. Por isso contam sempre com a participação, nas negociações, do CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência –, órgão que cuida de um fundamento ideológico do capitalismo liberal, a livre-concorrência empresarial. As empresas devem

Preservar a atividade econômica não é incompatível com combater a corrupção. Temos institutos legais que viabilizam uma solução que permite o efetivo combate à corrupção com a submissão da empresa, mudança comportamental, colaboração, ressarcimento, associado à preservação. Mas nós não temos que transformar essas consequências em realidade traumática para 500 mil empregados e os milhares de investidores que apostaram nessa atividade econômica e que não têm nenhuma responsabilidade sobre o que alguns agentes tiveram em relação à Lava Jato.³⁰

Enquanto as grandes empresas nacionais passam por maus pedaços com a Operação Lava Jato, jornalistas denunciam que empresas estrangeiras, igualmente citadas por réus/investigados como partícipes de esquemas de corrupção, saem ilesas. Segundo o colunista Jânio de Freitas, do jornal *Folha de S.Paulo*:

110 Nenhum dos dirigentes das empresas estrangeiras que pagaram suborno foi preso. Nem teve sua casa visitada pela PF para busca e apreensão de documentos. Nenhum está ou foi submetido a processo por suborno. Só os intermediários passaram por busca e apreensão. [...] As empreiteiras brasileiras acusadas de prática de suborno estão proibidas de firmar contrato com a Petrobras. O que tem implicações múltiplas também para a própria Petrobras. [...] As empresas estrangeiras Jurong, Keppel Fels, Saipem, Samsung e Mitsui não receberam visitas policiais para busca e apreensão nas filiais que todas têm no Brasil. Nem sofreram medida alguma por serem, como as brasileiras, acionadoras de corrupção e pagadoras de subornos. E continuam liberadas para fazer contratos com a Petrobras.[...] uma

identificar os demais envolvidos nas operações investigadas, fornecer informações que comprovem as infrações, cassar completamente a conduta desviante e ressarcir eventuais prejuízos. Em troca, não há denúncia contra a empresa e extingue-se a punibilidade do ilícito. Os malfeitos praticados pelas empresas investigadas/acusadas na Lava Jato envolvem, geralmente, formação de cartel para fraudar licitações públicas. Por conta disso, o CADE e o Ministério Público já negociaram, no âmbito da Lava Jato, acordos de leniência com as empresas SETAL e SOG Óleo e Gás, e com a construtora Camargo Correa, esta última por formação de cartel nas licitações de obras da Eletronuclear, empresa estatal de economia mista que gerencia o programa nuclear brasileiro e as usinas nucleares de Angra dos Reis. Também as empresas de comunicação Borghi Lowe e FCB Brasil negociaram acordos de leniência por conta de irregularidades em contratos de publicidade com o governo federal. Recentemente, o ministro Teófilo Zavascki, do STF, retirou a competência das investigações de corrupção na Eletronuclear da alçada da Operação Lava Jato, transferindo-a à Justiça Federal do Rio de Janeiro, sede daquela estatal, na medida em que o objeto da Lava Jato são os ilícitos relacionados à Petrobras.

30. Vértice. O risco da paralisação: crise econômica e Operação Lava Jato ameaçam infraestrutura do país. Crea-Minas, nº 27, jul-ago-set 2015, p. 14.

das cinco estrangeiras praticantes de corrupção, a Mitsui, ficou liberada para se tornar até sócia da Petrobras na GASPETRO. É o que acaba de fazer. (FREITAS, 2015).

Por conta de todas essas consequências, não só políticas, mas econômicas da Lava Jato, muitos apresentam o juiz Moro como condutor de uma estratégia política de se atingir deliberadamente o PT e de se enfraquecer a Petrobras, as empresas e a economia brasileira, aprofundando a recessão econômica, para conferir à oposição ao governo federal os benefícios da desmoralização da gestão da presidente Dilma Rousseff. E chegam a salientar as ligações do juiz, e de sua esposa, ao PSDB.

O juiz Alexandre Morais da Rosa reputa tais acusações descabidas e injustas. Nem por isso deixa de criticar seu colega.

“As tentativas de desacreditar o juiz Sérgio Fernando Moro em face de seus vínculos familiares e pretensões ocultas não são republicanas. Algumas matérias beiram o sensacionalismo”, protesta Rosa, que afirma que, embora pense profundamente diferente de Moro em muitos pontos, deve-se sublinhar que “os textos e decisões que publicou no decorrer de sua vida, como juiz e professor, mostram sua coerência teórica”. (ROSA, 2015).

111

Coerência, segundo Rosa, em torno de uma interpretação do processo penal que relativiza a presunção de inocência, o direito ao silêncio e o direito a não produzir prova contra si mesmo – e a forma como Moro vem se portando em relação às colaborações premiadas sintetiza tais relativizações.

Uma das críticas de Rosa refere-se ao fato de o mesmo juiz concentrar as tarefas de participar tão ativamente do momento investigatório, no qual, em procedimentos como a Lava Jato, negociam-se os acordos de colaboração premiada e, mais tarde, conduzir o julgamento e proferir a decisão final sobre o caso. No momento investigatório é pré-processual, a polícia ainda está coletando provas e indícios, o Ministério Público ainda está acompanhando e analisando o trabalho policial, para decidir se faz a denúncia ao juiz. Aceita a denúncia pelo juiz é que se inicia o momento processual. Em artigo publicado com o advogado Aury Lopes Jr., Rosa afirma temer que a atuação do mesmo juiz nas fases pré-processual e processual prejudique o “princípio supremo do processo”, a imparcialidade do julgador.

Em casos nos quais o juiz tem intensa atividade na fase pré-processual [...] é inevitável a contaminação, o imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos que é chamado a fazer, a todo momento, diante dos pedidos de prisão preventiva/temporária, de busca e apreensão, de sequestro de bens etc. Mais grave ainda é quando ocorrem as famosas “delações premiadas”, em que seu aval significa uma profunda cognição do conteúdo da confissão-delação. É uma aceitação dela, senão não homologaria [...] Nesse cenário, é mais do que evidente a necessidade de separação do juiz “da investigação” do juiz “do processo” [...] como forma de assegurar a máxima eficácia do contraditório judicial. (ROSA; LOPES, 2014).

112 O que Rosa e Lopes Jr. estão defendendo é o que se chama, em direito penal, “sistema acusatório”. O sistema acusatório penal, apesar do nome, é o que apresentaria, segundo seus defensores, o maior grau de afinidade com o Estado democrático de direito. Pois ele se formou na reação e superação a outro sistema penal, o “inquisitório” ou “inquisitivo”, típico, como o nome indica, dos processos eclesiais da Inquisição, em que o julgador concentrava as tarefas de coletar as provas, acusar e julgar, e o acusado, portanto, não tinha direitos e potencialidades mínimas de se defender, figurando como mero joguete no processo, totalmente à mercê de poderes superiores. A primeira e fundamental providência do sistema acusatório foi separar claramente, em nome da imparcialidade e da diminuição das assimetrias de poder no julgamento, as funções de acusar e de julgar o cidadão.

Formalmente, o sistema penal brasileiro segue esse sistema acusatório, na medida em que a acusação não está a cargo do juiz, mas do Ministério Público. E é por isso que a Constituição consagra institutos como o do devido processo legal, balizado pelo contraditório³¹ e ampla defesa, o da presunção de inocência até o trânsito em julgado do processo, ou do julgamento por juiz competente e imparcial – elementos do sistema acusatório coetâneos ao Estado democrático de Direito. Teórica e oficialmente, portanto, o Brasil possui um sistema penal acusatório. Nenhum juiz pode, por conta própria, tomar a iniciativa de iniciar um processo penal, dependendo, para isso, de

31. O contraditório, grosso modo, é o direito que o réu tem de “falar”, de expor suas razões, argumentos e defesas, no processo. Direito ausente ou tolhido em sistemas penais não democráticos.

uma propositura, ou denúncia ou queixa, e no processo as partes debatem sob contraditório e ampla defesa – tão ampla, em certos casos, com tantas brechas e recursos judiciais à disposição, que, como lembrou o já citado procurador Araújo, quem tenha residência e emprego fixo, dinheiro para pagar uma competente defesa e a sorte/capacidade para seu caso não ser coberto pela mídia, dificilmente irá preso por qualquer crime.

Mas, de forma aparentemente paradoxal, esse garantismo do sistema acusatório – excessivo até, mas disponível somente para os socialmente favorecidos –, convive, segundo alguns doutrinadores, com elementos do sistema inquisitivo. Isto porque, segundo Denilson Feitoza Pacheco,

O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento “das partes”: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial; decretar prisão preventiva.³²

Não basta, portanto, garantem Rosa e Lopes Jr., separar acusação e julgamento para expurgar todas as dinâmicas autoritárias típicas de um sistema inquisitório – é necessário também que o juiz que julga o processo se abstenha não só de acusar, mas de lidar com a produção de provas, de exercer um protagonismo na fase de investigação preliminar e na obtenção de provas. Caso o faça – ou tenha de fazê-lo, como na colaboração premiada e nas decretações de prisões preventivas –, o juiz que participa ativamente das investigações preliminares não deve ser o mesmo juiz que julgará posteriormente a ação. Esta, lembram os autores, é a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: o juiz que, no julgamento, terá o atributo de avaliar a legalidade de uma prova não pode ser o mesmo que, antes, já a deferiu. E completam:

É por isso que insistimos tanto na concepção do sistema acusatório a partir do núcleo fundante “gestão da prova” [...], pois não basta a mera separação inicial

32. PACHECO, Denilson Feitoza, *apud* NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Processo penal brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista? *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em: 24 out. 2015.

das funções de acusar e julgar, precisamos manter o juiz afastado da arena das partes e [...] atribuir a iniciativa e gestão das provas às partes, nunca ao juiz, até o final do processo. (ROSA; LOPES, 2014).

Como isso não acontece, como, segundo doutrinadores, há claros elementos inquisitórios no sistema processual penal brasileiro, muitos o classificam como um sistema misto, em que os componentes acusatórios estariam basicamente nas normas e princípios da Constituição Federal e os componentes inquisitivos em dispositivos legais infraconstitucionais, na jurisprudência e na cultura jurídica predominante. Há quem qualifique esse sistema misto de “inquisitivo garantista” – nem totalmente acusatório nem totalmente inquisitivo. O que, a princípio, seria um paradoxo, já que uma das características basilares do processo penal tipicamente inquisitivo é o fato de as garantias do réu serem mínimas – como seria “garantista”, então?

114 Quando se considera, contudo, que o sistema é inquisitivo para os de baixo e garantista para os de cima, o paradoxo se desfaz. E mais que desfazer o paradoxo, tal constatação da aplicação diferenciada e seletiva de paradigmas distintos, opostos até, dentro de um mesmo subsistema jurídico gera insegurança, imprevisibilidade e discricionariedade na aplicação da lei. O que, para alguns, não seria gratuito. Segundo o antropólogo norte-americano James Holston, o Direito, no Brasil, é um vetor de “complexidades processuais e substantivas insolúveis”, um cipoal de complicações normativas e burocráticas que não visam estabelecer parâmetros universais, mas janelas de oportunidades para que os poderosos façam valer seus interesses, mantendo os privilégios e diferenças entre poucos cidadãos com muitos direitos e poucos deveres, e muitos cidadãos com poucos direitos e muitos deveres. (HOLSTON, 2013). “Instrumento de desordem calculada” – é assim que Holston qualifica a lei no Brasil.

Não se sabe se Rosa concordaria com o adjetivo “calculada”, mas certamente corrobora que, pelo menos no direito processual penal, reina a desordem:

O processo penal brasileiro e sua leitura constitucionalizada é um caos na doutrina e jurisprudência. Não se sabe, ao certo, quais são os limites aplicáveis, por exemplo, da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra

si mesmo. Assim é que Moro, a partir do direito comparado, especialmente o dos EUA, promoveu a construção de seu sistema de aplicação do direito. (ROSA, 2015).

Realmente, apesar dos elogios à Operação Mãos Limpas, a referência fundamental de Moro em termos de sistema processual penal parece vir dos Estados Unidos. E ao defender a colaboração premiada, o magistrado lembra reiteradamente que esta se faz presente em sociedades democráticas e liberais, como a França e os EUA.

Na verdade, a colaboração premiada existe não só nesses países, mas em vários outros – assim como há países que a rejeitam firmemente. Em um trabalho publicado na Universidade de Harvard, Yehonatan Givati estudou a colaboração premiada (*plea bargaining*, em inglês), sob a perspectiva do direito internacional comparado. A *plea bargaining*, segundo ele, é eficiente para punir culpados, mas também abre o flanco para punir inocentes. A partir daí ele levanta dados sobre o instituto em 42 países, se o utilizam ou não, e a gradação em que o fazem. E oferece um modelo explicativo para isso, baseado em três variáveis: 1) aceitação social da possibilidade de se punir inocentes; 2) ênfase social em não se deixar de punir os culpados; 3) índices gerais de criminalidade.

115

Níveis altos de criminalidade e uma ênfase social concentrada em assegurar que os indivíduos culpados sejam punidos levam a um uso maior da *plea bargaining*, enquanto níveis menores de criminalidade e a ênfase social em assegurar que indivíduos inocentes não sejam punidos levam a um uso menor da *plea bargaining*.³³

Givati classificou os 42 países em relação à colaboração premiada dividindo-os em três grupos. O grupo um, de países que não a utilizam ou o fazem de modo bem restrito; o grupo dois, de países que a usam, mas não permitem seu uso para crimes graves com sentenças de prisão de longa duração; e

33. GIVATI, Yehonatan. The comparative law and economics of plea bargaining: theory and evidence. Disponível em: <www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2015. Tradução própria.

o três, de países que não têm restrições para seu uso. No grupo um, de países que não usam ou usam bem restritamente o instituto, estão Áustria, Bélgica, Croácia, Chipre, Coreia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, Grécia, Holanda, Japão, Luxemburgo, México, Portugal, República Tcheca, Suécia, Suíça. No grupo dois, intermediário, aparecem Alemanha, Bulgária, Chile, Espanha, França, Hungria, Itália, Letônia, Noruega, Polônia, República Dominicana, Rússia, Taiwan. E no grupo três, os países que usam amplamente a *plea bargaining* são África do Sul, Austrália, Canadá, Estados Unidos da América, Filipinas, Irlanda, Israel, Nova Zelândia, Reino Unido e Venezuela³⁴. Neste último grupo, sete dos dez são países de colonização anglo-saxônica, cujo ordenamento jurídico é o da chamada *Common Law*³⁵ – mesmo países não tipicamente anglo-saxões, como as Filipinas e Israel, têm seus ordenamentos jurídicos influenciados pela tradição da *Common Law*, a Venezuela é a única exceção no grupo³⁶.

34. GIVATI, *op. cit.* p. 22. Os dados são referentes a 2005.

35. A *Common Law* é a tradição jurídica que se formou na Inglaterra e, a partir de sua colonização e influência, nos países anglo-saxões. Talvez a principal diferença dessa tradição em relação à chamada tradição de *Civil Law*, dominante nos demais países europeus e em suas formações coloniais, seja a do papel que o costume e a tradição nela desempenham, fixados na ordem jurídica por meio dos chamados “precedentes” – decisões judiciais sedimentadas, jurisprudência fixada sobre um assunto que vai referenciar, como os códigos legais referenciam na *Civil Law*, as futuras decisões sobre tal assunto. Vigiam, originalmente, na Inglaterra medieval e moderna, tanto as *statute laws*, leis escritas, estatuídas, quanto às *common laws*, leis consuetudinárias, ou seja, costumes que se consubstanciavam nas decisões judiciais. A proeminência das últimas foi sendo lograda por meio da ideia fundamental de que a prática legítima o direito, pois nela estão presentes os hábitos culturais, a tradição e o ideal do bem comum. Daí o precedente, o *stare decisis* – não se modifica, a não ser excepcionalmente, o que já está decidido. Segundo Max Weber, esse “método empírico” de formação do direito deveu muito, historicamente, à prevalência dos interesses de uma camada de profissionais jurídicos ingleses, que praticavam o direito como um ofício prático, e não, como no restante do continente europeu, a partir do ensino jurídico universitário que lançava mão da tradição romano-canônica. Esta era conhecida na Inglaterra, estudada em Cambridge e Oxford, mas foi nas *Inns of Courts* londrinas que se formou o direito inglês, monopolizado por corporações de advogados – a partir dos quais eram escolhidos os juízes –, organizados segundo regras rígidas de admissão e ética profissional. Seus membros recebiam um treinamento que visava a um esquema de contratos e ações úteis na prática, orientados no sentido do interesse dos clientes, em situações tipicamente recorrentes. Seu raciocínio jurídico, garante Weber, “vai sempre do particular ao particular, mas nunca tenta ir de proposições particulares a gerais, para poder, posteriormente, deduzir delas as normas para novos casos particulares”. (WEBER, 1986, p. 319). Ao veicular o método jurígeno empírico e evitar, portanto, a sistematização para análise lógica e legislação que ocorreu na *Civil Law*, os grêmios de advogados ingleses habilitavam-se a defender os interesses de seus principais clientes, os membros das classes comerciais e proprietárias, tendo sido especialmente importante o exame de títulos de propriedade – todos precários, por conta da tumultuada história inglesa. Além disso, como a administração de justiça concentrou-se, então, nos tribunais londrinos, tal fato, junto aos custos elevados do processo legal, significou uma recusa da justiça às pessoas com recursos ineficientes. (WEBER, 1999, p. 523).

36. Os dados mostram claramente, portanto, que, para além das variáveis da tolerância à punição de inocentes e/ou pressão por punição de culpados e do nível de criminalidade, outra variável crucial a ser levada em conta na explicação do uso ou não da *plea bargaining* seria o tipo de tradição jurídica que o país seguiria – da *Common Law* ou da *Civil Law*. O que, a princípio, não desmereceria os outros fatores levantados por Givati, podendo, até mesmo, se agregar a eles em uma explicação mais complexa e refinada.

Embora tenha, portanto, uma afinidade clara com o paradigma da *Common Law*, e seja amplamente usada no direito penal nos EUA, a colaboração premiada não está imune de controvérsias mesmo entre os norte-americanos.

Em outubro de 2014, a revista *The Economist* publicou duas longas reportagens sobre a justiça criminal norte-americana, em que, segundo estudos, 95% das condenações criminais são alcançadas mediante acordos de colaboração premiada. Altamente crítica, a reportagem sustenta que, por meio da *plea bargaining*, os promotores dominaram a justiça criminal norte-americana, em detrimento dos juízes, ameaçando, em nome do pragmatismo, os direitos civis dos cidadãos³⁷.

Para entender as críticas da revista, é necessário saber que, no sistema penal norte-americano, os crimes não possuíam, originalmente, como no nosso ordenamento, uma referência legal obrigatória que definisse sentenças mínimas e máximas para cada delito. Exemplo: para o crime de roubo, em nosso código penal, é prevista reclusão pelo mínimo de quatro e máximo de dez anos, sujeita a agravantes e atenuantes, além de multa. No julgamento penal norte-americano, o júri, amplamente utilizado para o julgamento de vários tipos de crimes, decide se o réu é culpado ou inocente. A partir daí, os juízes definem as penas dos declarados culpados levando em conta todas as circunstâncias do caso, a jurisprudência aplicável e exercendo um alto grau de discricionariedade. Esse sistema, formalmente, não acabou, mas foi modificado pela introdução, para certos crimes, das *mandatory minimum sentences* – sentenças mínimas obrigatórias, que nada mais são que as nossas definições legais de prazos mínimos e máximos de prisão para cada crime. As sentenças mínimas obrigatórias foram introduzidas no contexto da “guerra às drogas”. Conforme a legislação federal ou estadual, portanto, um crime de posse ou de tráfico de drogas deve ter uma sentença mínima e máxima.

E quem define, nos delitos de droga, se um réu será acusado por posse ou por tráfico são os promotores, que têm utilizado, cada vez mais, a *plea*

37. THE ECONOMIST. A plea for change: american prosecutors have too much power, hand it some to judges. Kings of courtroom: how prosecutors came to dominate the criminal-justice system. Oct 4th 2014. Disponível em: <www.economist.com/news/leaders/21621784-american-prosecutors-have-too-much-power-hand-some-it-judges-plea-change>; <www.economist.com/news/united-states/21621799-how-prosecutors-came-dominate-criminal-justice-system-kings-courtroom>. Acesso em: 21 out. 2015.

bargaining como método para que os investigados acusem comparsas – verdadeiros ou não, assevera a *The Economist*.

As sentenças obrigatórias impedem que os juízes levem em conta todas as circunstâncias do caso e exerçam a discricionariedade sobre a punição. Ao invés disso, a severidade depende grandemente das acusações que o promotor escolha fazer. Em casos complexos de crime de colarinho branco, eles podem ameaçar tratar cada *e-mail* como um caso em si de fraude. Em casos de drogas, podem escolher o quanto da quantidade encontrada com um traficante é de responsabilidade ou não de seus comparsas. Isso dá a eles enorme poder. Na Flórida, de 4 a 14 gramas de heroína dão um mínimo de três anos de prisão; 28 gramas ou mais dão 25 anos”.³⁸

118 Ou seja, os promotores, garante a revista, propõem a um acusado ou suspeito que, se ele colaborar, receberá uma acusação formal por algo menor, que o sujeitará a uma sentença obrigatória mais leve, e se não o fizer, será acusado por algo bem maior, cuja punição mínima será severa. As reportagens trazem casos estarrecedores, de inocentes injustamente condenados porque investigados precisavam denunciar alguém para ter uma acusação mais leve pela promotoria. E mencionam um estudo que aponta que metade das pessoas injustamente condenadas à morte nos Estados Unidos, nas últimas décadas, o foi com base em testemunhos falsos de informantes, tipicamente criminosos recompensados com punições mais brandas³⁹.

O desenho legal-institucional que dá tanto poder aos promotores, no sistema penal dos Estados Unidos, tem ainda, segundo a revista, outros componentes: 1) a “proliferação de novas leis incompreensíveis”, que “dão aos promotores mais espaço para interpretação e encoraja-os a sobrecarregar os réus para forçá-los à colaboração premiada”, destarte, em “casos complexos de crimes de colarinho branco, um promotor pode geralmente achar alguma norma técnica que seu alvo tenha quebrado”⁴⁰; 2) a forma pouco transparente

38. THE ECONOMIST, *op. cit.* Tradução minha.

39. GROSS; O'BRIAN; HU; KENNEDY. Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death”. PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences, vol. 111, n. 20. Disponível em: <www.pnas.org/content/111/20/7230.full>. Acesso em: 7 out. 2015.

40. THE ECONOMIST, *op. cit.*

pela qual os acordos de colaboração e denúncias são encaminhados e negociados⁴¹; 3) a relativa imunidade conferida aos promotores – mesmo quando incorrem em desmandos efetivamente comprovados, as punições são brandas, e a estrutura de incentivos aos abusos de certos promotores, interessados em transformar as “vitórias” nas cortes em parcerias lucrativas em grandes escritórios de advocacia ou em plataformas políticas para concorrer a cargos públicos;⁴²; 4) E, finalmente, talvez a mais importante de todas: o fato de o juiz não participar, em nenhum momento, da *plea bargaining* norte-americana. “Deixem os juízes julgarem”, é o subtítulo de uma das reportagens, cujo sentido mais latente é a denúncia de um desequilíbrio na relação entre promotores e juízes, em desfavor dos últimos.

Ao final, a revista afirma que, como muitos países que não admitem ou restringem a colaboração premiada, os EUA deviam fazê-lo também e que, se isso não fosse possível, a solução seria restaurar o protagonismo dos magistrados:

[...] as sentenças mínimas obrigatórias deveriam ser banidas, e os juízes deveriam julgar cada caso de acordo com seus méritos. O controle da promotoria sobre a *plea bargaining* deveria ser afrouxado, trazendo, por exemplo, um magistrado que pudesse conversar e negociar com ambos os lados, agindo de forma isenta. Isso faria a negociação mais equânime e lançaria luz a um processo que atualmente é tão obscuro quanto injusto.⁴³

119

A defesa da *plea bargaining* nos EUA se dá, como era de se esperar, pelo viés do liberalismo individualista, de afinidades economicistas, e do pragmatismo. Invocam-se, assim, os modelos dos contratos jurídicos e da teoria econômica para caracterizar a *plea bargaining* como transações voluntárias que maximizam o bem-estar para ambas partes, investigados/acusados/réus e Poder Público – esse entendimento é tão enraizado que a Suprema Corte

41. Segundo a revista: “[...] não é incomum que um colaborador tenha 15 ou 20 longos encontros com policiais e promotores. É difícil saber o que acontece nessas sessões porque elas não são gravadas. Os participantes tomam notas, mas não são obrigados a escrever tudo que é dito; nem têm de dividir tais notas com a defesa. O tempo que os colaboradores e seus tratadores passam sozinhos é um buraco negro”. (THE ECONOMIST, *op. cit.*). Tradução própria.

42. THE ECONOMIST, *op. cit.*

43. THE ECONOMIST, *op. cit.* Tradução minha.

norte-americana tem permitido o instituto sob o argumento da “mutualidade de vantagens” para ambos os lados⁴⁴. Há, ainda, o entendimento de que o direito subjetivo a um julgamento sob o instituto do contraditório (e, no caso norte-americano de maneira mais expressiva, sob um tribunal de júri) esse “direito” do qual o acusado/réu abre mão no momento em que faz o “contrato” de *plea bargaining* não seria propriamente um direito, mas uma prerrogativa (*entitlement*) que, explorada até as últimas consequências, poderia ser negociada e renunciada.⁴⁵

Pelo viés do pragmatismo, argumenta-se que não fosse a *plea bargaining* as cortes estariam abarrotadas, não se poderia desbaratar tantas organizações criminosas, prender tantos malfeitores – erros e abusos seriam um “mal necessário”, um “mal menor” em nome da guerra contra o crime, a corrupção, o terrorismo, as drogas. Essa concepção do direito penal como uma guerra, uma batalha contra inimigos assustadores, é justamente algo que alguns estudiosos vêm apontando como deletério e perigoso em termos democráticos. Nesse paradigma, “as condenações são vistas como vitórias numa batalha, e não como a procura da verdade por um Judiciário neutro”, aponta a professora Jacqueline E. Ross, da Universidade de Illinois. (Ross, 2006, p. 717). Justificam-se, a partir daí, mecanismos que visam obter o máximo possível de condenações, como se isso fosse um objetivo em si. Mecanismos que, para alguns, fazem parte de algo maior que o sistema jurídico penal. Pois o processo penal, assegura Alexandra Natapoff, pesquisadora e professora de Direito da Loyola Law School, de Los Angeles, é central no modo como se maneja a democracia. Em seu livro *Snitching: criminal infor-*

120

44. Ross, 2006, p. 725. Tradução minha. A suposição desse modelo contratual é que ambas as partes contratantes estão no melhor juízo possível de seus próprios interesses. E quando não estão, devem e podem estar – basta que sejam introduzidas reformas pontuais para corrigir os “constrangimentos” à ação e aos “déficits” de informação dos “atores” individuais.

45. Ross, 2006, p. 722. Crucial, aqui, a distinção, na língua inglesa, entre *rights* (direitos) e *entitlements* (geralmente, traduzível também por “direitos”, mas talvez mais afim à nossa acepção de “prerrogativas”). *Rights* (direitos) são universais, incondicionados, “naturais” e, portanto, irrenunciáveis. *Entitlements* são individuais, condicionados a uma situação específica, e eventualmente provisória, de seu detentor. Exemplo: “*Undergraduate students are not entitled to run for postgraduation finance support*” (estudantes não formados não têm direito a concorrer à ajuda financeira para pós-graduação). A distinção, porém, é sutil e é muito comum o uso das duas palavras como sinônimas. Ademais, considerar que o direito a um julgamento justo e imparcial, garantido inclusive pela sexta emenda à Constituição norte-americana, pode ser “negociado” até o ponto de sua total renúncia ecoa antigas e pré-modernas concepções de justificação da escravidão, por exemplo, que desconsideravam o fato de que certos direitos humanos são pura e simplesmente inegociáveis e irrenunciáveis.

mants and the erosion of American Justice, lançado em 2010 e vencedor do prêmio Silver Gavel Award, da Associação dos Advogados Americanos, ela ataca a *plea bargaining* e afirma que, mais que um simples método de deter, detectar e punir o crime, as sociedades usam as instituições criminais e seus valores para regular uma vasta gama de interações sociais.

Os Estados Unidos sabidamente trancafiam mais de seus cidadãos – tanto em números absolutos quanto em porcentagem de nossa população – que qualquer outro país no mundo. Nas áreas pobres, de alta criminalidade, o aparato penal penetra de tal forma na vida cotidiana que define a forma como muitas pessoas entendem e se relacionam com o Estado. De forma mais ampla, nos apoiamos na lei penal para fazer o delicado trabalho de controle social [...] a sociedade americana aceita cada vez mais o “controle do crime” como um modo de regular as relações sociais. O sistema penal possui uma presença institucional massiva. (NATAPOFF, 2010, p. 201, tradução própria).

Tal presença massiva, garante ela, não se dá somente por meio da intervenção e supervisão no mundo do crime. Há, cada vez mais, uma relevância social e econômica do sistema penal, o qual:

121

[...] cria empregos e injeta bilhões de dólares na economia, e em alguns casos é a principal atividade econômica de várias cidades. Muito mais que uma coleção de criminosos e casos, o sistema penal é um processo econômico e social vivo, envolvendo o controle de largos segmentos da população e da economia. (NATAPOFF, 2010, p. 202).

As políticas penais, conclui Natapoff, e particularmente a delação premiada, relacionam-se ao desafio de se construir uma sociedade responsiva, igualitária e democrática – mais no sentido de oposição a padrões sedimentados de desigualdade injustificável em um sistema coletivo estável de autogoverno.

Gerir o crime por meio de informantes criminosos traz questões exatamente nesse viés. Envolve não só estruturas formais legais e administrativas, ou a eficácia dos esforços de combate ao crime, mas também a distribuição de

recursos como a segurança social e a privacidade. Práticas de investigação e informação justas e efetivas sugerem um governo responsivo, práticas injustas e não confiáveis indicam que os processos de governo podem estar corrompidos. A delação é, nesse sentido, um profundo desafio democrático. (NATAPOFF, 2010, p. 203).

Se a *plea bargaining* ou a *sniching* tem sido, portanto, amplamente usadas nos EUA, tem sido, em quase igual medida, objeto de contestação e polêmica.

A problemática norte-americana em torno da colaboração premiada – tratada aqui de forma bem panorâmica – remete a duas questões subjacentes cruciais. A primeira é a introdução de elementos institucionais originários de uma determinada tradição jurídica em outra. É óbvio que o empréstimo de elementos culturais e institucionais entre as sociedades é uma prática civilizacional tão antiga quanto a humanidade, sendo inútil e insano tentar barrá-la e estúpido criticá-la pura e simplesmente, e que, no caso do Direito, a tendência de “judicialização da política”, ou do “ativismo judicial”, nos sistemas de *Civil Law* tende a aproximá-los daqueles de *Common Law*. Mas esses “empréstimos institucionais” podem, em certos casos, trazer problemas inesperados. Determinadas práticas e instituições, conforme o contexto, não original, em que elas passam a ser usadas podem sofrer consequências nefastas. No caso norte-americano, a introdução de uma prática penal comum à *Civil Law* – as sentenças obrigatórias mínimas – usada no contexto da “guerra às drogas” tem sido apontado como uma das razões das disfunções trazidas pela colaboração premiada, a principal delas a assimetria de poder entre as instituições jurídico-estatais.

Essa é a segunda questão subjacente crucial para todos os países que pretendam que o Poder Judiciário e o direito penal sejam vetores de democracia, e não o contrário: a necessidade de freios e contrapesos entre os poderes e as instituições.

A *plea bargaining*, como se desenha hoje nos EUA, com um imenso poder conferido aos procuradores, em desfavor dos juízes, além de ameaçar os direitos individuais, fere o equilíbrio político e institucional que é um dos pilares da tradição democrática norte-americana e ocidental.

SEÇÃO III

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EQUILÍBRIO DE PODERES

Esse equilíbrio foi advogado por Montesquieu, em sua famosa teoria da separação dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, que deveriam manter, cada um, sua autonomia e, ao mesmo tempo, colaborar e controlar-se reciprocamente, evitando a proeminência perigosa de qualquer deles. Foi advogado, também, pelos federalistas norte-americanos, influenciados por Montesquieu e preocupados não só com a tripartição de poderes, mas também com a construção de uma engenharia política em que as prerrogativas e responsabilidades do governo central e dos governos dos Estados se equilibrassem. Foi advogado, desde a Antiguidade, pela tradição republicana clássica, pela teoria do “governo misto”, de Políbio, que afirmava que a força e a estabilidade da Roma republicana deviam-se ao fato de ela reunir e contrabalançar as três formas básicas de governo definidas pelo pensamento aristotélico: a monarquia, expressa pelo poder dos cônsules, a aristocracia, representada pelo Senado, e a democracia, por meio das assembleias de cidadãos e do tribunate da plebe.

Subjacente a todas essas teorias, a ideia, tão bem sintetizada por Montesquieu, de que, nas sociedades humanas, o poder só é limitado por outro poder e de que uma condição imprescindível – mesmo que não suficiente – para a liberdade florescer é a ausência de assimetrias agudas de poder.

123

A liberdade [...] só existe quando não se abusa do poder; mas é uma experiência eterna que o homem que tem poder é tentado a abusar dele; ele irá até onde encontrar limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder. (SECONDAT, 2000, p. 166-167).

O poder travando o poder, limitando outras formas e instituições de poder, como pedia o pai do constitucionalismo moderno, é justamente o cerne idealizado da estrutura de *checks and balances*. Ideal que, no contexto norte-americano, parece lastrear as críticas da revista *The Economist*. Na tradição da *Common Law*, o ativismo judicial é elemento fundamental da arquitetura institucional dos freios e contrapesos. O Judiciário sempre teve papel político de

relevo, no controle de constitucionalidade das referências normativas, assim como na própria construção de tais referências, por meio da fixação jurisprudencial dos precedentes. Em compensação está submetido a controles por parte do Legislativo e do Executivo e, em certa medida, da própria população⁴⁶. Nos EUA, por exemplo, a postulação de “neutralidade” política do Judiciário, típica, durante certo tempo, dos sistemas de *Civil Law*, não prosperou. Mas sempre prosperou outra postulação: a de que este Judiciário “politizado” esteja sujeito a controles democráticos e institucionais.

Esta é a questão crucial quando, nos países de *Civil Law*, o Judiciário vai superando sua antiga “neutralidade” política – e as implicações políticas de realidades como a Operação Lava Jato têm tudo a ver com isso. Mesmo que, de fato, tal neutralidade fosse aparente, que o modelo de um Judiciário voltado prioritariamente a um padrão meramente reativo de cuidar somente da microlitigação individual beneficiasse, na prática, o *status quo* (não só liberal, mas também de regimes ditatoriais, como alerta Boaventura de Souza Santos⁴⁷, mesmo assim não há como negar que, nos últimos anos, o Judiciário tem assumido um papel mais ativo na maioria dos países).

124

Esse novo papel recebe vários nomes: “judicialização da política”, “poli-tização da justiça”, “judicialização das relações sociais”, “ativismo judicial”. Os estudiosos apontam-lhe várias causas, características e consequências. Mas o

46. Nos Estados Unidos, por exemplo, de acordo com Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “[...] há ampla previsão de *impeachment* para manutenção da disciplina dos juízes norte-americanos”. (GODOY, 2004, p. 11). Na verdade, a organização judiciária norte-americana é singular, reflete a tradição federalista do país, com forte autonomia estadual e, portanto, variações territoriais expressivas. Há o Judiciário federal e os Judiciários estaduais, o recrutamento de juízes não se faz por concurso público, mas por interferências do Poder Executivo, Legislativo, das associações de classe de juristas e da escolha popular, não há sistema de promoções nas carreiras de juízes e o exercício da magistratura pode ser, conforme o caso, a termo ou vitalício.

47. Para Santos, anteriormente ao *Welfare State* e ao aumento do protagonismo judicial, o que se chamava “independência do Judiciário”, nos países centrais de *Civil Law* de tradição liberal, era atribuída aos tribunais na medida em que estes eram politicamente neutralizados por uma rede de dependências, dentre as quais: “o princípio da legalidade que conduz à subsunção lógico-formal confinada à microlitigação; o caráter reativo dos tribunais que os torna dependentes da procura dos cidadãos; e a dependência orçamental e administrativa em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo”. Santos garante que, nos países periféricos e semiperiféricos que viveram longos períodos de ditadura, nos quais a precariedade de direitos era o outro lado da precariedade democrática, vigia esse padrão de “independência” do Judiciário: “[...] por esta razão que os regimes ditatoriais não tiveram grandes problemas em salvaguardar a independência dos tribunais. Desde que fosse assegurada a sua neutralização política, a independência dos tribunais podia servir os desígnios da ditadura. Assim, [...] o franquismo espanhol não teve grandes problemas com o Poder Judiciário. A fim de assegurar totalmente a sua neutralização política, retirou dos tribunais comuns a jurisdição sobre crimes políticos, criando para o efeito um tribunal especial com juízes politicamente leais ao regime. E o mesmo sucedeu em Portugal durante o regime salazarista”. (SANTOS *et al.* 1996, p. 36).

que é crucial ressaltar é que, no modelo antigo, liberal (ou funcional a regimes de exceção), o Judiciário praticamente não tinha – e nem carecia ter – instituições de contraponto. E, como lembra Luiz Werneck Vianna, foi a partir desse contexto que ele ganhou protagonismo político e social: sem instituições que contrabalancem o poder que tem adquirido. E vem funcionando, então, como um poder difuso, imune a contrapesos. (VIANNA, 1999).⁴⁸

A judicialização da política, nessa situação, torna-se uma faca de dois gumes. É positiva, por um lado, na medida em que diminui o formalismo engessador e a passividade excessiva do Judiciário, e em que o acesso à Justiça representa, em muitas situações, um refúgio de movimentos sociais desencantados com a capacidade de os canais normais de representação estatal responderem a suas demandas, ou seja, a sociedade se mobiliza na defesa de seus direitos – já adquiridos ou por adquirir. Por outro lado, qualquer poder excessivo é inerentemente perigoso e, no caso do poder judicial exercido sem contrapontos, a sociedade corre o risco de entregar boa parte de seus destinos a “salvadores da pátria”, a uma elite supostamente intérprete não apenas de conflitos entre partes, mas da própria coisa pública, do próprio conteúdo do que seja o interesse público.⁴⁹

125

No Brasil, é mais preocupante ainda essa perigosa tendência de transferir a responsabilidade pelos destinos da nação a “salvadores da pátria”, personalidades presumidamente desinteressadas, acima dos conflitos sociais, que, com pulso firme – às vezes despótico mesmo –, passem por cima de tudo e de todos para “por ordem na bagunça”. Essa ideologia tacanha, pré-moderna e particularista nutre-se de uma cultura política privatista, antirrepublicana, em que mesclam-se, em aparente paradoxo, a incapacidade de ação coletiva e o individualismo extremo, de um lado, e a aceitação resignada de desmandos e autoritarismos, de outro. Uma cultura política que, pelo particularismo extremo, tem grande dificuldade de construir uma esfera pública que legitime o

48. Para Maria Tereza Sadek, diretora do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, o mesmo vale para o Ministério Público. Sadek considera o Ministério Público uma das conquistas mais bem sucedidas do país, uma instituição que assumiu seu papel. Entretanto, acha que há necessidade de controle e responsabilização de sua atuação: “[...] é fácil fazer denúncias, mas ninguém é responsabilizado se ela for vazia. O custo da denúncia é muito baixo, o que faz o benefício ficar mais interessante para quem o denuncia”. (SADEK, 2009).

49. E há vários exemplos históricos em que o ativismo político do Poder Judiciário deu-se em sentido claramente conservador e mesmo antidemocrático.

poder de forma madura, legitimando, em seu lugar, a força bruta. Sérgio Buarque de Holanda explicou tal situação, afirmando que, entre os povos ibéricos,

À autarquia do indivíduo, à exaltação extremada da personalidade, paixão fundamental e que não tolera compromissos, só pode haver uma alternativa: a renúncia a essa mesma personalidade em vista de um bem maior. Por isso mesmo que rara e difícil, a obediência aparece algumas vezes, para os povos ibéricos, como virtude suprema, entre todas. E não é estranhável que tal obediência – obediência cega, e que difere fundamentalmente dos princípios medievais e feudais de lealdade – tenha sido até agora o único princípio político verdadeiramente forte. A vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens são-lhe igualmente peculiares. As ditaduras e o Santo Ofício parecem constituir formas tão típicas de seu caráter como a inclinação à anarquia e à desordem. Não existe, a seu ver, outra sorte de disciplina perfeitamente concebível, além da que se funde na excessiva centralização do poder e na obediência. (HOLANDA, 1995, p. 39).

126 Assim, para que o Judiciário cumpra sua função democrática, incluindo-se nesta função o ativismo necessário para responder a demandas substantivas da sociedade, sem transformar-se, contudo, em celeiro de “salvadores da pátria”, é necessário que cumpra sua função política atuando dentro dos limites do ordenamento jurídico e em equilíbrio com outros poderes. O ministro Luís Roberto Barroso, do STF, lembra que os membros do Judiciário brasileiro não são eleitos – são, portanto, representantes da vontade popular sim, mas indiretos. E, continua ele, se é certo que diante de cláusulas constitucionais fluidas, como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo, ele não pode sair dos limites constitucionais e jurídicos.

[...] dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder

constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. (BARROSO, *op.cit.*, 2014).

As considerações do ministro Barroso referem-se mais especificamente à Corte Constitucional, mas valem para o sistema jurídico, de forma geral: a mensagem mais importante é a de que a assunção de sua função política – com as demandas de conteúdo ético e social decorrentes – deve se equilibrar com o cuidado com a função técnica, formal, do Direito.

Há uma relação ambígua, de suporte e complementaridade, até certo ponto e sob determinadas condições, mas também de choque e tensão, entre o formalismo jurídico e as demandas ético-substantivas de justiça. Como afirmava Max Weber,

[...] os mais antigos e os mais modernos tipos de Direito e do procedimento legal contém diferentes combinações de elementos perenes do pensamento jurídico. Isto é, todos esses tipos envolvem um esforço de formalização e uma tentativa de se realizar uma justiça substantiva. WEBER, *apud* BENDIX, *op. cit.* 1986, p. 317).

Os contextos históricos é que determinam como esses elementos se combinam e, mais importante, as consequências positivas ou negativas, em termos democráticos, dessas combinações. No Brasil, a combinação de formalismo e substantivismo jurídico geralmente tem consequências não democráticas. Utiliza-se o formalismo jurídico, sua fria e aparente “neutralidade”, quando isso interessa ao *status quo* oligárquico predominante no país. Mas, em certas, situações, e em nome desse mesmo *status quo*, recorre-se a

considerações substantivas sobre a “justeza das regras”⁵⁰. Essa possibilidade de transitar – às vezes no exame de uma mesma situação fático-jurídica – do formalismo ao substantivismo jurídico é, em certos casos, um recurso importante nas mãos de quem maneja a lei de forma antidemocrática.

Ao longo da história brasileira, porém, o que mais tem atendido a esses objetivos dessa instrumentalização oligárquica do Direito tem sido o excesso de formalismo jurídico. Tal excesso teve consequências certamente deletérias e excessivas no Brasil e, por isso, é tão combatido hoje – de maneira até perigosa e excessiva em alguns casos, como na proposta do juiz Moro de execução da pena de prisão somente com um julgamento de primeira instância.

Mas o formalismo jurídico – não excessivo, é claro – funcionou, até certo ponto, como suporte a movimentos democráticos na Europa. Por que isso não ocorreu na mesma medida no Brasil?

O formalismo jurídico ligou-se diretamente ao estabelecimento, a partir dos países centrais do Ocidente, dos Estados nacionais modernos e do modelo econômico capitalista, e resultou da superação de uma estrutura jurídica pré-estatal e pré-burguesa. Estrutura caracterizada pela multiplicidade de legislações sobrepostas dentro de uma mesma entidade política, impedindo, inclusive, a característica fundamental que Weber aponta no Estado nacional moderno, o monopólio legalmente embasado do uso da violência⁵¹. Além

128

50. Exemplo dessa ambiguidade deu-se, recentemente, na Lava Jato. Os vazamentos para a mídia dos depoimentos e mesmo negociações para depoimentos, constantes das colaborações premiadas, não estão, certamente, amparados pelo formalismo jurídico, mas por considerações substantivas sobre a “conveniência” da “pressão democrática” da opinião pública sobre o Judiciário. Os meios de comunicação publicaram, então, que, nas delações do lobista Fernando Soares, este declarara ter pagado, com dinheiro oriundo de corrupção, despesas pessoais de Fábio Luís Lula da Silva, filho do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Verdadeira ou não, obviamente uma notícia desse tipo atenta contra a honra de qualquer cidadão. Fábio Luís negou o ocorrido e entrou, junto ao STF, com um pedido de acesso ao conteúdo da delação de Fernando Soares para se defender. O ministro Teori Zavascki negou o pedido, alegando que referido conteúdo é sigiloso. Formalmente o conteúdo da delação é sigiloso. Deveria ser sigiloso. Na prática, todos sabem que não o é. O ministro, destarte, aferrou-se ao que formal e teoricamente deveria ser para desconsiderar o que substantiva e efetivamente é. Situação kafkiana, em que um cidadão é acusado num depoimento que, em si e por si, não tem sequer valor como prova cabal e apta à condenação judicial de alguém, necessitando outras evidências corroboradoras, um depoimento dado muitas vezes na fase de investigação, pré-processual, que deveria ser sigiloso, mas que “vaza como uma peneira” para a mídia. Mas o cidadão não pode se defender dessa “acusação” porque ela, oficialmente, é sigilosa.

51. Havia inúmeros focos alternativos e concorrentes ao poder central estatal, que variavam conforme a época e lugar: guildas de comerciantes, corporações de ofício de artesãos, universidades, jurisdições eclesásticas, cidades e territórios feudais com imunidades tributárias e autonomias jurídico-políticas etc. Essa extensa e, por vezes, caótica rede de estatutos e jurisdições particulares configurava, geralmente, a neutralização da lei geral, estatal, pelas leis privadas, *privatio legis* (donde o vocábulo atual “privilégio”). O particularismo predominava sobre o universalismo.

dessa multiplicidade legal e jurisdicional, que impedia a unidade, a hierarquia e a sistematicidade do Direito, a estrutura jurídica trazia, quase sempre, uma boa dose de arbitrariedade e, conseqüentemente, de imprevisibilidade. As referências normativas eram, às vezes, vagas e dúbias, lastreadas num convencionalismo difuso e em considerações genéricas sobre Justiça e interesse geral. E principalmente a aplicação dessas normas, os meios de prova e a condução do processo eram instáveis e casuísticos. Embasando, muitas vezes, os julgamentos, não em normas formais inequívocas, mas em considerações substantivas de equidade e conveniência social e política, os governantes e juízes seguiam a máxima de que “cada caso é um caso”, quase sempre resvalando, ao aplicar a justiça, para o favoritismo pessoal. Ou seja, a segurança jurídica (e conseqüentemente política, social e econômica) dos cidadãos era débil. Weber narra que, nessa dinâmica,

[...] o próprio príncipe intervém [...] na aplicação do Direito; decide segundo seu critério, ou de acordo com pontos de vista de equidade, de conveniência, ou políticos; considera a garantia do Direito como uma graça em boa medida livre ou como privilégio no caso concreto; determina suas condições, formas, e põe de lado as formas racionais e meios probatórios do procedimento jurídico em favor da livre investigação oficial da verdade”.⁵²

129

A superação desse modelo jurídico casuístico e errático resultou da conjugação de interesses de diferentes atores políticos. Por um lado, da ascendente burguesia, desejosa, em nome da necessária calculabilidade de suas ações econômicas, de um ordenamento legal e administrativo claro, racional, previsível, gerador de um ambiente jurídico em que pudesse desenvolver seus negócios de forma calculável, sem sobressaltos e arbitrariedades. Por outro – e de forma um tanto paradoxal, reconhece Weber – dos próprios governantes absolutistas, que acabaram por apoiar, na Europa Ocidental, a racionalidade formal do Direito e da administração, mesmo que isso entrasse em conflito com sua tendência discricionária de promover a justiça informal e casuística. É que no processo de centralização política, fundamental para o aumento

52. WEBER, *op. cit.* p. 626-627.

de seu poder pessoal, esses monarcas precisavam restringir os poderes locais da nobreza e de diversos detentores de privilégios e benefícios particulares e, assim, começar a pôr ordem na barafunda de leis e jurisdições parciais que confrontavam o poder central e prejudicavam a eficiência de sua arrecadação fiscal. Nesse processo de centralização política e racionalização jurídica e administrativa, os governantes absolutistas contaram com o apoio de um grupo de funcionários especializados, particularmente de juristas profissionais, de formação acadêmica, comprometidos com a regulamentação e formalização jurídico-administrativa, que lhes garantia oportunidades de carreira e *status* social de intérpretes qualificados de um conhecimento e afazer cada vez mais técnico e especializado, o Direito.

130 Assim, uma série de alianças informais e *ad hoc* entre burguesia e governantes centralizadores, auxiliados por juristas profissionais, foi lentamente estruturando o padrão formal e procedimentalista do Direito ocidental moderno. Padrão erigido, em fins do século XVIII e início do XIX, como uma reação, um contraponto, à insegurança jurídica do Direito do antigo regime aristocrático e patrimonialista. O Direito de cada Estado nacional seria, agora, um corpo coerente e hierarquizado de normas, referentes, em última instância, à Lei Maior, a Constituição, e os operadores do Direito deveriam conhecer toda a lógica e hierarquia de seu sistema jurídico para poder aplicar, de forma inequívoca e seguindo regras processuais fixas e previsíveis, as normas ao caso particular.

Saliente-se, entretanto, que os direitos individuais foram postos em evidência somente por um dos dois influxos básicos da modernização jurídica, o de origem burguesa, pois o outro influxo, o dos governantes centralizadores, não os favorecia, pelo menos no início. Essa evolução no sentido de uma maior disciplina legal tendia a uniformizar procedimentos jurídicos, mas isso, em si, não estabelecia nem garantia direitos subjetivos universais. Na verdade, essa uniformização dependia, inclusive, até certo ponto, da violação de antigos direitos, como os de detentores de benefícios, os privilégios tradicionais dos vassalos feudais e os monopólios dos grêmios profissionais. Assim, uma coisa, de interesse concomitante do príncipe e da burguesia, é a substituição do antigo modelo de “privilégio” pelo de “regulamento”, outra é a *garantia de*

direitos subjetivos aos súditos em geral. “A solução dos conflitos de acordo com uma administração fixa não implica necessariamente a existência de ‘direitos subjetivos’ garantidos”, lembra Weber⁵³. Já o pendor liberal-burguês pela segurança jurídica estimulava direitos subjetivos sim, mas estes eram veiculados sob o paradigma dos interesses burgueses, ou seja, a preocupação primordial era com questões como o respeito à propriedade privada, à segurança dos contratos e à liberdade de mercado – não só para mercadorias *strictu sensu*, produzidas pelas fábricas e manufaturas, mas para fatores sociais que o capitalismo transformara em mercadorias, como a terra, o dinheiro e o trabalho humano. O resultado foi uma maior universalização da ordem jurídico-política, que expandiu a garantia formal de direitos civis aos indivíduos e declarou a igualdade perante a lei⁵⁴, mas que na prática beneficiava e era acessível somente à burguesia. Mesmo assim, foi esse influxo burguês que, ao expandir as bases sociais do poder, ao estabelecer uma linguagem de que o Poder Público tinha obrigação de respeitar os direitos e garantias dos indivíduos, preparou o terreno para os reclamos das forças políticas democráticas pela universalização efetiva dessas prerrogativas dos cidadãos.

Acontece que, no Brasil, o formalismo jurídico não se estruturou a partir de uma reação a um sistema jurídico pré-existente errático e arbitrário. E apoiou-se bem mais no influxo burocrático-estatal que no influxo liberal burguês e, posteriormente, democrático, tão importante nos países centrais ocidentais, tão débil aqui. E, na medida em que este último foi o responsável – mesmo que de forma limitada e contraditória – pelo impulso inicial de proteção aos direitos subjetivos, tais direitos ficaram, entre nós, mais vulneráveis ainda⁵⁵, aumentando, assim, as consequências excludentes do procedimentalismo jurídico.

Por aqui, a lei, formalista e procedimentalista, era geralmente tão opressora, tão antidemocrática, tão instrumentalizada, juntamente com a burocratização excessiva e irracional, como recurso de poder pelas elites, que surgiu

53. WEBER, *op. cit.* p. 628.

54. A expansão dos direitos civis foi real e relevante: desapareceram, ao menos formalmente, antigos constrangimentos como as limitações no direito de ir e vir, na escolha da profissão, na censura à imprensa e à circulação de ideias etc. Mas as mulheres, por exemplo, não tinham plena igualdade civil como os homens. Além disso, a universalização dos direitos políticos permaneceu, durante boa parte do século XIX, tolhida por critérios censitários de renda e propriedade.

55. Vulnerabilidade potencializada pelo pesadíssimo legado sistêmico da escravidão.

o adágio: “aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”. Holston, norte-americano, disse que, a princípio, demorou a entender o ditado:

Para pessoas como eu, acostumadas à retórica de uma democracia liberal que enfatiza a centralidade da lei como direito e da cidadania em todas as relações sociais, essa expressão apresentava uma articulação radicalmente diferente de proximidade e distância na ordem social. Achei isso difícil de entender, e o aforismo, que fazia sentido imediato para os brasileiros que eu interrelava, se tornou emblemático durante meu trabalho de campo e minhas tentativas de mapear um território desconhecido de pressupostos sociais tácitos. (HOLSTON, 2013, p. 23-24).

Quando finalmente entendeu o que estava por trás do ditado, Holston afirmou que ele expressa uma:

[...] cidadania diferenciada, porque ela se funda na diferenciação, e não na equiparação de tipos de cidadãos. Além disso, a cidadania diferenciada considera que o que esses outros merecem é a lei – não no sentido da lei como direitos, mas da lei como desvantagem e humilhação. (HOLSTON, 2013, p. 23).

132

Assim, a formação e aplicação da lei pela elite tem sido um fator significativo na manutenção desta cidadania diferenciada, na qual prevalece a relação de vulnerabilidade da maioria dos brasileiros e de imunidade de poucos. Por isso, na contracorrente de tantos que enxergam a “inoperância da lei” no Brasil, Holston assevera que a lei, aqui, é bastante eficiente – se se tiver em mente o que realmente se busca através dela:

Longe de “não ter leis”, de que a lei “não funcione” [...] como se ouve com frequência [...] as elites têm usado a lei [...] para manter conflitos e ilegalidades a seu favor, forçar disputas e resoluções extralegais em que triunfam outras formas de poder, manter os privilégios e a imunidade e negar à maioria dos brasileiros o acesso a recursos sociais e econômicos básicos. [...] é um governo extremamente eficaz e persistente da lei. Mas essa lei tem pouco a ver com justiça, e obedecê-la reduz as pessoas a uma categoria inferior. Assim, para os ami-

gos, tudo; para os inimigos, os cidadãos, os pobres, os invasores, os marginais, os migrantes, os inferiores, os comunistas, os grevistas e outros “outros”, a lei. Para eles, a lei significa humilhação, vulnerabilidade, e pesadelos burocráticos. (HOLSTON, 2013, p. 43-44).

É por isso que essa lei, e o formalismo jurídico que ela alinha, e a burocracia excessiva e irracional que lhes é coetânea, geram tanta antipatia. Mas a lei pode, e deve, ser democrática – assim como seus inarredáveis elementos formalistas, desde que não operem sozinhos, que sejam temperados pelos também inarredáveis elementos substantivos do direito, e que a combinação entre ambos se dê dentro de objetivos e contextos democráticos.

O próprio Holston o comprova, em seu citado livro, ao acompanhar, tomando como exemplo uma região da periferia da cidade de São Paulo, a luta dos pobres no acesso à terra – no caso, lotes urbanos. Dos conflitos em torno do acesso à moradia própria, um bem fundamental para assegurar segurança familiar e autonomia pessoal, tem surgido, garante Holston, uma nova concepção de cidadania, a “cidadania insurgente” do título do livro, em que a lei começa a ser não mais um problema, mas um aliado para os moradores de periferia, que vão aprendendo a lidar com os meandros da legislação e da burocracia, como os favorecidos sempre lidaram.

A lei e seus elementos formalistas, portanto, podem, sim, conforme o contexto, auxiliar a pauta dos direitos republicanos e igualitários.

CONCLUSÃO

Na convivência estruturada que forma o pano de fundo das relações humanas em sociedades, a reação a problemas e sua superação é uma dinâmica recorrente. Mas, muitas vezes, na resolução apressada, irrefletida e radical de certos problemas, podem-se criar problemas ainda maiores. Neste ensaio, abordou-se uma série de situações em que a forma de reagir a certos problemas cria, ou ameaça criar, “soluções” piores.

Tome-se a necessária reação ao formalismo e garantismo jurídicos excessivos: propor que as garantias formais do direito sejam simplesmente banidas, ao sugerir que um cidadão seja preso após um julgamento penal de

primeiro grau não é uma solução, mas uma deterioração. Há várias maneiras menos perigosas e autoritárias de se combater o garantismo jurídico excessivo. A Emenda Peluso, por exemplo, proposta de emenda constitucional de autoria do ex-presidente do STF Cezar Peluso, dispunha que, após o julgamento de segundo grau, o processo transitasse em julgado, ou seja, pudesse ser executado definitivamente. Manter-se-ia o direito democrático do cidadão de ter novo julgamento, caso condenado da primeira vez, mas se evitariam os infundáveis recursos protelatórios a tribunais superiores que travam a justiça brasileira. A proposta foi, entretanto, desfigurada e boicotada no Congresso, sob o silêncio complacente da mídia. Mas não era a única a pretender agilizar o Judiciário brasileiro. Houve e há várias outras. Lembre-se, contudo, que o inchaço de ações judiciais, que demoram anos para chegar a um termo, gera uma hipertrofia do universo jurídico e burocrático que, se é nociva aos cidadãos, de forma geral, é proveitosa a determinados grupos profissionais e instituições⁵⁶. Quanto à colaboração premiada, o desembargador Fausto De Sanctis já ponderou muito bem: ela pode ser útil – mas seu manejo deve ser extremamente cuidadoso. Alguns dos cuidados mais importantes: 1) o juiz que atuou na supervisão dos acordos de colaboração celebrados com a polícia e o Ministério Público durante a fase pré-processual não deve ser o mesmo que julgará o processo; 2) as prisões cautelares, provisórias ou preventivas, são, teoricamente, excepcionais em nosso ordenamento jurídico e não devem ser usadas como forma de pressão para se obter um acordo de colaboração premiada; e, talvez a mais importante das cautelas: 3) não deve haver vazamentos do teor dos acordos para a mídia, ainda mais vazamentos seletivos, que incriminam certos políticos e empresas e protegem outros políticos e outras empresas; devem ser evitados, como bem lembrou De Sanctis, juízos retributivos precoces e injustos por parte da opinião pública – afinal, uma vez abalada indevidamente uma reputação pública, quem reparará o dano?

134

56. Como afirma o professor e magistrado federal do trabalho Antônio Álvares da Silva, “[...] todos falam de reforma, reconhecem que o Judiciário é tardo e ineficiente, reclamam da burocracia e do excesso de recursos, mas nada de concreto é efetivamente proposto. Na hora das reformas, abrandam a mão e deixam as coisas como dantes. Os agentes encarregados da aplicação da lei não têm interesse numa reforma profunda. Alguns tribunais serão ameaçados em sua existência. As verbas públicas diminuirão porque o excesso será eliminado. As demandas serão curtas e a demora dos processos não será mais motivo de lucro para ninguém. O rendoso negócio da procrastinação terá seu fim”. (SILVA, 2015, p. 503).

Quanto ao papel da mídia na sociedade e, particularmente, à sua relação com o direito, ele tem uma função crucial na constituição de sociedades verdadeiramente democráticas como esteio de uma opinião pública pluralista. Censurar a mídia é das primeiras providências de todo regime autoritário. Controlá-la também. Esse controle pode vir do Estado, mas pode vir, também, de forças econômicas poderosas, que estabelecem uma visão unívoca, não pluralista, sobre a realidade. Aqui também vale a lição de Montesquieu: o poder limitando o poder. No caso brasileiro, uma mídia oligopolizada, que não aceita qualquer posição política diferente da sua, necessita, urgentemente, de contrapontos de poder. E em relação à influência da mídia no Direito (e, por via dela, da opinião pública), esta é salutar até certo ponto. O Direito não deve, nunca, fechar-se à opinião pública. Mas não deve balizar-se por ela, como já alertava o ministro Barroso. A mídia não pode se transformar em “justiceira”. Ou, como afirma o juiz Alexandre Moraes da Rosa, “criticável é o julgamento pela mídia, não o julgamento com a mídia. Direito de informação não transfere o lugar da Jurisdição para o Jornal Nacional”. (ROSA, 2015).

Quanto ao papel das grandes empreiteiras nacionais e da Petrobras na economia e na política brasileira, ele apresenta, realmente, um histórico de abusos. Por meio do financiamento de campanhas políticas, principalmente, conseguem o beneplácito e conluio do Poder Público em uma série de atos danosos ao bem comum. Mas essas empresas são importantes demais para a economia brasileira para que sejam simplesmente desestruturadas, jogadas no limbo, com toda a tecnologia e conhecimento que acumularam, sendo, então, substituídas por empresas estrangeiras que não têm o menor compromisso com nossa sociedade. Por meio de acordos de leniência, e especialmente pela reestruturação do contexto jurídico e político em que se dê a relação dessas empresas com o Poder Público, elas poderiam ter uma atuação mais transparente e continuar a fortalecer a economia e a tecnologia brasileiras. De forma análoga, também a Petrobras. Por injunções políticas, externas, certos esquemas de corrupção nessa empresa símbolo do Brasil, verdadeiro dínamo da economia nacional, não começaram hoje nem há pouco tempo. Além disso, suas dificuldades atuais não se devem somente às investigações da Lava Jato. Nem por isso a Petrobras deixa de ser uma das empresas mais eficientes do

mundo. Não justifica que seja desmontada, privatizada, ou perca seu protagonismo no setor energético. Não é exagero ou nacionalismo barato ou superado afirmar que o destino da soberania nacional passa, em boa medida, pelo destino da Petrobras.

Quanto ao ativismo do Judiciário e do Ministério Público, este é, a princípio, salutar para a democracia, mas, como já ensinava Montesquieu, é preciso que o poder limite o poder. O Judiciário e o Ministério Público devem, sim, ter relevância e protagonismo, mas necessitam, também, de contrapontos institucionais. Seus membros não são anjos nem heróis, mas homens e mulheres de carne e osso que, embora honestos e bem intencionados em sua maioria, sofrem, como todo ser humano, as tentações corruptoras do predomínio excessivo. Nenhuma democracia, nenhuma luta contra a corrupção, precisa de salvadores da pátria, mas da participação ativa e republicana da coletividade.

Como afirmou o juiz Moro, em seu artigo sobre a Operação Mãos Limpas italiana:

136

[...] Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito”.⁵⁷

Correto o Dr. Moro quanto à ação judicial encontrar seus limites e possibilidades na democracia. Mas se a democracia inclui, certa e necessariamente, a opinião pública, não se resume, de forma alguma, a ela.

Não há democracia se não houver, como lembrou o ministro Barroso, respeito a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mesmo os eventualmente minoritários nas eleições e na opinião pública, e tal respeito torna-se difícil se houver concentração excessiva de poder, seja nas mãos de atores, instituições ou coletividades – todas essas entidades precisam de contrapontos de poder para que o arranjo político na qual atuem possa ter condições mínimas,

57. MORO, *op. cit.*, p. 61.

mesmo que não suficientes, de democracia. Não há democracia se o Direito e a burocracia estatal forem vetores de “complicações deliberadas e insolúveis”, como diria Holston, que faz com que somente os que detêm recursos formais e informais de poder escapem delas. E, finalmente, não há democracia quando o dinheiro e a política dão-se as mãos de forma tão acentuada e tão contrária ao interesse público como na questão do financiamento privado das campanhas políticas – uma relação que estabelece o que Boaventura Santos chamou de “ligações sistêmicas” da política com a ilicitude, difíceis de se evitarem, e em relação às quais a atuação judicial ou desmonta todo o sistema político ou estabelece punições seletivas e, nesse sentido, injustas.

Eventos como a Operação Lava Jato, além da importância intrínseca, são fundamentais para se indagar a respeito da relação de atores como o Judiciário, a mídia, as empresas nacionais e internacionais, os partidos políticos, com os fundamentos da democracia no Brasil. Sendo um dos fundamentos mais preciosos aquele expresso no início do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei”.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha. *Só é preso quem quer*: bastidores do sistema de punição seletiva. Niterói: Impetus, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade”. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 de nov. 2015.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber*: um perfil intelectual. Brasília: Ed. UNB, 1986.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico de pessoas presas. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. Relatório de Aplicação de Penas. Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/images/stories/>

PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://LavaJato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>>. Acesso em: 9 out. 2015.

_____. Presidência da República. Lei 12.850/2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 9 nov. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Prestação de contas – Eleições 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/divulgacao-da-prestacao-de-contas-eleicoes-2014>. Acesso em: 5 nov. 2015.

CHAVES, Luís Cláudio – Entrevista. Risco à democracia. *Revista Viver Brasil*. 24/07/2015.

CONECTAS – Direitos Humanos – Mapa das prisões. Disponível em: <www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>. Acesso em: 21 out. 2015.

138

CONSULTOR JURÍDICO. “CARF representa o pior do Brasil”, diz procurador que investiga o órgão. 13/08/2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-ago-13/carf-emula-pior-estado-brasileiro-procurador-zelotes?imprimir=1>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Presidente da OAB critica resultado final da CPI do Banestado. 28/12/2004. Disponível em: <www.conjur.com.br/2004-dez-28/cpi_banestado_terminou_pizza_presidente_oab> Presidente da OAB critica resultado final da CPI do Banestado>. Acesso em: 12 nov. 2015.

DIP, Andréa. No Brasil, 40% dos presos são provisórios. *Carta Capital*, 05/02/2015. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>. Acesso em: 14 out. 2015.

ESTADO DE S. PAULO, 10 de abril de 2015. Apuração da “Lava Jato” levará a “mares nunca d’antes navegados”, afirma procurador. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apuracao-da-lava-jato-levara-a-mares-nunca-dantes-navegados-diz-procurador,1667388Estado>>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Ex-gerente da Petrobrás diz ter recebido propina desde 1997. 05/02/2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-da-petrobras-diz-ter-recebido-propina-desde-1997/>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

_____. Ex-gerente diz que propinas remontam a 1978. 24/10/2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-diz-que-propinas-na-petrobras-remontam-a-1978/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

FREITAS, Jânio de. Jatos desiguais. *Folha de S.Paulo*, 08/11/2015. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/noticia/lava-jato-poupou-as-estrangeiras-por-janio-de-freitas>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

GIVATI, Yehonatan. The comparative law and economics of plea bargaining: theory and evidence. Disponível em: <www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2015. (Trad. das citações do autor).

GRANDIS, Rodrigo de. Prisão não invalida a delação premiada. Revista eletrônica *Jota*, 05/08/2015. Disponível em: <<http://jota.info/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>>. Acesso em: 12 out. 2015.

139

GROSS, Samuel R; O'BRIEN, Barbara; HU, Cheng; KENNEDY, Edward H. Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death. PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences, vol. 111, n. 20. Disponível em: <www.pnas.org/content/111/20/7230.full.pdf>. Acesso em: 7 out.2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

ITPI – In The Public Interest. Criminal Lockup quotas report. Disponível em: <www.inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/Criminal-Lockup-Quota-Report.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015. (Trad. das citações do autor).

KAR, Dev. *Brasil: fuga de capitais, os fluxos ilícitos e as crises macroeconômicas, 1960-2012*. Washington, DC: Global Financial Integrity, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. *Revista Custos Legis*, vol. 4, 2013.

MORO, Sérgio Fernando; Bochenek, Antônio César. O problema é o processo. *Estado de S. Paulo*, 29/03/2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo. Processo penal brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista? *Revista Eletrônica Ambito Jurídico*. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em: 24 out. 2015.

140

NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of American Justice*. New York: New York University Press, 2010. (Trad. de notas do autor).

O'DONNELL, Guillermo A. *Análise do autoritarismo burocrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

O GLOBO. CPI: Costa diz esperar que seu sacrifício não seja em vão. 05/05/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/cpi-costa-diz-esperar-que-seu-sacrificio-nao-seja-em-vaio.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB se manifesta contra a corrupção e pelo direito de defesa. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27880/oab-se-manifesta-contr-a-corrupcao-e-pelo-direito-de-defesa>. Acesso em: 7 out. 2015.

RENAULT, Luiz Otávio L.; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia A.; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty C. (coords.). *O que há de*

novo em processo do trabalho – homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUES, Fernando. STF ajuda CPI do HSBC e permite quebra de sigilos no caso *Swissleaks*. Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/07/15/stf-ajuda-cpi-do-hsbc-e-permite-quebra-de-sigilos-no-caso-swissleaks/>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato. Revista eletrônica *Empório do Direito*. 07/03/2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato-por-alexandre-morais-da-rosa-2/>>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Lopes Jr., Aury. Quem vai julgar o futuro processo da operação lava jato?. *Consultor Jurídico*, 28/11/2014. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-lava-jato>. Acesso em: 2 out. 2015.

ROSS, Jacqueline. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 54. American Law in the 21st Century: National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law (Fall, 2006). (Trad. de notas do autor).

141

SADEK, Maria Teresa. Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos. *Consultor Jurídico*. 08/02/2009. Disponível em: <www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>. Acesso em: 19 set. 2015.

SANCTIS, Fausto Martins de. Opor-se à delação premiada é repelir a justiça. *Época*, 03/07/2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/fausto-de-sanctis-opor-se-delacao-premiada-e-repelir-justica.html>>. Acesso em: 7 out. 2015.

SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Ed. Afrontamento, 1996.

SARAIVA, Wellington. Investigação criminal no Supremo Tribunal Federal e em outros tribunais. Disponível em: <<http://wsaraiva.com/2015/03/04/investigacao-criminal-no-supremo-tribunal-federal-e-em-outros-tribunais/>>. Acesso em: 2 out. 2015.

SECONDAT, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu). *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

THE ECONOMIST. A plea for change: american prosecutors have too much power, hand it some to judges. Kings of courtroom: how prosecutors came to dominate the criminal-justice system. Oct 4th 2014. Disponível em: <www.economist.com/news/leaders/21621784-american-prosecutors-have-too-much-power-hand-some-it-judges-plea-change>; <www.economist.com/news/united-states/21621799-how-prosecutors-came-dominate-criminal-justice-system-kings-courtroom>. Acesso em: 21 out. 2015.

VANUCCI, Alberto. The controversial Legacy of “Mani Pulite”: a critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies. *Bulletin of Italian Politics*, vol. 1, no. 2, 2009, 233-64. (Trad. de notas do autor).

142

VÉRTICE – CREA-MINAS, n. 27, jul-ago-set 2015. O risco da paralisação: crise econômica e Operação Lava Jato ameaçam infraestrutura do país.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

ÉTICA, DIREITO E CORRUPÇÃO

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

INTRODUÇÃO

O filósofo esloveno Slavoj Žižek, em sua obra *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales* (2009), desenvolve três conceitos de violência que são importantes para entender os equívocos das políticas de encarceramento e aumento das penas e controle sobre as pessoas. Žižek nos fala de três formas de violência:

143

a) Uma violência subjetiva, que representa a decisão, a vontade de praticar um ato violento. A violência subjetiva representa a quebra de uma situação de (aparente) não violência por um ato violento. A normalidade seria a não violência, a paz e o respeito às normas (normalidade) que é interrompida por um ato de vontade violento.

b) A violência objetiva, diferente da violência subjetiva, é permanente. A violência objetiva são as estruturas sociais e econômicas, as permanentes relações que se reproduzem em uma sociedade hierarquizada, excludente, desigual, opressiva e repressiva.

c) E a violência simbólica, também permanente. Essa violência se reproduz na linguagem, na gramática, na arquitetura, no urbanismo, na arte, na moda e outras formas de representação. A violência simbólica está presente, por exemplo, na gramática. Em diversos idiomas, os sobrenomes se referem exclusivamente ao pai ou, ainda, o plural, no idioma português na maior parte das vezes, segue o masculino. Assim, se estiverem em uma sala 40 mulheres e

um homem, dir-se-á “eles estão na sala”. O plural para uma mulher passeando com um cachorro será “eles estão passeando”. A violência simbólica, assim como a violência estrutural, objetiva, atuam permanentemente.

Assim, pouco adianta construir políticas públicas de combate à violência subjetiva sem mudarmos as estruturas socioeconômicas opressivas e desiguais (violentas) ou todo o universo de significações e representações que reproduzem a desigualdade, a opressão e a exclusão do “outro”, do diferente, subalternizado, inferiorizado.

A escola moderna é um importante aparelho ideológico (ALTHUSSER, 1985), reproduzindo a mão de obra necessária para ocupar os postos de trabalho que permitirão o funcionamento do sistema socioeconômico, assim como reproduzindo os valores e justificativas necessárias para que as pessoas se adequem a não questionar seriamente o seu lugar no sistema social (e no sistema de produção e reprodução). A escola, portanto, tem a fundamental função de uniformizar valores e comportamentos. O recado da escola moderna é adequar-se; conformar-se; este é o seu lugar no sistema.

144 Simbolicamente, a escola moderna diz diariamente isso aos seus estudantes, por meio do uniforme. Sem o uniforme, a meia, a calça, a camisa e os sapatos da mesma cor, o aluno não pode assistir aula. Durante muito tempo, e ainda hoje em algumas escolas, uniformizam-se os cabelos, o andar, o sentar e, ainda, o pensar, o desejar e o gostar. A criança, desde cedo, deve se vestir da mesma forma, se comportar da mesma maneira, pronunciar palavras mágicas sem as quais as portas não se abrem. Pois bem, vamos ao problema: a criança, mesmo que não seja dito por meio da palavra (o que também ocorre), simbolicamente percebe, diariamente, todo o tempo, que não há lugar para quem não se normaliza, não se uniformiza. O recado claro da escola moderna é que o uniformizado é o bom; não há lugar para o diferente (não uniformizado); para o que se comporta diferente, se veste diferente, ou de alguma forma não se enquadra no padrão. É claro que essa criança, processando o recado permanente (repetido de várias formas) compreenderá que o padrão é bom e o diferente do padrão, ruim. No seu universo de significados em processo de construção, o diferente deve ser excluído, afastado, punido, uma vez que aquele que foge ao padrão, não pode assistir à aula, não pode sequer permanecer na escola. Logo, quando essa criança percebe

alguém ou algo em alguém que para ela é diferente do padrão (o cabelo, uma roupa, a cor, a forma do corpo, da fala, do olhar) essa criança, de alguma forma, reagirá à ameaça do diferente, excluindo e punindo o diferente “ruim”.

Em outras palavras, a escola moderna ensina diariamente a criança a praticar o *bullying*. Vejamos, então, a ineficiência das políticas de combate à violência, à discriminação, à corrupção que padecem, todas, desse mal. No exemplo descrito anteriormente, a escola, o Estado, os governos, criam políticas públicas pontuais de combate ao *bullying* (a tortura mental e agressão física decorrente da discriminação do “diferente”) ao mesmo tempo que mantêm uma estrutura simbólica que ensina a discriminação (o *bullying*).

Voltemos aos conceitos de violência. Toda política de combate à violência, às drogas e corrupção serão ineficazes se não se transformarem as estruturas sociais e econômicas que permanentemente criam as condições para que essa violência subjetiva se reproduza, assim como o sistema simbólico que continua, da mesma forma, reproduzindo a violência. Para acabar com a violência subjetiva só há uma maneira: acabar com a violência simbólica e objetiva. Para acabar com o *bullying* na escola, só mudando as estruturas uniformizadoras e excludentes presentes diariamente na escola; para acabar com a corrupção, só transformando o sistema social e econômico e de valores (condições objetivas e simbólicas) que reproduzem as condições para que esta (a corrupção) se torne parte da estrutura social e econômica vigente.

Neste artigo, pretendemos trazer algumas reflexões sobre a relação entre ética, cotidiano e corrupção, o que faremos a partir das premissas teóricas anteriormente desenvolvidas. De nada adiantarão as constantes políticas pontuais de combate à corrupção na vida de nosso país se tais políticas atacarem apenas os efeitos de forma repressiva e (ainda pior) com o direito penal, o aumento do controle e da punição. Os resultados serão enganosos se não respondermos algumas perguntas: por que a corrupção? Quais são os elementos estruturais e simbólicos em nossa sociedade que reproduzem as condições para a corrupção?

○ DIREITO PENAL NÃO RESOLVE

Nessa perspectiva, podemos trazer nossas reflexões para o Brasil de 2012, segundo semestre, às vésperas das eleições municipais.

O pano de fundo do julgamento é construído pela insistente campanha dos principais meios de informação (a grande mídia) que aposta na punição dos excluídos, dos não enquadrados, dos não uniformizados e normalizados. As cidades, a exemplo da Paris do Barão Haussmann (1853-1867), não são para todos. A higienização urbana (a exclusão dos pobres) continua sendo a mais nova política urbana do século XXI. O direito penal é a grande aposta. A ideia também não é nova. Se voltar ao século XIX, nos reencontramos com esse morto-vivo que perambula pelo século XXI. A brutal concentração de riquezas causada pela aposta em uma economia naturalizada que recompensará o mais ousado e eficaz competidor no mercado gera a exclusão; a exploração radical do trabalho; a desigualdade, e com esta, a crescente insatisfação, que se traduz em rebeliões difusas de um lado (o que se pode chamar de uma criminalidade “comum”) e rebeliões políticas de outro lado – também criminalizadas pelo Estado ocupado pelos grandes proprietários. Em meio a tamanha insatisfação causada pela desregulamentação econômica que agrava a concentração de riqueza e deixa livre os grandes proprietários para o abuso do poder econômico (qualquer semelhança com a atual crise não é mera coincidência), a resposta do Estado foi, no século XIX, mais direito penal, mais encarceramento, mais controle social, mais polícia, mais manicômios e presídios. Uma justificativa ideológica foi construída para explicar a situação: os problemas econômicos não são sistêmicos, mas atribuídos a condutas de indivíduos e, nessa mesma construção ideológica, a criminalidade tampouco é sistêmica; e não se reconhece nenhuma conexão desta com o sistema econômico, social e cultural do liberalismo. No senso comum, constrói-se a ideia de que, se existe crime, é por causa dos indivíduos que escolhem o caminho do mal ou são doentes mentais. O poder do Estado, nas mãos dos proprietários, define o que é crime, normalidade e pecado, o que, é claro, são as condutas dos pobres excedentes do sistema econômico. Este retrato do século XIX, restaurado com cores falsas no final do século XX, é colocado em grandes imagens globalizadas no século XXI. Esse é o pano de fundo para o “espetáculo” transmitido diariamente para todo o país. Onze juízes, vaidosos, com poses e gestos, com capas pretas até o tornozelo, sentindo-se a consciência moral do país, julgam e condenam sem provas, mas segundo “indícios fortes” (alegação transmitida e gravada pela TV para todos ouvirem). Não, não estamos no século XVI. O mais interessante é a coincidência do julgamento com as eleições municipais.

O julgamento dos políticos envolvidos na acusação, coincide, quase, com o dia do pleito eleitoral municipal de 2012. Coincidências a parte, lembramos de que os fatos que envolvem o julgamento foram utilizados para uma tentativa de “golpe de estado” contra o presidente eleito democraticamente e no poder em 2005 (no novo formato de golpe utilizado em Honduras e Paraguai – o golpe parlamentar travestido de falsa legalidade).

Não, o direito penal não resolverá a corrupção. A corrupção está na estrutura e nas representações simbólicas de um sistema social, econômico e político intrinsecamente corrupto. A corrupção está no futebol de toda semana, na fila furada, na propina diária, nas pequenas vantagens. A corrupção está na sala de aula, no assinar a presença sem estar presente, na mentira na mídia, no encobrimento, na notícia distorcida, nas coincidências... No jogo do roto e do esfarrapado, só um é mostrado como tal. Assim como vimos apoiadores da ditadura acusando democratas de autoritários, assistimos corruptos “históricos” pronunciando discursos históricos de moralidade.

Efetivamente, o direito penal não resolverá a corrupção. Lei de “ficha limpa”; o espetáculo televisivo da Ação Penal 470; isso não resolverá a corrupção. Felizmente alguma coisa está fora da ordem (como diria Caetano). Por algum momento “eles” (na verdade, o “nós” no poder) perderam o controle do monopólio da desinformação diária. A mídia alternativa mostra o que a grande mídia (que defende a liberdade dos donos dos meios de comunicação, e não a liberdade de imprensa) não mostra, mas propositalmente esconde. O “autismo” em que se lança a mídia pode ser um sinal de esperança para a conquista da liberdade de expressão. O “julgamento do século”, como insistiu a grande mídia, não mobilizou ninguém e ainda nos expôs ao pior, à ameaça e comprometimento do Estado constitucional e democrático por uma prática que lembra um “tribunal de exceção” (condenação por indícios). Aliás, o que vemos revelado nas telas é o que acontece diariamente com os pobres.

147

QUEM DIZ O QUE É ÉTICO?

Uma pergunta necessária: quem diz o que é direito, justo, legal, normal ou o que é crime? O que é crime em uma sociedade pode não ser crime em outra sociedade, o que é crime em um momento histórico pode não ser crime

em outro momento. Crime é um conceito histórico, como são conceitos históricos “justiça”; “direito”; “normalidade” e “anormalidade”.

Quem diz o que é normal? Ora, a resposta é fácil de ser encontrada: quem tem poder para dizer. E quem tem poder para dizer? Ainda hoje, tem poder para dizer quem detém o controle do poder econômico, do poder do Estado, quem controla os aparelhos ideológicos e repressivos do Estado moderno. Será que existe alguma conexão, em alguns países, o fato de o crime de usura não ser mais crime com o fato de os recursos para financiamento da campanha eleitoral virem, em grande medida, dos bancos? Será que podemos relacionar o fato de os parlamentares de algum país descriminalizarem a usura com o fato de as campanhas eleitorais serem financiadas por banqueiros? Essa afirmação não se relaciona com nenhum fato específico. Convém, entretanto, pesquisar sobre o tema. Isso é somente uma hipótese para reflexão.

Uma reforma estrutural no sistema político; a adoção do financiamento público de campanha; a proibição de reeleição; a introdução de mecanismos de democracia participativa, deliberativa e consensual; estas e outras medidas poderiam ajudar no combate à corrupção? Poderíamos dizer que seria um passo importante, mas ainda não chegaríamos ao núcleo do problema. Trata-se do início de uma reforma estrutural do sistema político, mas que ainda necessita de transformações nas estruturas sociais, culturais e econômicas que geram a corrupção. Lembremos o conceito inicialmente trabalhado. Impossível resolver a violência subjetiva sem eliminar a violência objetiva e simbólica. O mesmo vale para a corrupção: impossível resolver a corrupção subjetiva sem a eliminação da corrupção objetiva (estrutural) e simbólica, permanentemente presentes em uma sociedade fundada sobre valores egoístas, materialistas e competitivos. Impossível eliminar a corrupção quando esta é incorporada como valor social e legalizada em diversos aspectos.

Outra pergunta: e se o parlamento fosse integrado por pessoas corruptas que transformassem em lei, práticas corruptas? Em outras palavras: e se legalizassem a corrupção como legalizaram a usura?

O conceito de ética e de corrupção deve ser uma construção conjunta, livre, dialógica, consensual em uma sociedade livre das engrenagens corruptas presentes nas estruturas sociais, econômicas e políticas modernas e fortemen-

te impregnadas nos elementos simbólicos das representações de mundo presentes em nossos cotidianos. Acabar com a corrupção exige compreender as estruturas objetivas e simbólicas da sociedade capitalista construída na modernidade e eliminá-las. Sem isso, ficaremos permanentemente repetindo políticas públicas pontuais, reapresentadas periodicamente com nova embalagem, políticas estas que não funcionaram no passado e não funcionarão no futuro.

ÉTICA X DIREITO

O direito está ocupando o espaço da ética. Grande perigo. Essa é mais uma pontuação necessária para entender a relação entre ética, direito e corrupção. Vivemos em nosso país um fenômeno que se reproduz também em outros Estados: a expansão do direito e a construção ideológica da crença no direito (especialmente, o direito penal) para a solução de problemas recorrentes de corrupção e violências. As leis se reproduzem como coelhos. Lei para punir as pessoas que dirigem após beberem álcool; lei para proibir a palmada; lei da ficha limpa para proibir candidatos “sujos” de se candidatarem; lei para proibir o tabaco; leis, leis e mais leis. O problema não é apenas o fato de que estas leis não funcionarão, por óbvio, considerando o que discutimos anteriormente. O problema, também, não é o fato de que estas leis desviam a atenção dos reais problemas e fatos geradores da violência, exclusão e corrupção. Talvez, o maior problema seja a substituição da ética pelo direito.

149

A busca por uma sociedade ética não é um desafio novo. Na modernidade, a grande pretensão de construção de uma sociedade ética, que prescindisse do direito (direito penal incluído, óbvio), foi defendida por anarquistas e comunistas. A pretensão da construção de uma sociedade sem Estado, sem direito, sem polícia, exército, governos, parlamentos, propriedade privada e qualquer outra forma de poder, de opressão e exclusão foi defendida pelas lutas de comunistas e anarquistas, que por caminhos distintos, acreditavam na possibilidade de construção de uma sociedade de pessoas livres de qualquer forma de opressão. Essa liberdade seria conquistada após a construção pelo Estado socialista (na perspectiva comunista), de um ser humano eticamente, moralmente e intelectualmente “evoluído”. Sem pretender discutir nesse momento a “hipótese comunista” (BADIOU, 2012), ressaltamos a aposta na ética.

Para viabilizar a hipótese comunista seria necessário construir seres humanos éticos. Nessa sociedade, as pessoas respeitariam o outro, seriam solidários, honestos, íntegros, não roubariam ou agrediriam, não por medo do Estado e do direito penal, não por medo da polícia e do sistema penitenciário (pois nada disso existiria mais), mas pelo fato de estarem convencidos de que respeitar o “outro”, ser solidário e honesto, seria a única conduta correta e, logo, possível de ser adotada.

Não é o objeto deste texto, como disse anteriormente, debater a hipótese comunista: mas será possível alcançar essa sociedade de pessoas éticas e conscientes? O que resalto aqui é o fato da aposta na possibilidade, na busca e na luta de uma sociedade ética que não mais necessite do direito.

150 Hoje ocorre o contrário, o oposto! Nossas sociedades contemporâneas apostam no direito como a solução de tudo, o que significa a falência da ética e da moral. Expliquemos. O direito, ainda necessário, e todo o seu aparato ideológico, punitivo e repressor pode ser necessário nas sociedades que conhecemos. Se no Estado moderno o direito serviu (e ainda serve, em boa medida) para proteger a propriedade e os privilégios (direitos para alguns) de uma minoria de homens, brancos e proprietários (substituídos por proprietários diversos hoje), o direito, mais recentemente, também passou a cumprir um outro papel: proteger e garantir direitos dos que foram sistematicamente excluídos do sistema social e econômico e estruturar formas e sistemas de participação política democrática, o que resultou no reconhecimento do direito à diferença, e mais recentemente, o direito à diversidade. Bem, o direito pode ser necessário, ainda, durante um tempo razoável.

Portanto, os direitos fundamentais, especialmente o direito à diversidade, é uma importante conquista na luta pela superação de uma modernidade padronizadora e excludente.

O problema reside no fato de se fortalecer o direito penal com encobrimento e distração. E não só, o problema está na ampliação do direito penal: tudo passa a ser criminalizado. Todas as condutas não aceitas (não aceitas por quem?) são agora objeto de punição, de criminalização. Presenciamos uma invasão radical do direito sobre o espaço que deveria permanecer com a ética (qual deve ser o espaço da ética?). O resultado disto é a troca de condutas de-

correntes do convencimento por condutas decorrentes do medo. Explico. Nos espaços éticos, as pessoas são levadas a agir de determinada maneira por estarem convencidas de que essa conduta é a moralmente sustentável e eticamente correta. No campo do direito, as pessoas são levadas a agir não apenas (e, talvez, principalmente) por estarem convencidas, mas pela existência de uma sanção estatal, penal, que ameaça a paz, a liberdade e a integridade do infrator.

Assim, quanto mais direito penal, mais se exige do Estado a capacidade de vigiar e punir (FOUCAULT, 1987). Uma pergunta salta diante de nossa percepção: e se o Estado não conseguir vigiar e punir o suficiente para intimidar as pessoas a agirem como o Estado (quem tem poder) deseja que essas pessoas ajam?

Vejam, então, o resultante dessa equação: o Estado, por meio do direito, chamou tudo para si. “Posso resolver tudo por meio do direito penal, do controle, da polícia e do sistema penitenciário”, dizem os donos do poder. Diz ainda o Estado: “posso acabar com a corrupção, punindo e controlando os corruptos”. Entretanto, alguém, timidamente, no fundo da sala levanta a mão e faz a seguinte pergunta: se o Estado absorveu toda a ética, se tudo passou a depender de um Estado que tudo controla, tudo vê e a todos pune, se algum dia este Estado não conseguir mais controlar, ver e punir, o que restará se toda a ética foi reduzida ao direito penal?

151

Não restará nada. Se as pessoas não mais agirem por convencimento racional (ético), mas sim por coação, quando a coação nos anular ou não mais funcionar, não sobrará muita coisa além do caos.

Não, o direito penal não solucionará a corrupção, e aquele triste espetáculo que assistimos no Superior Tribunal Federal (STF) ainda comprometerá o que o direito nos ofereceu de bom: respeito aos direitos fundamentais conquistados por meio de muita luta.

○ CANDIDATO LIMPO

Como se não bastasse tudo isso, ainda assistimos à volta de uma outra assombração: o perigoso discurso da pureza.

Acredito que posso começar este tópico citando a Bíblia: “Mas, como insistissem em perguntar-lhe, ergueu-se e disse-lhes: aquele dentre voz que está sem pecado seja o primeiro que lhe atire uma pedra”. (Novo Testamento, João 8:7).

O que diz Jesus nessa passagem? Aqueles que apontam o dedo acusando o outro não se veem no espelho. Aqueles que apontam o dedo em direção ao outro, acusando-o de corrupção, de impureza, de mentira, não enxergam seus erros, não querem enxergar, fingem não enxergar, e o que pode ser ainda pior: creem firmemente que não têm pecados, que são puros. Esses que creem em sua pureza são os mais perigosos, são os que apedrejam e matam.

A crença na pureza moral, na pureza racial ou qualquer outra pureza levou milhões, em diversos momentos da história, à morte e à tortura. Não há pior discurso do que o discurso da pureza. Não há pior atitude de uma pessoa do que a de se julgar puro.

Quando assistimos a uma propaganda oficial da Justiça Eleitoral, de uma bela senhora, afirmando que deseja candidatos “limpos”, e as pessoas aceitam esse discurso com muita tranquilidade, alguma coisa parece mesmo que está fora de lugar. Entramos em uma estrada que não deveríamos entrar, e nela estamos indo longe demais.

O pesquisador francês Jacques Sémelin escreveu o livro *Purificar e destruir* (2009). Trata-se de um importante estudo sobre massacres e genocídios.

152 O autor estuda três passagens trágicas, três genocídios: a “Shoah” judaica na Segunda Guerra Mundial; o conflito e “limpeza” étnica na ex-Iugoslávia; o genocídio da população Tutsi de Ruanda. O livro se refere, ainda, aos genocídios armênio e cambojano.

Nessa obra, o autor nos descreve, no decorrer de uma análise minuciosa, os passos dados em direção ao extermínio em massa. Podemos resumi-los nos seguintes:

a) A política não mais enquanto razão, mas como emoção. O espaço político deixa de ser um espaço racional de construção de consensos, para se tornar uma competição entre adversários que almejam o reconhecimento do seu melhor argumento;

b) De adversários a inimigos. A superação da racionalidade dialógica para construção de consensos, superada pela competição de argumentos, tem como etapa seguinte a transformação desses competidores em inimigos. Não se trata mais de buscar consensos racionais, nem vitória do melhor argumento de competidores que buscam um “bem comum”, mas de uma luta entre inimigos: ou está comigo ou está contra mim.

c) O inimigo, entretanto, tem a mesma estatura. Embora inimigos, respeitam-se. Qual o passo seguinte: o inimigo não será mais respeitado, mas rebaixado, inferiorizado. Alguma característica no inimigo impede, definitivamente, qualquer possibilidade de diálogo.

d) Os passos seguintes visam colocar esse “inimigo” político em uma esfera não humana. Assim o inimigo será animalizado. Esses passos dados pelo nazismo foram repetidos em outros genocídios e passaram a ser integrantes de “manuais” de propaganda eleitoral. A animalização dos judeus e sua representação como ratos foi a estratégia nazista na década de 1930.

e) Depois da animalização, vem a coisificação. Este é o momento do discurso religioso se infiltrar na política. Com o discurso religioso vem a busca da pureza. Agora não são mais adversários políticos; não apenas inimigos humanos; não mais, nem mesmo uma relação entre o humano e o animalizado. O outro é coisificado pelo discurso do bem e do mal. Fulano é do bem, o inimigo é do mal. O discurso da pureza é um passo da catástrofe.

f) Passo seguinte: disseminar o medo. Esse inimigo do mal, coisificado, nos ameaça. Ameaça nossa paz, nossa família, nossa propriedade. Estamos contra a parede.

g) Agora é necessário o fato. Um episódio, em geral forjado (falso), desencadeia a violência. Na Alemanha, o assassinato de um diplomata alemão em Paris por um anarquista “judeu” desencadeia a barbárie. A noite dos cristais.

h) Por fim, o extermínio.

O que acabo de relatar foram os passos em direção a violência extrema do projeto nazista. E isso pode ser encontrado em campanhas eleitorais em nosso país, hoje, sem que os passos finais sejam dados, mas com uma aproximação irresponsável e perigosa. Decorre do discurso na crença em uma pureza que não existe, e é muito bom que jamais exista. Os que se julgam puros (se julgam além da condição humana) são sempre aqueles que apedrejam.

CONCLUSÃO, SEMPRE PROVISÓRIA: SOMOS SERES PROCESSUAIS, SINGULARES, PLURAIS E DINÂMICOS

Uma lembrança: somos seres processuais e complexos, plurais. O que significa? Não podemos jamais nos deixar reduzir a um nome coletivo. Lem-

breemos que a nomeação na terceira pessoa: nós *versus* eles, ideia que desenvolvemos em outros artigos e livros, é o passo para o genocídio, para a violência sem limites. A fórmula moderna repete-se à exaustão mudando os nomes coletivos: nós, os bons, *versus* eles os maus; nós, os espanhóis, *versus* eles os “índios”; nós, os fiéis, *versus* eles os infiéis; nós, os arianos, *versus* eles os judeus; nós, os tutsis, *versus* eles os hutus; e assim repetindo.

Assim como não podemos reduzir uma pessoa, um ser complexo em permanente processo de transformação, simultânea e historicamente uma grande variedade de identificações, a um nome coletivo, não podemos condenar ninguém a repetir, interminavelmente, um momento de sua vida. Não somos um fato, assim como não somos uma religião, uma nacionalidade, um time de futebol, uma profissão ou uma condição social. Ninguém é um “pobre” ou um “rico”. Ninguém é só um “cristão” ou um “muçulmano”; ninguém é só um “homem” ou uma “mulher”; ninguém é só um “heterossexual” ou um “gay”. Todos somos muitas identificações, muitos sonhos e medos, muitos desejos e crenças ao mesmo tempo. Somos plurais e complexos. As nomeações são simplificações que nos expõe ao pior.

154

Assim como não somos só cristãos, muçulmanos, judeus, homens, mulheres, gays, brasileiros, americanos, africanos, asiáticos, trabalhadores, desempregados, professores, alunos, vermelhos, azuis, liberais, comunistas, socialistas ou conservadores, não somos e não podemos ser, de forma nenhuma, reduzidos a um momento, uma ação ou ações, erros e acertos. Assim como não somos só isso e tudo isso, não somos também, para sempre, honestos ou desonestos, corruptos ou santos, bons ou maus ou tudo isso ao mesmo tempo. Temos de ter sempre o direito de mudar, de aprender, de errar e acertar de novo.

Termino com uma lembrança triste e ridícula: o caso do juiz que queria que todos no condomínio em que morava o chamassem de “doutor” – processo número 2005.002.003424-4, Niterói (2 mai. 2005). Triste redução. Talvez ele fosse juiz com seus filhos e sua mulher, ou dormisse e acordasse de terno e gravata.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do Estado* – nota sobre aparelhos ideológicos do Estado. Biblioteca de Ciências Sociais. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BADIOU, Alain. *A hipótese comunista*, Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – história da violência nas prisões. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

SÉMELIN, Jacques. *Purificar e destruir* – usos políticos dos massacres e dos genocídios. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

ZIZEK, Slavoj. *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CAPÍTULO II
DIREITO E DEMOCRACIA
EM TEMPOS DE CRISE

IMPEACHMENT: APONTAMENTOS À DECISÃO DO STF NA ADPF N. 378

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA

DIOGO BACHA E SILVA

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu um dos mais importantes julgamentos do período democrático pós-1988 com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 378¹. Escrevemos sobre a decisão monocrática proferida pelo ministro Edson Fachin, que suspendeu a tramitação na Câmara dos Deputados do processo de *impeachment*. Ali, então, reconstruímos o pedido formulado em sede de ADPF pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), artigo para o qual remetemos o leitor². 159

Em 16 de dezembro, iniciou-se o julgamento da mencionada ADPF 378, que busca tornar a interpretação da lei 1.079/50 compatível com a Constituição da República de 1988.

A primeira questão a relembrar é que, mesmo sendo um processo de controle concentrado de constitucionalidade, a interpretação não é destituída

1. Para saber como se posicionou cada um dos 11 ministros em relação a cada ponto controvertido consultar: <<http://jota.info/stf-define-o-rito-do-processo-de-impeachment-da-presidente-dilma-rousseff>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

2. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/controle-judicial-do-processo-legislativo-de-impeachment>>.

de um “caso concreto”³, razão pela qual a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF) se legitima, na medida em que busca concretizar as garantias de direitos fundamentais, da separação de poderes, tal qual adotada pela Constituição, e, sobretudo, da própria supremacia da Ordem constitucional como um todo, contra a adoção de processo legislativo de *impeachment* em desacordo com essa Ordem. Há que se constatar, ainda, que a ADPF foi ajuizada após a adoção de rito inconstitucional por parte da Presidência da Câmara dos Deputados.

Em causa, portanto, estava: (1) as garantias do contraditório e da ampla defesa com a possibilidade da presidente da República apresentar defesa antes do recebimento da denúncia pela Presidência da Câmara dos Deputados; (2) a aplicação das causas de suspeição e impedimento para o presidente da Câmara dos Deputados que conduzirá o processo; (3) a formação da Comissão Especial da lei 1.079/50 que emitirá parecer prévio sobre a admissibilidade da denúncia, nos seguintes aspectos: a) se a forma de composição da Comissão admitiria representantes dos blocos parlamentares; b) se a forma de eleição da Comissão Especial seria votação ostensiva ou secreta; (4) que toda atividade probatória deve ser desenvolvida pela acusação em primeiro lugar e depois pela defesa e que a manifestação da denunciada deve ser o último ato de instrução; (5) se o Senado Federal também poderia verificar a admissibilidade da denúncia ou se deveria apenas acatar a autorização da Câmara dos Deputados; (6) se a admissão do *impeachment* perante a Mesa do Senado deve passar ou não pelo crivo do plenário com o *quórum* de dois

160

3. Aprendemos com Friedrich Müller que a construção da norma-decisão depende sempre da reconstrução do caso concreto (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; cf. também: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; CARVALHO NETTO, Menelick. Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto e ALBUQUERQUE, Paulo de Menezes (orgs.) *Democracia, Direito e Política*: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006). Com Habermas e Günther, ainda, que toda decisão jurisdicional é tributária de um discurso de aplicação do direito que depende da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto (GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. New York: State University of New York, 1993; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6. ed. Madri: Trotta, 2010). Logo, sempre há um “caso”, e nunca o controle concentrado de constitucionalidade é meramente “abstrato” nem se desenvolve a partir de um processo “objetivo” (BACHA E SILVA, Diogo. *Ativismo no controle de constitucionalidade*: a transcendência dos motivos determinantes e a (i) legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes, 2013).

terços; (7) e a não aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal por ser matéria reservada à lei específica⁴.

O relator – originário do processo – ministro Edson Fachin foi o primeiro a apresentar seu voto em 16 de dezembro de 2015. Para iniciar sua fundamentação quanto aos aspectos discutidos na presente ação, o ministro Fachin aduz que “não cabe ao STF editar normatização sobre a matéria; sob o pálio da autocontenção, é apenas de filtragem constitucional que aqui se cogita, isto é, incidência plena da Constituição e exame da lei 1.079/50 à luz de princípios e regras constitucionais hoje vigentes”⁵. Sustenta, primeiramente, que a intervenção do STF deve ser apenas de análise de compatibilidade material do rito definido pela lei 1.079/50 com os parâmetros constitucionais, e não criação *ex nihilo* do procedimento a ser adotado. Dessa forma, passa, então, o ministro a tecer considerações acerca da compreensão da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal que, seguramente, se aplicam mesmo em processos dessa índole. Ora, estipula o ministro que “a extensão da amplitude da defesa guarda íntima pertinência com a intensidade de interferência na esfera jurídica processual”, sendo o *impeachment* um processo que visa impor pena política ao presidente da República, eleito democraticamente, então há de se concluir que seguramente as garantias processuais se aplicam de maneira mais extensa possível, tal é o alto grau de intensidade na esfera jurídica da democracia.

Para averiguar a incidência ou não de defesa prévia em relação ao ato de recebimento da denúncia de *impeachment*, o ministro Edson Fachin analisa os papéis constitucionalmente delimitados para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal: tendo a Constituição delimitado o papel da Câmara dos Deputados como autorizativo da denúncia para o fim de processamento e julgamento pelo Senado Federal, então há de se consignar a existência de dois processos com a necessária amplitude da ampla defesa e do contraditório inerente ao sistema bicameral e à natureza do processo de *impeachment*. Contu-

4. Sobre o último ponto, cabe lembrar o que diz a Súmula Vinculante n. 46: “A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União”.

5. Para o que se segue, ver o voto do ministro Fachin. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306518>.

do, mesmo tendo chegado a essas premissas, o ministro Edson Fachin entende desnecessária a defesa prévia em relação ao ato de recebimento da denúncia pelo presidente da Câmara dos Deputados, uma vez que haveria possibilidade de defesa anterior ao primeiro parecer da Comissão Especial, o que já satisfaria a exigência da garantia constitucional do devido processo legal:

Não se reconhece, contudo, que a exigência de defesa prévia ao recebimento da denúncia constitua derivação necessária da cláusula do devido processo legal, na medida em que, reconhecido o direito de manifestação anterior à aprovação do primeiro parecer proferido pela Comissão Especial, há contraditório prévio à admissibilidade conclusiva. O devido processo legal, nessa ótica, é respeitado.

Essa foi a tônica, também, do voto do ministro Luís Roberto Barroso, que inaugurou a divergência em alguns pontos, mas que, quanto a esse ponto específico, também indeferiu a necessidade de defesa prévia, mantendo-se os parâmetros da defesa estabelecida no caso Collor⁶, já que, nos termos do seu voto, “a apresentação de defesa prévia não é uma exigência do princípio constitucional da ampla defesa: ela é exceção, e não a regra no processo penal”, tendo, ainda, a lei 1.079/50 em muitas ocasiões possibilitado a manifestação do denunciado. Este ponto teve unanimidade do Supremo Tribunal Federal⁷.

Há, neste ponto, uma incoerência da conclusão com as premissas. Veja-se que não houve, no âmbito do STF, qualquer discordância quanto à amplitude da intervenção do processo de *impeachment* na esfera jurídica, não só da denunciada, mas da ordem constitucional como um todo, da separação de poderes, do sistema presidencialista de governo, do projeto republicano. Não obstante, o STF entendeu desnecessária a defesa prévia em relação ao recebimento da denúncia, traindo a garantia da ampla defesa com que confere a

6. Nos termos da ementa que apresentou o ministro Barroso, item 2.3: “[...] 2.3 A ampla defesa do acusado no rito da Câmara dos Deputados deve ser exercida no prazo de dez sessões (RI/CD, art. 218, § 4º), tal como ocorreu no caso Collor (MS 21.564, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso). Caso assim não se entenda, deve ser aplicado por analogia o prazo de 20 dias previsto no art. 22 da lei 1.079/50”. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306648>.

7. A ata do julgamento está disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306674>.

maior amplitude possível dos meios e recursos a ela inerentes. Se, pois, mesmo no âmbito de um processo de responsabilização jurídico-criminal se exige o exercício da defesa antes do recebimento da peça acusatória, sob pena de nulidade absoluta do processo que não respeitar, quanto o mais deveria dizer para o processo de responsabilização por crime político da mais alta autoridade política do Poder Executivo, eleito por milhões de votos.

De qualquer forma, para compreendermos a conclusão da ampla defesa, é preciso mencionar o caso Collor⁸. O ano era 1992. Saídos de anos e anos de um regime ditatorial, víamos, agora, diante de uma oportunidade de consolidar nossa democracia, readquirida pela obra da Constituição de 1988, depois de intensos movimentos em torno da abertura democrática. Fundamental nesse processo de afirmação e reafirmação de democracia e da constitucionalização de 1988⁹ foi o processo de *impeachment* sofrido pelo presidente Collor.

Uma denúncia oferecida, em 1º de setembro de 1992, por Barbosa Lima Sobrinho e Marcello Lavenère, incriminava o presidente, eleito em 1990, Fernando Collor de Mello, da prática de crime de responsabilidade, consistente em ter recebido de forma indevida dinheiro em esquema de corrupção montado para o favorecimento do próprio presidente e de pessoas a ele ligadas¹⁰. Tal denúncia foi posterior à CPMI que, por meio de relatório final, incriminou também o presidente¹¹.

163

8. Sobre a decisão proferida pelo caso Collor e a interpretação do STF, ainda que com alguma diferença de ênfase, ver: STRECK, Lenio Luiz, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, BAHIA, Alexandre. Comentários ao art. 86. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1287 e ss.

9. A democracia e a constitucionalização são, conforme Habermas, um processo de aprendizagem histórico, não linear e sujeito a tropeços, embora capaz de se autocorriger (HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781; também, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada transição política brasileira. In: CATTONI, Marcelo (org.) *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p. 208-209; BACHA E SILVA, Diogo, BAHIA, Alexandre. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão de minorias. *Revista da Faculdade de Direito- UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago 2015, p. 31-60; CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José A. Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

10. Verificar, pois, a petição de oferecimento da denúncia em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03SET1992SUP.pdf>>.

11. Relatório final disponível no seguinte endereço eletrônico: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/20-anos-do-impeachment/20-anos-do-impeachment-do-presidente-fernando-collor>.

O então presidente da Câmara dos Deputados, naquela oportunidade, resolveu questão de ordem definindo algumas regras para a tramitação do processo de *impeachment*, dentre as quais ressaltam-se: a) à Câmara dos Deputados competiria a admissão ou não da acusação, em sendo positiva, comunicar-se-ia o Senado Federal da decisão que processaria e julgaria; b) definiu que a lei 1.079/50 se aplicaria com a exceção dos atos que traduzem tipicamente processo, posto que, em sua interpretação, o processo e o julgamento seriam da competência privativa do Senado Federal; c) a comissão especial da Câmara dos Deputados teria sete sessões para apresentar seu parecer, após a matéria seguiria ao plenário para admissão ou não da acusação em voto ostensivo e nominal, com o *quorum* de dois terços para aprovação; d) considerou-se inaplicável o art. 188 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que impunha a votação secreta.

164 Contra tal ato, o presidente da República impetrou *Mandado de Segurança n. 21.564*¹² perante o STF com a seguinte argumentação: 1) a decisão de admissibilidade do *impeachment* é da competência da Câmara dos Deputados e deve ser feita por meio de escrutínio secreto ante o art. 188, inc. II do RICD, já que a Constituição delegou ao plano regimental ao não dispor de que forma se realizaria a votação, secreta ou ostensiva; 2) deveria haver aplicação da defesa no prazo de 20 dias e a dilação probatória do art. 22 da lei 1.079/50, aplicando-se por analogia o art. 217 do RICD.

Em causa, portanto, o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar o papel redefinido pela Constituição de 1988 para ser exercido pela Câmara dos Deputados no processo de *impeachment*, assim como a aplicação ou não da ampla defesa e como seria seu exercício, bem como de que forma seria realizada a votação. Em primeiro lugar, estabeleceu o STF que o Senado Federal é quem realizará o juízo de pronúncia e o julgamento, cabendo à Câmara dos Deputados o juízo de admissibilidade da acusação que, mesmo sendo juízo político, necessita da garantia da ampla defesa como insculpido na Constituição, observadas as limitações de fato de que a pronúncia só se realizará no Senado Federal. Nessa medida, a defesa deveria ocorrer no prazo de até 10

12. Acórdão disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecstfjulgamentohistorico/anexo/ms21564.pdf>.

sessões, nos termos do art. 217 do RICD aplicável por analogia. Por último, *definiu o Supremo Tribunal Federal que a votação em plenário deve ser nominal e em aberto, consoante o art. 23 da lei 1.079/50*¹³.

Voltando ao ano de 2015, como corolário da ampla defesa e do devido processo legal, o ministro Edson Fachin entendeu que é direito da denunciada

13. Veja-se o inteiro teor da ementa do julgado: CONSTITUCIONAL. “IMPEACHMENT”. PROCESSO E JULGAMENTO: SENADO FEDERAL. ACUSAÇÃO: ADMISSIBILIDADE: CÂMARA DOS DEPUTADOS. DEFESA. PROVAS: INSTÂNCIA ONDE DEVEM SER REQUERIDAS. VOTO SECRETO E VOTO EM ABERTO. RECEPÇÃO PELA CF/88 DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1.079/50. REVOGAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE PELA EC 4/61. REPRISTINAÇÃO EXPRESSA PELA EC N. 6/63. C.E., ART. 5., LV; ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, “CAPUT”, PAR.1., II, PAR.2.; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 4, DE 1961; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 6, DE 1.963. LEI N. 1.079/50, ART. 14, ART. 23. I. – “IMPEACHMENT” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: COMPETE AO SENADO FEDERAL PROCESSAR E JULGAR O PRESIDENTE DA REPÚBLICA NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (C.E., ART. 52, I; ART. 86, PAR.1., II), DEPOIS DE AUTORIZADA, PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS, POR DOIS TERÇOS DE SEUS MEMBROS, A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO (C.E., ART. 51, I), OU ADMITIDA A ACUSAÇÃO (C.E., ART. 86). E DIZER: O “IMPEACHMENT” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA SERÁ PROCESSADO E JULGADO PELO SENADO. O SENADO, E NÃO MAIS A CÂMARA DOS DEPUTADOS FORMULARÁ A ACUSAÇÃO (JUÍZO DE PRONÚNCIA) E PROFERIRÁ O JULGAMENTO (C.E., ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, PAR.1., II, PAR.2.). II. – NO REGIME DA CARTA DE 1988, A CÂMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DA DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, EXAMINA A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO (C.E., ART. 86, “CAPUT”), PODENDO, PORTANTO, REJEITAR A DENÚNCIA OFERECIDA NA FORMA DO ART. 14 DA LEI 1079/50. III. – NO PROCEDIMENTO DE ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA, A CÂMARA DOS DEPUTADOS PROFERE JUÍZO POLÍTICO. DEVE SER CONCEDIDO AO ACUSADO PRAZO PARA DEFESA. DEFESA QUE DECORRE DO PRINCÍPIO INSCRITO NO ART. 5., LV, DA CONSTITUIÇÃO, OBSERVADAS, ENTRETANTO, AS LIMITAÇÕES DO FATO DE A ACUSAÇÃO SOMENTE MATERIALIZAR-SE COM A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO NO SENADO. NESTE, E QUE A DENÚNCIA SERÁ RECEBIDA, OU NÃO, DADO QUE, NA CÂMARA, OCORRE APENAS A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO, A PARTIR DA EDIÇÃO DE UM JUÍZO POLÍTICO, EM QUE A CÂMARA VERIFICARÁ SE A ACUSAÇÃO É CONSISTENTE, SE TEM ELA BASE EM ALEGAÇÕES E FUNDAMENTOS PLAUSÍVEIS, OU SE A NOTICIA DO FATO REPROVÁVEL TEM RAZOÁVEL PROCEDÊNCIA, NÃO SENDO A ACUSAÇÃO SIMPLEMENTE FRUTO DE QUIZÍLIAS OU DESAVÊNÇAS POLÍTICAS. POR ISSO, SERÁ NA ESFERA INSTITUCIONAL DO SENADO, QUE PROCESSA E JULGA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE, QUE ESTE PODERÁ PROMOVER AS INDAGAÇÕES PROBATÓRIAS ADMISSÍVEIS. IV. – RECEPÇÃO, PELA CF/88, DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1079/50. VOTAÇÃO NOMINAL, ASSIM OSTENSIVA (RI/CÂMARA DOS DEPUTADOS, ART. 187, PAR.1., VI). V. – ADMITINDO-SE A REVOGAÇÃO, PELA EC N. 4, DE 1961, QUE INSTITUIU O SISTEMA PARLAMENTAR DE GOVERNO, DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE NÃO TIPIFICADOS NO SEU ARTIGO 5, COMO FIZERA A CF/46, ART. 89, V A VIII, CERTO É QUE A EC N. 6, DE 1.963, QUE REVOGOU A EC N. 4, DE 1961, RESTABELECEU O SISTEMA PRESIDENCIAL INSTITUÍDO PELA CF/46, SALVO O DISPOSTO NO SEU ART. 61 (EC N. 6/63, ART. 1.). É DIZER: RESTABELECIDO TUDO QUANTO CONSTAVA DA CF/46, NO TOCANTE AO SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOVERNO, OCORREU REPRISTINAÇÃO EXPRESSA DE TODO O SISTEMA. VI. – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO, EM PARTE, PARA O FIM DE ASSEGURAR AO IMPETRANTE O PRAZO DE DEZ SESSÕES PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA.

(STF-MS: 21.564 DF, Relator: OCTAVIO GALLOTTI, para o acórdão Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 23/09/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 27-08-1993) Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfjulgamentohistorico/anexo/ms21564.pdf>.

participar posteriormente à atividade acusatória desenvolvida pelo parlamento, sendo que o interrogatório da acusada deve ser o ato final da instrução probatória, sendo acompanhado pela divergência do ministro Barroso e, quanto a este último ponto, pela unanimidade dos membros do STF¹⁴.

Três outros pontos foram objeto de convergência entre todos os ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao voto do relator, quais sejam:

1) a possibilidade de que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 38 da Lei 1.079/50, possa ser aplicado subsidiariamente, sem que implique em ofensa à reserva legal do art. 85, parágrafo único, da Constituição, desde que veiculem matéria *interna corporis*, ou seja, matéria destinada à auto-organização interna dos órgãos legislativos, e compatíveis com o conteúdo da Constituição e com os preceitos legais. É bom lembrar, no entanto, que o ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do caso Collor, já alertava para as consequências de se deixar a normatização do processo de *impeachment* para os quadrantes regimentais:

166

reduzir o processo de *impeachment* a matéria regimental, em qualquer de suas fases, é deixar tudo nas mãos do Congresso Nacional: o poder de elaborar e o poder de alterar a qualquer momento, até na iminência de um caso determinado, as regras do jogo e, em princípio, excluir o controle do Poder Judiciário sobre os atos de interpretação e aplicação, porque tudo se reduziria à decisão parlamentar de questões *interna corporis*, de alçada puramente regimental.

A questão, portanto, é se as regras do jogo do impedimento serão ou não respeitadas, de acordo com os ditames da Constituição e da lei de regência.

2) Unanimemente, o Supremo Tribunal Federal também considerou que, por mais que o art. 38 da lei 1.079/50 tenha previsto a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ao rito de *impeachment*, não se aplicam as hipóteses de impedimento e suspeição aplicáveis aos magistrados ao processo de *impeachment*, eis que, de acordo com o relator, ministro Fachin, a Constituição deu contornos jurídico-políticos ao processo de responsabilização do presidente da República, e não apenas jurídico. Ainda, há uma diferença substancial entre

14. A Ata do julgamento está disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306674>.

os magistrados e os parlamentares, já que estes estariam sujeitos, além da Constituição e das leis, também à vontade de seus representados. Daí decorre que não se poderia exigir imparcialidade e suas decisões seriam motivadas com base em convicções político-partidárias, e não exclusivamente jurídicas.

3) Por fim, também, o STF, de forma unânime, definiu que não é preciso que o Senado Federal abstenha-se de assumir a função acusatória, já que não se aplicam as garantias de processo criminal comum ao procedimento de índole marcadamente política. Ademais, ao Senado Federal competiria, segundo o voto do ministro Luis Roberto Barroso, apurar a verdade dos fatos em busca do interesse público.

Os *pontos de divergência* entre o voto do ministro Edson Fachin e o ministro Luis Roberto Barroso foram, de fato, determinantes para a conclusão do Supremo Tribunal Federal acerca do processo de *impeachment*. Entre eles, está, novamente, o papel constitucional exercido pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal¹⁵.

No *Mandado de Segurança 21.564*, Rel. Min. Octavio Galotti e Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que a Câmara dos Deputados, no atual contorno constitucional, exerce apenas o juízo político de admissibilidade da acusação (art. 51, inc. I da CF/88), sem qualquer função acusatória. Com efeito, o processo e o julgamento será exercido pelo Senado Federal, a quem competirá decidir pela perda do cargo e pela inabilitação política por até oito anos, com o *quórum* de

167

15. O ministro Luís Roberto Barroso conduziu o voto vencedor, razão pela qual será o relator para o acórdão. Foi publicado no próprio *site* do Supremo Tribunal Federal a ementa que, salvo eventuais modificações posteriores, deverá ser a ementa definitiva do acórdão da ADPF 378 que reproduzimos na íntegra o ponto de destaque quanto ao papel do Senado Federal: “[...] 3. RITO DO IMPEACHMENT NO SENADO (ITENS “G” E “H”): 3.1. Por outro lado, há de se estender o rito relativamente abreviado da Lei nº 1.079/1950 para julgamento do *impeachment* pelo Senado, incorporando-se a ele uma etapa inicial de instauração ou não do processo, bem como uma etapa de pronúncia ou não do denunciado, tal como se fez em 1992. Estas são etapas essenciais ao exercício, pleno e pautado pelo devido processo legal, da competência do Senado de “processar e julgar” o presidente da República. 3.2. Diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, aplicação das regras da Lei nº 1.079/1950 relativas a denúncias de *impeachment* contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado). 3.3. Conclui-se, assim, que a instauração do processo pelo Senado se dá por deliberação da maioria simples de seus membros, a partir de parecer elaborado por Comissão Especial, sendo improcedentes as pretensões do autor da ADPF de (i) possibilitar à própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeitar sumariamente a denúncia; e (ii) aplicar o *quórum* de 2/3, exigível para o julgamento final pela Casa Legislativa, a esta etapa inicial do processamento [...]”. (Grifo nosso) (Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_do_ministro_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2015.

dois terços (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal). Quanto ao papel atribuído à Câmara dos Deputados fica bem evidente que tanto o ministro Edson Fachin quanto o ministro Barroso chegam à mesma conclusão, dando interpretação aos arts. 23, 80 e 81 de que não pode a Câmara dos Deputados funcionar como tribunal de pronúncia, senão que apenas admitir ou não a denúncia de crime de responsabilidade.

A questão, então, não decidida no caso Collor, é se, uma vez ocorrida a admissibilidade positiva na Câmara dos Deputados, estaria o Senado Federal obrigado a processar e julgar o presidente da República ou se, ao revés, poderia o Senado Federal realizar uma nova admissibilidade do processo de impedimento.

Com supedâneo no texto do art. 86, entende o ministro Edson Fachin que “inexiste competência para o Senado Federal rejeitar a autorização da Câmara dos Deputados”, deve ela instaurar o procedimento, com a consequência do afastamento do presidente de suas funções pelo prazo de até 180 dias, sendo impossível à Mesa do Senado Federal proferir novo juízo de admissibilidade, resta a obrigatoriedade da formação da Comissão acusadora que, diante do silêncio da Constituição, fica a formação delegada ao RISF e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se levar o libelo acusatório ao plenário, que decidirá pela procedência ou não¹⁶. Veja-se que o voto do ministro Edson Fachin, nesse ponto, pretende apegar-se apenas à literalidade do texto que, não obstante sua conclusão, nada diz a respeito da possibilidade do Senado Federal realizar novo juízo de admissibilidade¹⁷.

O ministro Luís Roberto Barroso interpreta diferentemente o papel do Senado Federal, à luz de métodos hermenêuticos tradicionais. Sumariando as conclusões, pelo elemento histórico, quer afirmar o ministro Barroso que o novo papel dado à Câmara dos Deputados é proferir uma condição de procedibilidade da denúncia, possibilitando a abertura do processo no Senado Federal, e não um juízo de pronúncia que acarretaria, automaticamente, o afastamento do presidente da República.

16. Entendendo pela obrigatoriedade do Senado Federal processar e julgar diante do juízo positivo de admissibilidade está FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. p. 937.

17. “Art. 86. Admitida a acusação contra o presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

Pelo elemento literal da Constituição de 1988, o ministro Barroso conclui que cabe à Câmara dos Deputados apenas uma parte de um momento pré-processual, não instaurando, por si própria, o processo, apenas concedendo autorização para tal, que se instauraria no Senado Federal. Nessa medida, entender que o Senado Federal estaria obrigado à instauração do processo é dar elemento vinculante onde a própria Constituição não o fez; interpretar a atual Constituição retrospectivamente ao regime das anteriores, onde estaria literalmente consignado que a Câmara dos Deputados determinaria a abertura do processo – ora, se a Constituição de 1988 dispõe de forma diversa, então alguma razão deve haver para isso. De outro modo, sendo o Senado Federal o único órgão competente para *processar e julgar* a denúncia, estaria, aí também, incluída a competência para um exame preliminar de admissibilidade da mesma. Por último, a conclusão da obrigatoriedade do Senado Federal processar e julgar teria de ser válida também para o Supremo Tribunal Federal na hipótese de crime comum, o que afetaria a independência dos poderes republicanos. É dizer, a se seguir a orientação do ministro Fachin, havendo denúncia de crime comum contra a presidente da República, uma vez feito o juízo de admissibilidade na Câmara, seria o STF obrigado a proceder o julgamento, sem possibilidade de fazer juízo formal de admissibilidade. Tanto numa como noutra hipótese a Câmara estaria revestida de função já dentro do processo, o que não é compatível com o que diz a Constituição ao estabelecer que o processo, em si, apenas começa no Senado ou no STF. Ora, fazer o juízo de admissibilidade é a primeira manifestação de qualquer juiz em qualquer processo – se o processo de *impeachment* possui algum sentido jurídico ao lado do político, então deve seguir minimamente as regras básicas de teoria do processo.

Um olhar sistemático, segundo o ministro Barroso, também levaria à conclusão de que o Senado Federal pode exercer um juízo de admissibilidade, vale dizer, sendo nosso sistema bicameral, nos termos do art. 44 da CR/88, então há de se concluir que uma Casa não se subordina à outra. Não faria sentido pensar que uma Casa tenha de exercer um trabalho meramente homologatório de outra.

Logicamente, ainda, para o ministro Barroso, não faria sentido que a suspensão das funções da presidência seria posterior, se a instauração do processo pelo Senado Federal fosse ato meramente homologatório.

Também, segundo o voto do ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal teria, em *obiter dictum*, no *Mandado de Segurança 21.564* do caso Collor, afirmado que a denúncia seria recebida ou não pelo Senado Federal, o que implicaria, obviamente, o exame da admissibilidade, formal e material, da denúncia, inclusive tendo o Supremo Tribunal Federal editado, em sessão administrativa, documento que visualizaria possíveis questões enfrentadas no Senado por ocasião do impedimento do presidente Collor. Daí que, segundo o ministro Barroso, tal decisão incorporou-se à nossa ordem constitucional de tal modo que eventual modificação infringiria a segurança jurídica¹⁸.

170

Assim, deve-se incluir uma etapa de admissibilidade prévia no Senado Federal, reinterprestando-se o art. 24 da lei 1.079/50 para, utilizando-se da analogia com os arts. 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da lei 1.079/50 que cuida da competência do Senado Federal para processar e julgar em crime de responsabilidade os ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, estabelecer que, recebida a denúncia proveniente da Câmara dos Deputados, formar-se-á comissão especial no âmbito do Senado Federal para emitir parecer prévio sobre a viabilidade da denúncia também com relação ao presidente da República, que será submetida à votação ostensiva e nominal perante o plenário, sendo aprovada por maioria simples.

Daí que o ministro Barroso dissentiu da própria inicial que pretendia fosse tal incumbência ou da mesa do Senado Federal ou, ainda, com o *quórum* de dois terços dos membros do Senado Federal. O relator originário, ministro Fachin, de outro lado, entendia apenas pela obrigatoriedade do Senado processar e julgar, no que foi seguido pelos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que restaram vencidos.

Com efeito, o voto do relator originário, ministro Edson Fachin, no tocante a tal questão, transformaria o Senado Federal em mero órgão executório da decisão de recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados, em desacordo, sejam aos termos presentes nos arts. 51, I e 52, I da CR/88, seja à decisão no caso Collor.

18. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306648>.

A outra divergência entre o relator originário e o ministro Luís Roberto Barroso, que, em grande medida, estabelece os parâmetros constitucionais do processo de *impeachment*, foi a questão da composição da Comissão Especial do processo de impedimento, que se destina a elaborar um parecer preliminar acerca da admissibilidade da denúncia, prevista nos arts. 19 e seguintes da lei 1.079/50.

Nos termos da fundamentação do ministro Edson Fachin, a Constituição da República, no art. 58, delegou a composição das comissões para o Regimento Interno de cada casa congressual. Nessa medida, estabelece o relator que “eventuais dúvidas acerca das comissões militam em favor da auto-organização do Legislativo, com efeito, nessas circunstâncias, há um dever de deferência do Estado-juiz para com o Parlamento, desde que respeitados o devido processo legal e os direitos das minorias parlamentares”.

Dito isso, o relator considerou que a formação da Comissão Especial tanto pode ser realizada pela indicação feita pelos líderes, a ser submetida ao Plenário, como pela concorrência entre chapas oficiais e avulsas, que realizariam o comando constitucional. Dissentindo, o ministro Luís Roberto Barroso entende que, nos termos textuais do RICD com a delegação recebida pela Constituição, a indicação é feita pelos líderes partidários ou dos blocos parlamentares e que viola a autonomia partidária pensar que a indicação deveria ser realizada de fora para dentro, razão pela qual tornaria inviável a candidatura avulsa.

Ora, sendo assim, fica ainda latente uma questão importante levantada para a continuidade do processo de *impeachment*. O que ocorre se o plenário rejeitar a nomeação dos componentes realizados pelos líderes partidários? A resposta a tal indagação nos parece bem explicada por Thomaz Pereira¹⁹. Em primeiro lugar, a aprovação ou rejeição dos membros da Comissão Especial é da exclusiva competência do plenário, e não da mesa da Câmara dos Deputados. Em segundo lugar, ou há uma modificação dos nomes a serem submetidos para aprovação ou, ainda, há uma modificação dos líderes. Em qualquer caso, tem-se que a saída para o impasse é política e não envolve, de qualquer forma, a intervenção do Poder Judiciário.

19. Disponível em: <<http://jota.info/o-passado-e-o-futuro-do-impeachment>>.

De outro modo, muito embora reconheça o ministro Edson Fachin que o exercício do Poder Público deve se submeter à publicidade de seus atos, já que decorre do direito do cidadão de fiscalizar os atos praticados pelos poderes republicanos, e que a Constituição mesmo determina as exceções ao princípio da publicidade dos atos, entende que seria constitucional a determinação regimental de votação secreta para a formação da Comissão Especial e que não compete ao Poder Judiciário intervir quando o texto constitucional deixa margens para múltiplas interpretações, resultando em uma deferência a autonomia dos Poderes e, ao mesmo tempo, uma atitude de autocontenção judicial. Divergindo, o ministro Luis Roberto Barroso decide pelo voto aberto para a formação da Comissão Especial com o fundamento de que a Constituição não estabeleceu nenhuma exceção ao voto aberto no processo de *impeachment*. Sendo um processo de tamanha magnitude institucional, que visa destituir Chefe do Executivo, necessário que se realize de acordo com a maior transparência possível e o voto aberto é o que melhor se adéqua a tais objetivos. Ademais, é preciso que o processo de impedimento seja compatível com os princípios democrático, republicano e representativo que apenas o voto aberto possibilitaria. Por último, estabelece que o voto aberto foi a *ratio* da decisão do caso Collor.

172

Ademais, a interpretação do ministro Fachin – e, nesse ponto, acompanhado das que fazem os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli a respeito dos arts. 85-86 quanto à natureza secreta da votação na formação da Comissão – contraria a jurisprudência construída há anos pelo próprio STF – quando não, afirmada por estes mesmos ministros – no sentido de que a regra nas votações no Parlamento é a da publicidade, e isso em razão de que seus membros não agem em nome próprio, mas sim como representantes. Votações, quaisquer que sejam, apenas poderiam ser secretas quando expressamente a Constituição as prescrevesse, e aí nem a lei ou menos ainda um Regimento Interno poderia inovar, pois que estaria indo de encontro à Constituição²⁰. Foi o que

20. A questão, nos parece, até é o inverso, como dissemos noutro texto: “Nos termos do art. 188, §2º do RICD, veda-se o escrutínio secreto para autorização do processo de impedimento, aplicável também para a formação da comissão especial e todo e qualquer ato que diga respeito ao processo de impedimento dos altos cargos republicanos. Mais do que isso, o art. 23 da lei 1.079/50 é explícito em exigir a votação aberta: “Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação”. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/controle-judicial-do-processo-legislativo-de-impeachment>>.

decidiu o ministro Fachin no *MS. n. 33.908* (que tratou da prisão do senador Delcídio do Amaral):

A publicidade dos atos de exercício de poder é a regra estabelecida pela Constituição (art. 37), tanto para o Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo. Isso decorre do princípio republicano e da própria expressão do Estado democrático de direito, em que vige a possibilidade de controle por parte dos titulares do poder (art. 3º, da CR). A Constituição estabelece hipóteses excepcionais em relação às quais essa regra é excepcionada. [...] Não havendo menção no art. 53, §2º [assim como não o há no art. 86] da Constituição à natureza secreta da deliberação ali estabelecida, há de prevalecer o princípio democrático que impõe a indicação nominal do voto dos representantes do povo, entendimento este que foi estabelecido pelo próprio Poder Legislativo, ao aprovar a EC n. 35/2001. Sendo assim, não há liberdade à Casa Legislativa em estabelecer, em seu regimento, o caráter secreto dessa votação, e, em havendo disposição regimental em sentido contrário, sucumbe diante do que estatui a Constituição como regra. (Decisão liminar proferida em 25.11.2015; grifos nossos).

173

Sobre a forma de composição da Comissão, isto é, sobre a divergência entre os ministros a respeito de se poderia haver “chapa avulsa”, já tratamos do tema aqui no Empório em texto supracitado

A formação de Comissões Parlamentares, sejam elas permanentes ou temporárias, obedece a uma regra básica: “Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa” (§1º do art. 58 da Constituição Federal). A indicação dos nomes que compõem qualquer Comissão é feita pelos líderes dos partidos/blocos partidários e, aqui especificamente, nos termos do art. 19 da lei 1.079/50, está ainda sujeita a votação. Não há possibilidade de “candidaturas avulsas” [...] – isso viola não apenas a Constituição e a lei 1.079/50 já citadas, como também o art. 12 da lei n. 9.096/95 e o art. 33 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Vale citar também precedente mencionado no pedido de caute-

lar na ADPF citada: STF, MS 24849. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ. 29.09.2006 e ADI. 1363.²¹

Dessa forma, a decisão do STF dá curso à construção iniciada com os Mandados de Segurança no caso Collor – ainda como inúmeras outras ações envolvendo crimes de responsabilidade contra governadores e prefeitos desde 1988 (pelo menos). Não que o Tribunal esteja atavicamente preso ao passado, contudo, caso o STF quisesse romper com os precedentes que criou – procedendo a um *overruling* –, precisaria assumir o respectivo ônus argumentativo: teria de trazer a *ratio decidendi* definida no caso anterior (ou nos casos, se se somam processos similares envolvendo outros titulares de cargo do Executivo) e mostrar os acertos e desacertos ali tomados face a uma renovada compreensão da Constituição. O que não pode é violar a integridade de sua história institucional decidindo como que a partir de um *grau zero de interpretação*. A metáfora do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin²², mais uma vez, precisa ser retomada: apenas precedentes que mostrem coerência precisam ser seguidos; no entanto, haver um precedente impõe a obrigação de que seu seguimento ou não seja fundamentado – nesse sentido o Novo CPC, art. 489, §1º, IV e V²³.

174

Nunca é demais lembrar, ultrapassadas as questões atinentes ao rito e à competência, que o instituto constitucional do *impeachment*, como na nossa tradição do presidencialismo, não se confunde com o instituto parlamentarista da moção de censura ou de desconfiança, nem sequer se confunde com o instituto do *recall*.

No caso do *impeachment*, embora a decisão política caiba, sobretudo, ao Senado, é constitucionalmente necessária, além da garantia do devido processo, a caracterização do crime de responsabilidade, nos termos da

21. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/controlado-judicial-do-processo-legislativo-de-impeachment>>.

22. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; cf. também: PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 15-139, 1.º sem. 2005; BAHIA, Alexandre Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

23. A questão da coerência com precedentes é um dos tópicos de destaque no Novo CPC. Sobre isso cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; e: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Constituição e da lei 1.079/50 naquilo que essa lei foi recepcionada pela Constituição²⁴.

Ou seja, sem a caracterização do crime de responsabilidade (que somente existe no Direito brasileiro vigente como crime doloso), o que há é abuso de poder, violação da separação de poderes, portanto, da lei e da Constituição. Não é *impeachment*, é golpe de Estado.

Em outros termos, afastar uma presidente da República eleita tão somente porque se discorda das escolhas políticas dela é inconstitucional. O sistema presidencialista não admite essa hipótese de perda do mandato.

O futuro do processo de *impeachment* dependerá, efetivamente, de como serão respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal, da separação de poderes e do sistema de governo presidencialista adotado pela Constituição, cuja incumbência de proteção não é só do Supremo Tribunal Federal, mas de todos os poderes republicanos e de cada um de seus membros, mas, principalmente, de nós mesmos cidadãos de um Estado Democrático de Direito.

24. Sobre a natureza do crime de responsabilidade, ver: STRECK, Lenio Luiz, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentários ao art. 85. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1286 e 1287. Com efeito, Leonardo Isaac Yarochevsky defende, também, a natureza jurídico-política do processo de *impeachment*: processo de *impeachment* tem natureza mista: política/jurídica. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-dez-18/yarochevsky-impeachment-natureza-mista-politica-juridica>. Acesso em: 21 dez. 2015.

AS “EMENDAS AGLUTINATIVAS” NA ERA CUNHA: O DEVIDO PROCESSO LEGAL ENTRE A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA AUTONOMIA POLÍTICA¹

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

EVANILDA NASCIMENTO DE GODOI BUSTAMANTE

177

Um dos elementos definidores de qualquer modelo de democracia é o processo legislativo. É pela análise de suas normas que podemos realizar qualquer juízo sobre o caráter verdadeiramente democrático do processo de produção do direito e sobre a coerência entre os princípios abstratos fixados no texto da Constituição e as regras e práticas políticas que os internalizam nas instituições.

Neste ensaio, pretendemos analisar um caso concreto que tem sérias repercussões sobre o modelo institucional brasileiro e sobre o valor da deliberação, da autonomia moral e da segurança jurídica no processo de produção das leis no nosso país. Discutiremos, em particular, o regime jurídico das denominadas “emendas aglutinativas”, com vistas a expor uma interpretação

1. Este trabalho foi resultante de investigações realizadas com financiamentos do CNPQ, da FAPEMIG e da FAPESP, ao longo de estudos pós-doutorais realizados pelo autor Thomas Bustamante na Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Titular Ronaldo Porto Macedo Júnior. Agradecemos a este querido colega e a estas instituições de fomento pelo apoio oferecido às pesquisas que originaram esse trabalho. Os autores agradecem também a Rafael Souza por valiosas críticas e observações a uma versão anterior deste trabalho.

diversa da fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no MS 22.503, em que foi legalizada a prática de propor emendas aglutinativas após a divulgação do resultado de uma votação rejeitando uma proposta de Emenda à Constituição (EC). Pretendemos apresentar uma alternativa à opinião fixada pela Corte naquele julgamento. Contra a opinião majoritária, expressa no Voto do ministro Maurício Corrêa, defenderemos que emendas aglutinativas, todas, devem ser propostas na fase deliberativa do processo legislativo, antes do início do processo de votação. Essa é a única interpretação, a nosso ver, que preserva ao mesmo tempo a autonomia política do Parlamento e a segurança jurídica necessária para o devido processo legal no âmbito legislativo. Ao decidir sobre o conteúdo da lei, o plenário de cada Casa Legislativa deve ter plena consciência de quais alternativas estão na mesa e de todas as proposições legislativas que estão sob sua apreciação. Se essa regra procedimental não for respeitada, no processo legislativo das Emendas Constitucionais, haverá uma irreparável violação ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal (CF). Foram inconstitucionais, portanto, as aprovações em primeiro turno da PEC 182/2007 (no que concerne ao financiamento eleitoral) e da PEC 171/1993 (sobre a redução da maioria penal).

178

QUANDO O PROCESSO LEGISLATIVO VIRA PIADA NA INTERNET: A POLÊMICA TRAMITAÇÃO DAS PECs 182/2007 E 171/1993

Eis a manchete de um jornal sensacionalista:

Flamengo perde e Eduardo Cunha manda jogar de novo até ganhar:

Nesta quarta-feira, o presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (PMDB) foi ao estádio Mané Garrincha assistir ao jogo de Flamengo e Coritiba. O time paranaense venceu o jogo por 2 a 0. Eduardo Cunha, flamenguista, disse ao fim do jogo que representaria a partida através de uma manobra regimental para que o Flamengo pudesse vencer o jogo. O time do Coritiba pretende recorrer ao Supremo por considerar a manobra inconstitucional. O ministro Gilmar Mendes promete pedir vistas e só entregar quando o Sport abrir mão do título de 1987.²

2. Notícia publicada no *site* Sensacionalista, enviada pelo leitor Matheus Lara em 18 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://sensacionalista.uol.com.br/2015/09/18/flamengo-perde-e-eduardo-cunha-manda-jogar-de-novo-ate-ganhar/>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Um pouco de *fairplay* se faz necessário. Mesmo sendo torcedor do Clube de Regatas do Flamengo, um dos autores desse artigo reconhece que a anedota citada aqui é bem construída e capaz de fazer rir qualquer observador atento da política brasileira nos últimos meses.

Lamentavelmente, o processo legislativo brasileiro – nas duas mais polêmicas propostas de Emendas à Constituição da atual legislatura – virou motivo de piada na internet depois que o presidente da Câmara dos Deputados conseguiu reverter, em menos de 24 horas, o resultado de votações em que ele saíra derrotado pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

A anedota se justifica em vista da manobra de recolocar em discussão temas rejeitados poucas horas antes, numa afronta direta aos princípios político-morais que se escondem por detrás do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. O processo de votação da PEC 182/2007 (Reforma Política) e da PEC 171/1993 (Redução da Menoridade) foi mais ou menos assim: pautado por paixões, descumpridor das regras do processo legislativo (em particular, art. 60, § 5º, da Constituição) e viabilizador de emendas aglutinativas surpreendentes, sacadas do nada e colocadas em Plenário minutos após a sua proposição.

179

Rememoremos o histórico da PEC do financiamento de campanhas, por exemplo. A PEC 182/2007 tramitou desde 23 de outubro de 2007 até 6 de novembro de 2013 sem fazer qualquer referência ao financiamento de campanha eleitoral. Originalmente, a PEC 182/2007 foi apresentada como uma proposição para alterar “os art.s 17, 46 e 55 da Constituição Federal, para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfilarem dos partidos pelos quais eles foram eleitos”. Somente com a PEC 352/2013, é que o tema do financiamento de campanha entrou no contexto do debate sobre a denominada “Reforma Política”. Esta última PEC propunha regras mais restritas do que as atuais sobre o financiamento privado de campanhas políticas, permitindo as doações por parte de pessoas jurídicas para os partidos, mas não para os candidatos, e condicionando o recebimento de qualquer doação à aprovação de uma lei para fixar os limites de tais doações.

A PEC 352/2013, por sua vez, passou pela Comissão de Constituição de Justiça no ano de 2014, tendo sido aprovado, por maioria, o Parecer do deputado Espiridião Amin proferido em 11 de dezembro de 2014, que admitiu a proposição com algumas mudanças pontuais.

O tema do financiamento de campanha voltou à tona já no ano de 2015, após a criação de uma Comissão Especial para analisar conjuntamente a PEC 182/2007 e várias outras PECs que lhe foram apensadas, por tratarem de matérias atinentes ao tema genérico da Reforma Política.

Essa Comissão Especial esteve encarregada de consolidar todas as propostas em curso na Câmara dos Deputados sobre a Reforma Política, e produziu um *substitutivo* apresentado pelo deputado Marcelo Castro em 12 de maio de 2015, que analisou quase uma centena de PECs e dezenas de emendas.³

Como está relatado no Parecer, houve um grande número de propostas diferentes submetidas à apreciação da Comissão sobre o tema do financiamento de campanhas.

180 Após ponderadas todas essas propostas, em 12 de maio de 2015 foi aprovado pela Comissão Especial um substitutivo, de autoria do Relator Marcelo Castro, que inseria um parágrafo no art. 17 da Constituição Federal para permitir apenas aos partidos políticos receber recursos de pessoas jurídicas, sendo vedadas as doações a candidatos.

No dia designado para a votação do substitutivo, no entanto, foram apresentadas 9 (nove) emendas aglutinativas ao Plenário, entre as quais a

3. Parecer do Relator, Dep. Marcelo Castro (PMDB-PI), pela aprovação, na íntegra, da Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 2015, do Senado Federal, e, em parte, das Propostas de Emenda à Constituição de nº 42/95; 51/95; 60/95; 85/95; 90/95; 108/95; 137/95; 142/95; 211/95; 251/95; 337/96; 541/97; 542/97; 10/99; 23/99; 24/99; 26/99; 27/99; 119/99; 143/99; 158/99; 242/00; 267/00; 279/00; 294/00; 362/01; 444/01; 19/03; 67/03; 133/03; 149/03; 151/03; 246/04; 249/04; 273/04; 312/04; 390/05; 402/05; 520/06; 539/06; 586/06; 4/07; 11/07; 15/07; 51/07; 65/07; 72/07; 77/07; 103/07; 105/07; 123/07; 124/07; 131/07; 147/07; 160/07; 164/07; 182/07; 199/07; 220/08; 297/08; 311/08; 314/08; 27/11; 60/11; 224/12; 344/13; 345/13; 352/13 e 3/15 e pela admissibilidade e aprovação, no todo ou em parte, das emendas de nº 2, 4, 5, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 27, 28, 30, 31, 34 e 43, com substitutivo; pela rejeição das PECs de nº 190/94; 191/94; 10/95; 28/95; 43/95; 168/95; 179/95; 181/95; 289/95; 291/95; 492/97; 624/98; 628/98; 16/99; 64/99; 70/99; 75/99; 79/99; 99/99; 170/99; 195/00; 196/00; 202/00; 212/00; 262/00; 279/00; 408/01; 476/01; 485/02; 6/03; 46/03; 115/03; 127/03; 225/03; 262/04; 306/04; 361/05; 378/05; 409/05; 430/05; 434/05; 519/06; 523/06; 578/06; 580/06; 583/06; 585/06; 587/06; 20/07; 25/07; 142/07; 148/07; 155/07; 221/08; 223/08; 228/08; 241/08; 257/08; 280/08; 308/08; 322/09; 365/09; 404/09; 128/11; 151/12; 153/12; 159/12; 168/12; 169/12; 198/12; 199/12; 221/12; 222/12; 258/13; 322/13; 326/13; 328/13; 334/13; 356/13; 384/14; 430/14; 444/14; 7/15; pela admissibilidade, no todo ou em parte, e rejeição das emendas de nº 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23, 24, 26, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 40, 41 e 42; pela inadmissibilidade formal das emendas de nº 14, 38 e 39, por insuficiência de assinaturas; e pela prejudicialidade das PECs de nº 283/00, 6/07 e 41/07.

Emenda Aglutinativa nº 22, que modificava a redação do artigo 17, § 5º, da Constituição, para permitir aos partidos políticos e aos candidatos receber doações de pessoas físicas e jurídicas.

A Emenda Aglutinativa nº 22 foi rejeitada pelo Plenário no mesmo dia 26 de maio de 2015, com 264 votos a favor, 207 contra e 4 abstenções.

Menos de 24 horas depois, foi retomada a discussão do tema e foram propostas mais 13 emendas aglutinativas, sendo que algumas delas versavam também sobre o financiamento de campanha e foram submetidas à votação em Plenário. Foram votadas no dia 27 de maio de 2015: a) a Emenda Aglutinativa nº 10 (que permitia apenas as doações de pessoas físicas aos partidos, vedando tanto doações de pessoas jurídicas como doações diretas a candidatos); b) a Emenda Aglutinativa nº 32 (que abolia o financiamento privado nas eleições, tornando o financiamento puramente público); c) e a Emenda Aglutinativa nº 28 (que permite aos partidos políticos receber doações de pessoas físicas e jurídicas, e aos candidatos receber recursos apenas das pessoas físicas). Foram rejeitadas as Aglutinativas nºs 10 e 32, e aprovada a de nº 28, apresentada pelo deputado Celso Russomano, que recebeu 330 votos favoráveis, 142 contrários e 1 abstenção.

181

Essa aprovação provocou um debate sem precedentes sobre o tema em todos os meios de comunicação e na comunidade jurídica. O próprio sítio da Câmara dos Deputados na internet anuncia que a aprovação da emenda aglutinativa nº 28

[...] ocorreu em meio a protestos de deputados do PCDoB, do PT, do Psol e do PSB. Esses partidos avaliaram que houve uma manobra para reverter a derrota imposta na terça-feira pelo Plenário às doações de empresas às campanhas. Os deputados rejeitaram a emenda que autorizava as doações de pessoas físicas e jurídicas para candidatos e partidos [...].⁴

Os partidos faziam, ainda, alusão a um acordo entre os líderes dos partidos, em meio ao qual o presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha,

4. Notícia publicada no *site* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/489067-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHA-CAMARA-APROVA-DOACOES-DE-EMPRESAS-PARA-PARTIDOS.html>.

teria “dito na sessão da noite anterior, antes da derrota da primeira emenda sobre o financiamento privado, que o texto principal não iria a voto, conforme o acordo de procedimento firmado entre os líderes”.

Alegou-se, ainda, uma afronta ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal, que fixa a regra segundo a qual “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

A aprovação da Aglutinativa de nº 28, portanto, teria violado o teor literal do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto escreveu o seguinte comentário, sustentando a violação a este dispositivo constitucional:

O presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, sustentou, para submeter a matéria a nova apreciação, que, no dia anterior – na 3ª feira, dia 26/5 –, o Plenário teria se manifestado exclusivamente sobre o financiamento de candidatos: estes não mais poderiam receber doações empresariais. Na votação de ontem – 4ª feira, dia 27/5 –, a Casa se manifestaria sobre o financiamento empresarial concedido através de partidos: recebidas as doações pelos partidos, eles poderiam financiar campanhas e candidaturas. O argumento, com as devidas vênias, é totalmente improcedente, como fartamente ressaltado em sucessivas manifestações de parlamentares ocorridas durante a sessão. Na votação ocorrida na 3ª feira, dia 26/5, não se fez qualquer distinção entre doações feitas diretamente a candidatos e doações realizadas através de partidos. O financiamento empresarial foi rejeitado em suas diversas modalidades. Na reunião de líderes do dia 20/5/2015, chegou-se a um “acordo para a votação de temas” que previa, no tocante ao financiamento de campanhas, a deliberação sucessiva do Plenário sobre 3 alternativas, nos seguintes termos: “[...] 2. Financiamento da Campanha: 2.1. Público. 2.2. Privado – restrito a pessoa física. 2.3. Privado – extensivo a pessoa jurídica”. Nenhuma das três alternativas obteve a maioria suficiente para se converter em emenda à Constituição. Não obstante, no dia seguinte, o presidente da Câmara surpreendeu a todos pautando a referida “emenda aglutinativa”, que permitia o financiamento empresarial por intermédio de doações para partidos. A matéria submetida à apreciação do Plenário foi a mesma: financiamento eleitoral por empresas. [...] A emenda de

Russomano procura artificialmente se apresentar como diferente: só permite que a doação seja feita por meio dos partidos, não diretamente a candidatos. Mas cuida, igualmente, do financiamento empresarial de eleições, o qual foi rejeitado no dia anterior”. (SOUZA NETO, 2015).

Esse argumento, como se percebe, está embasado tanto em uma premissa fática acerca da forma como se deu a votação e de como foi encaminhada a votação da matéria no Congresso Nacional, como também em uma premissa normativa que estabelece a proibição de reapresentação da Emenda Aglutinativa nº 22, rejeitada em 26 de maio de 2015, tendo em vista a sua identidade com a Emenda Aglutinativa nº 28, aprovada no dia subsequente.⁵

Interessa-nos discutir, no entanto, apenas essa premissa normativa. Se Souza Neto estiver correto, a emenda de Russomano é inválida porque, na prática, ela meramente repete a emenda votada na noite anterior, que dela não se distinguiria em termos substanciais, pois o ponto central em ambas as propostas seria o financiamento privado (por empresas). Estaria caracterizada, portanto, a violação ao comando normativo estabelecido no art. 60, § 5º, da Constituição Federal.

Um argumento semelhante poderia ser aduzido, também, para a discussão ocorrida na PEC 171/1993, que dispunha sobre a redução da menoridade penal para 16 anos em determinados crimes. No dia 17 de junho de 2015, uma Comissão Especial apresentou um substitutivo, com a proposição de alterar a redação do art. 228 da Constituição Federal para excepcionar a inimputabilidade dos menores de 18 anos para os maiores de 16 anos nos casos de: i) crimes previstos no art. 5º, XLIII; ii) homicídio doloso, iii) lesão corporal grave, iv) lesão corporal seguida de morte, v) roubo com causa de aumento de pena.⁶ Esse substitutivo foi votado em Plenário no dia 30 de junho de 2015, sem alcançar o *quórum* necessário para aprovação da Emenda à Constituição (foram contabilizados 303 votos favoráveis, 184 contrários e 3 abstenções).

5. Um Mandado de Segurança, com esses e outros argumentos semelhantes, foi interposto no STF, cuja liminar foi indeferida pela ministra Rosa Weber. Ver íntegra da decisão em: <<http://jota.info/decisao-ministra-rosa-weber-ms-33-630-reforma-politica>>.

6. Substitutivo à PEC 171-A/1993, apresentado pela Comissão Especial em 17 de junho de 2015. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1350322&filename=SBT-A+1+PEC-17193+%3D%3E+PEC+171/1993>.

Novamente, no dia seguinte, foi apresentada uma emenda aglutinativa (a de nº 16), para ressaltar a inimputabilidade dos menores de 18 anos aos maiores de 16 em casos de “crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte”.⁷

Mais uma vez, foi arguida a violação ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal, com a impetração de um Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal, cuja liminar foi indeferida pelo ministro Celso de Mello em plantão judicial, conforme o fundamento de que inexistia *periculum in mora* porque o próprio presidente da Câmara dos Deputados realizou uma série de compromissos públicos de só colocar a PEC em votação, para o segundo turno, após o recesso parlamentar realizado no mês de julho.⁸

Observa-se, em ambos os casos, que as emendas aglutinativas não são idênticas às proposições que elas pretendem substituir, mas extremamente parecidas, e consagram o mesmo princípio político. Há alguma irregularidade nessas emendas?

184 A pergunta é não apenas uma sutileza jurídica ou um pequeno detalhe no processo legislativo, mas talvez uma das indagações mais importantes sobre o conteúdo do processo legislativo e sua relação com o Devido Processo Legal. Está em jogo o próprio art. 60, § 5º, da Constituição Federal.

É também interessante porque há um consenso entre os analistas bem-intencionados de que a conduta do presidente da Câmara dos Deputados, em ambos os casos, é seriamente questionável do ponto de vista moral. Não encontramos, até o momento, qualquer observador imparcial que tenha chegado à conclusão de que o processo de votação foi justo e respeitoso do ponto de vista moral.

Emerge, portanto, a questão: trata-se de uma imoralidade tolerada pelo direito? Tem a Câmara dos Deputados poder jurídico para reabrir discussão acerca de uma matéria controvertida por meio da apresentação de novas emendas aglutinativas depois da rejeição de uma emenda anterior com conteúdo semelhante?

7. Emenda aglutinativa nº 16, deputado Rogério Rosso. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1356032&filename=EMA+16/2015+%3D%3E+PEC+171/1993>.

8. STF, MS 33.697-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão liminar em plantão judicial do Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_33697MC.pdf>.

Tentaremos responder a essas questões na seção seguinte, em que visitaremos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

STF ENTRA EM CENA: ANÁLISE DO PRECEDENTE FIXADO NO MS 22.503

Diante da imoralidade das votações sucessivas na PEC da reforma política (para fins de aprovação do financiamento empresarial) e na PEC da redução da menoridade penal, foram interpostos dois mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal, cujas liminares foram ambas indeferidas pelos respectivos ministros Relatores.

Não obstante, as decisões monocráticas que negaram liminares nos Mandados de Segurança impetrados contra as duas PECs nada mais fazem do que reiterar uma orientação já fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503, julgado pelo tribunal em 8 de maio de 1996.⁹ O Mandado de Segurança em questão versa sobre a mesma indagação jurídica que pretendemos responder neste artigo, uma vez que se tratava de discussão de uma Proposta de Emenda à Constituição em que um substitutivo havia sido rejeitado pelo Plenário, mas logo em seguida uma emenda aglutinativa (com conteúdo bastante semelhante e a mesma inspiração ideológica) fora apresentada para permitir uma nova votação no dia seguinte, em que se conseguiu o *quórum* necessário para aprovação. Do ponto de vista factual, não há diferença relevante entre este caso e as duas votações recentes que aprovaram o financiamento privado de campanhas eleitorais e a redução da maioria penal.

Diante da alegada violação ao art. 60, § 5º, da Constituição, todos os ministros do STF, à exceção do Relator, ministro Marco Aurélio, que foi vencido, seguiram o voto do ministro Maurício Corrêa, que se limita aduzir que a rejeição do substitutivo (que é acessório) não implica a rejeição do projeto original, cuja tramitação deve prosseguir normalmente. Em suas palavras, “afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário”.¹⁰

9. STF, MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 06.06.1997.

10. STF, MS 22.503, voto do Min. Maurício Corrêa (no mérito), f. 529.

Entendeu a maioria, com fundamento no próprio Regimento Interno da Casa Legislativa, que as emendas aglutinativas, assim como os projetos substitutivos, são acessórios em relação às proposições originárias em que eles se baseiam. Não faria sentido, portanto, imaginar que as proposições originárias devessem ter necessariamente o mesmo destino das emendas aglutinativas e projetos substitutivos, pois a rejeição do assessorio não implica, necessariamente, a rejeição automática da proposição principal.

Essas considerações do ministro Maurício Corrêa estão rigorosamente corretas e encontram amparo no próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Com efeito, é exatamente isso que estabelece o art. 191, que disciplina de forma detalhada a ordem de votação das proposições principais e assessórias, estabelecendo ordens de “preferência e prejudicialidade”.¹¹ A própria norma regimental estabelece, portanto, que a rejeição das emendas e de

11. Art. 191. Além das regras contidas nos arts. 159 e 163, serão obedecidas ainda na votação às seguintes normas de precedência ou preferência e prejudicialidade:

“I – a proposta de emenda à Constituição tem preferência na votação em relação às proposições em tramitação ordinária;

II – o substitutivo de Comissão tem preferência na votação sobre o projeto;

186

III – votar-se-á em primeiro lugar o substitutivo de Comissão; havendo mais de um, a preferência será regulada pela ordem inversa de sua apresentação;

IV – aprovado o substitutivo, ficam prejudicados o projeto e as emendas a este oferecidas, ressalvadas as emendas ao substitutivo e todos os destaques;

V – na hipótese de rejeição do substitutivo, ou na votação de projeto sem substitutivo, a proposição inicial será votada por último, depois das emendas que lhe tenham sido apresentadas;

VI – a rejeição do projeto prejudica as emendas a ele oferecidas;

VII – a rejeição de qualquer artigo do projeto, votado artigo por artigo, prejudica os demais artigos que forem uma consequência daquele;

VIII – dentre as emendas de cada grupo, oferecidas respectivamente ao substitutivo ou à proposição original, e as emendas destacadas, serão votadas, pela ordem, as supressivas, as aglutinativas, as substitutivas, as modificativas e, finalmente, as aditivas;

IX – as emendas com subemendas serão votadas uma a uma, salvo deliberação do Plenário, mediante proposta de qualquer deputado ou Comissão; aprovado o grupo, serão consideradas aprovadas as emendas com as modificações constantes das respectivas subemendas;

X – as subemendas substitutivas têm preferência na votação sobre as respectivas emendas;

XI – a emenda com subemenda, quando votada separadamente, sê-lo-á antes e com ressalva desta, exceto nos seguintes casos, em que a subemenda terá precedência:

a) se for supressiva;

b) se for substitutiva de artigo da emenda, e a votação desta se fizer artigo por artigo;

XII – serão votadas, destacadamente, as emendas com parecer no sentido de constituírem projeto em separado;

XIII – quando, ao mesmo dispositivo, forem apresentadas várias emendas da mesma natureza, terão preferência as de Comissão sobre as demais; havendo emendas de mais de uma Comissão, a precedência será regulada pela ordem inversa de sua apresentação;

XIV – o dispositivo destacado de projeto para votação em separado precederá, na votação, às emendas, independentemente de parecer e somente integrará o texto se aprovado;

XV – se a votação do projeto se fizer separadamente em relação a cada artigo, o texto deste será votado antes das emendas aditivas a ele correspondentes”.

todas as proposições assessórias não prejudica as proposições originárias, cuja votação deve proceder na ordem inversa de sua proposição.

Entretanto, as razões aduzidas pelos ministros que compuseram a maioria do STF são inadequadas para decidir a questão que se colocava sob a apreciação do tribunal, na medida em que o objeto da ação não era apenas discutir a possibilidade de prosseguimento da tramitação do projeto original, caso o substitutivo seja rejeitado. A questão verdadeiramente importante naquele processo – como também agora, no caso das PECs 182/2007 e 171/1993 – é se é possível apresentar uma emenda aglutinativa *depois* que o substitutivo já tenha sido rejeitado, ou se é possível apresentar uma nova emenda aglutinativa *depois* que a emenda aglutinativa anterior (que consagrava o mesmo princípio, ainda que com pequenas variações) já tenha sido rejeitada. Não está em jogo aqui, portanto, saber se as novas emendas podem ser apreciadas, mas se elas podem ser propostas depois do resultado da votação. Nesse ponto, o tribunal se equivocou ao não reconhecer a violação ao art. 60, § 5º, da Constituição, que é norma claramente aplicável ao caso concreto.

Falhou também o tribunal ao não reconhecer que a apresentação de uma nova emenda aglutinativa, propondo novamente o mesmo princípio político que havia sido rejeitado na noite anterior, implica uma quebra no princípio de proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que tem ampla aplicação no âmbito do Direito Público. Como explica Misabel Abreu Machado Derzi, a proteção da confiança, enquanto “materialização direta da justiça prospectiva, está envolvida com a formação dos fatos jurídicos e o tempo”, constituindo, juntamente com o princípio da boa fé, “componentes indivisíveis da legalidade, do Estado de Direito e da justiça”. (DERZI, 2009, p. 377-378).

Nesse sentido, Soren Schonberg, em um importante estudo sobre as Legítimas Expectativas no Direito Administrativo, explica o princípio da Confiança nos seguintes termos:

Se uma autoridade pública tenha[tiver] induzido uma pessoa a confiar em suas representações ou conduta, percebendo-se que essa confiança seria uma possibilidade real, a autoridade pública tem uma obrigação *prima facie* de agir de modo que a confiança não cause prejuízos ao administrado. A autoridade

deve *honrar* as expectativas criadas por essas representações, ou, pelo menos, indenizar a pessoa afetada pela confiança perdida. (SCHONBERG, 2000, p. 10).

Embora a argumentação desses autores seja construída primordialmente para a relação entre o Estado e os particulares, é nítida a sua aplicação a atos, decisões e procedimentos deliberativos realizados no interior do processo legislativo. A principal razão para tanto está no fato de que a violação à proteção da confiança de que a matéria em apreciação já se encontrava decidida representa uma “manipulação” no sentido definido pelo filósofo do direito Joseph Raz, que a entende como uma “violação ao princípio da autonomia moral”, por constituir uma atuação que “interfere na liberdade de opção das pessoas”, manipulando o seu “processo de pensamento”. (RAZ, 1986, p. 377-378).

É difícil imaginar, portanto, uma lesão mais grave ao princípio da autonomia parlamentar, que se soma à clara violação a norma constitucional segundo a qual as matérias rejeitadas pela Casa Legislativa não podem ser reapresentadas na mesma sessão legislativa. (Art. 60, § 5º, da Constituição).

188 Esse grave equívoco da maioria formada no Supremo Tribunal Federal foi percebido pelo Relator do Processo, ministro Marco Aurélio, que teve o cuidado de identificar que o problema estava na admissão de emendas aglutinativas *depois* que a votação do primeiro substitutivo já estava concluída, como podemos observar na seguinte passagem:

Voltando ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é dado constatar disciplina toda própria da forma de votação – o artigo 191 – que reclama o cotejo com a Constituição Federal. O substitutivo de Comissão tem preferência na votação sobre o projeto – inciso II; votar-se-á, em primeiro lugar, o substitutivo de Comissão e, havendo mais de um, a preferência será regulada pela ordem inversa de sua apresentação – inciso III; aprovado o substitutivo, ficam prejudicados o projeto e as emendas a este oferecidas, ressalvadas as emendas ao substitutivo e todos os destaques – inciso IV; na hipótese de rejeição do substitutivo, ou na votação de projeto sem substitutivo, a proposição inicial será votada por último, depois das emendas que lhe tenham sido apresentadas – inciso V; a rejeição do projeto prejudica das emendas a ele oferecidas – inciso VI. Depreende-se desses dispositivos que a Câmara dos Deputados a eles deu aplicação. Rejeitando o substitutivo,

passou-se, muito embora com interregno, e não em sequência como cobrado no artigo 181 do Regimento Interno, ao exame do que a Norma Interna rotula como “emenda aglutinativa” – resultado de outras emendas ou desta com o texto, por transação tendentes à aproximação dos respectivos objetos. Ocorre que a apreciação da emenda aglutinativa pressupõe a ausência de votação da proposta inicial que tenha provocado a apresentação das emendas aglutinadas. Tanto é assim que o Regimento Interno preceitua que “as emendas aglutinativas podem ser apresentadas em Plenário, para apreciação em turno único, quando da votação da parte da proposição ou do dispositivo a que elas se refiram, pelos Autores das emendas objeto da fusão, por um décimo dos membros da Casa ou por Líderes que representem este número” (artigo 122, *caput*). Quando apresentadas pelos autores, a emenda aglutinativa implica a retirada das emendas das quais resulta. Essa é a única interpretação harmônica com as normas constitucionais que, relativamente aos projetos de lei e, no caso específico, a proposta de emenda constitucional, vedam a apreciação na mesma sessão legislativa – artigos 60, § 5º, e 67, notando-se, em relação a este último, a abertura de vir-se a apreciar a mesma matéria no curso da sessão legislativa, caso ocorra a formalização de proposta por maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional. Ora, no caso, procedeu-se à apreciação de emenda aglutinativa quando já apreciada e rejeitada a proposição inicial. Mais do que isso, implementou-se a prática em data diversa daquela em que teve início a votação. (STF, MS 22.503, voto do Min. Marco Aurélio (no mérito), f. 519 a 521).

189

A interpretação do ministro Marco Aurélio, neste voto vencido, tem a virtude de demonstrar os equívocos da opinião da maioria e evitar que a sucessiva reapresentação de emendas aglutinativas mascare uma violação ao art. 60, § 5º (ou, no caso das leis ordinárias, art. 67), da Constituição.

Mas é necessário especificar que o problema não está no fato de se ter aprovado uma emenda aglutinativa parecida com a emenda anterior, que havia sido rejeitada. O problema está no momento de apresentação da emenda aglutinativa.

De acordo com a interpretação que defendemos aqui, podem ser propostas tantas emendas aglutinativas quanto os autores da proposição legislativa considerem convenientes, desde que o Plenário esteja previamente ciente

das diferenças entre elas e da ordem em que elas serão votadas. Ademais, cabe ao Parlamento (e apenas a ele) o juízo sobre o quão parecidas ou diferentes são essas emendas aglutinativas. O Judiciário não deve intervir no processo legislativo para dizer que a emenda aglutinativa A ou B não pode ser proposta porque é idêntica à emenda C.

A título de exemplo, no caso da recente Reforma Política instituída pela PEC 182/2007, em particular, não caberia ao judiciário, sob o pretexto de garantir a eficácia do art. 60, § 5º, da Constituição, dizer que a Emenda Aglutinativa 28 não pode ser aprovada porque é praticamente idêntica à Emenda Aglutinativa 22, que havia sido rejeitada. Se ambas estivessem em pauta perante o Plenário, não haveria inconstitucionalidade em votá-las sucessivamente. O juízo político sobre a identidade dessas propostas caberia exclusivamente ao Poder Legislativo.

Entretanto, esse raciocínio não salva a constitucionalidade da votação que aprovou a Emenda Aglutinativa n. 28 no dia seguinte à rejeição da Emenda Aglutinativa 22. A razão dessa conclusão é que todas as emendas aglutinativas, assim como todos os substitutivos, têm de ser *propostas* antes do início da votação da primeira emenda ou projeto substitutivo! A proposição de emendas aglutinativas, assim como de projetos substitutivos, deve acontecer na fase da deliberação, e não na fase da decisão pelo Plenário. O vício da Emenda Aglutinativa n. 28 não está em ela ser votada depois da Emenda Aglutinativa n. 22, mas no fato de ela ter sido proposta depois de divulgado o resultado da primeira votação.

A interpretação aqui defendida é, portanto, de que o Plenário não pode começar a decidir antes de todas as alternativas já estarem sobre a mesa, sob pena de se frustrar o art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Uma vez instaurada a fase decisória do processo legislativo, não se pode dar marcha-ré para a fase anterior e começar a discutir novas emendas sacadas da cartola.

Essa interpretação parece ser a única capaz de evitar duas consequências extremamente graves para a ordem jurídica constitucional.

De um lado, pelas razões adiantadas anteriormente, não se pode, de fato, propor uma interpretação que vede por completo a proposição de emendas aglutinativas, ou que autorize o STF a realizar um juízo de mérito sobre

a identidade (ou não) entre os projetos de lei apresentados (sejam originais ou os seus substitutivos) e as emendas aglutinativas submetidas ao Plenário por ocasião de sua votação. A interpretação aqui defendida evita essa interferência no processo legislativo. Ela permite que se proponha qualquer emenda aglutinativa em qualquer projeto de lei, de modo a permitir tanto a deliberação, com a mais ampla discussão sobre as diferentes possibilidades legislativas, como a negociação e os compromissos políticos, através de emendas aglutinativas que sejam capazes de reconciliar interesses e interpretações divergentes, conquistando com isso a adesão de amplas maiorias parlamentares. Ao admitir as emendas aglutinativas, ela evita, portanto, o engessamento do processo legislativo.

De outro lado, a proposta de interpretação defendida neste trabalho estabelece uma condição que é estritamente necessária para a observância do art. 60, § 5º, da Constituição: a exigência de que todas as emendas, aglutinativas ou não, sejam propostas antes do início da votação, de modo que o Plenário esteja ciente de cada uma das alternativas que estão na mesa, e cada parlamentar possa refletir sobre elas sem o risco de surpresas após o resultado da votação e sem a possibilidade, ainda mais grave, de sofrer pressão política para mudar o seu voto *depois* da divulgação do resultado das votações nominais.

Sem essa interpretação, a Presidência da Casa pode viabilizar a votação de emendas aglutinativas sucessivas, até que uma delas atinja o *quórum* necessário de aprovação e a sua proposta seja vencedora.

Se aliarmos a isso um processo de votação nominal, como ocorre em quase todas as matérias polêmicas, abre-se a via para um *mecanismo autoritário* e eficaz de *controle sobre o resultado das votações*, na medida em que é possível saber exatamente quais parlamentares votaram contra e a favor do projeto original. Há, aqui, uma porta aberta para a violação ao princípio da autonomia parlamentar e ao princípio da moralidade administrativa.

Cria-se, portanto, um contexto político e institucional que alimenta e favorece o autoritarismo no interior das Casas legislativas. É esse, infelizmente, o contexto em que vivemos no cenário contemporâneo. É imperioso, portanto, construir uma resposta institucional adequada a esta prática autoritária e perigosa de manipulação do processo legislativo.

CONCLUSÕES

Os recentes incidentes processuais ocorridos na tramitação da Reforma Política (PEC 182/2007) e da Redução da Maioridade Penal (PEC 171/1993), na Câmara dos Deputados, constituem uma prática política de cunho imoral que escandalizou a sociedade brasileira e pôs em cheque o respeito às minorias, ao processo legislativo, à segurança jurídica e ao Estado de Direito.

Numa democracia, não há poder ilimitado, e mesmo o poder titularizado pelo povo de emendar a Constituição existente só pode ser validamente exercido de acordo com os procedimentos previstos na Constituição Federal, que são procedimentos destinados a “*respeitar os indivíduos cujos votos ele agrega*”, de duas maneiras: primeiramente, ao respeitar “as suas diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum”; de outro lado, ao estabelecer um método de formação da vontade comum que encarne “um princípio de respeito por cada pessoa no processo por meio do qual nós estabelecemos uma visão para ser adotada como *nossa* diante do desacordo”. (WALDRON, 1999, p. 109).

192

Esses princípios de moralidade política, que foram defendidos por um dos mais árdios defensores contemporâneos do princípio da “supremacia do parlamento”, (WALDRON, 1999, p. 109), se tornam letra morta se o processo legislativo é subvertido por sucessivos “turnos” ou “rodadas de votação” da mesma matéria (ainda que com pequenas alterações *ad hoc*), que permitem a grupos ou indivíduos pouco comprometidos com a democracia pressionarem parlamentares a mudar os posicionamentos expressados na rodada anterior.

Nesse contexto, não se pode tolerar a prática política de se interpor sucessivas emendas aglutinativas após a rejeição de emendas anteriores. Ainda que se reconheça aos autores de proposições legislativas o direito de apresentar tantas emendas aglutinativas quanto julguem necessárias, sem que o Poder Judiciário possa fiscalizar o mérito ou a conveniência de tais emendas, ou ainda a “identidade” entre essas proposições, *é inconstitucional a apresentação de emendas aglutinativas depois de iniciado o processo de votação*. O processo legislativo pode ser dividido em duas fases: uma fase deliberativa e outra decisória. Nesta última fase, todas as cartas devem estar sobre a mesa, e os parlamentares devem escolher entre as alternativas existentes de uma maneira respeitosa, sem

surpresas, manipulações ou viradas de mesa. É o mínimo que se pode exigir em uma democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: OUP, 1986.

SCHONBERG, Soren. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os vícios da “emenda aglutinativa” do financiamento empresarial. In: JOTA, 28 de maio de 2015. Disponível em: <<http://jota.info/os-vicios-da-emenda-aglutinativa-do-financiamento-empresarial>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: OUP, 1999.

PARLAMENTO ALTIVO? NOTAS SOBRE A AGENDA CONSERVADORA DA 55^a LEGISLATURA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL

INTRODUÇÃO

195

Tão logo se encerrou a apuração das eleições gerais de 2014, iniciou-se discussão sobre a composição da Câmara dos Deputados e, um dia depois do pleito, o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) já proclamou que os conservadores teriam maioria no quadriênio que estava por vir¹. As razões desse cenário, segundo o DIAP, estariam na bancada sindical, no aumento da bancada empresarial e na resistência a programas sociais, materializando-se também pela não reeleição de parlamentares historicamente ligados a bandeiras dos direitos humanos e pela vitória de “eleição de mais de uma centena de parlamentares integrantes de bancadas conservadoras”.² (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR, 2014, p. 15). Menos de um ano depois da posse dos congressistas, há muitas evidências de que essas previsões não estavam

1. Congresso eleito é o mais conservador desde 1964, diz DIAP. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>. Acesso em: 9 set. 2015.

2. Assim foi descrita a composição do Legislativo após as últimas eleições gerais: “O Congresso eleito em 2014 [...] é pulverizado partidariamente, liberal economicamente, conservador socialmente, atrasado do ponto de vista dos direitos humanos e temerário em questões ambientais”. (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR, 2014, p. 13).

equivocadas. A eleição do deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) para a Presidência da Casa foi o primeiro sinal de que a composição conservadora, longe de ter uma participação acessória, buscava protagonizar o processo legislativo, especialmente a partir da imposição da sua agenda.

Entender esse conservadorismo e as suas manifestações no princípio da 55ª Legislatura, iniciada em 2015, é o objetivo deste artigo. As páginas a seguir cuidarão principalmente dos discursos dos parlamentares, que são os protagonistas desse processo. Mesmo não sendo imune a erros de mensuração³, a análise das posturas assumidas por políticos durante a sua atuação é um instrumento valioso para conhecer as suas posições – daí porque se lança mão de uma reconstrução do discurso parlamentar para analisar a questão de fundo deste trabalho, que é a presença do conservadorismo no Parlamento.

196 Essa reconstrução do discurso conservador parece ser útil quando destinada a temas específicos, os quais materializam uma pauta que reflete a composição desta Legislatura. Essa agenda conservadora assume papel relevante neste trabalho, da mesma forma que a análise da formação, dentro da Câmara, de grupos políticos que lideram essas discussões temáticas. É o caso das frentes parlamentares. Pauta e suporte político materializam o conservadorismo nesta Legislatura.

Antes de se alcançar o foco do trabalho (a materialização do conservadorismo no Parlamento a partir da elaboração de uma agenda, que permite, a partir dos pronunciamentos dos deputados, reconstruir esse discurso), faz-se fundamental uma introdução que toque em dois pontos estruturalmente essenciais para o texto. De um lado, entender um argumento que parece ter servido de alibi para a atuação da Câmara dos Deputados: a tese da independência e da altivez do Parlamento, que, como se verá, tem conexão com a sua inércia em discutir temas polêmicos, a qual se seguiu o preenchimento desse vácuo de poder de uma forma que não agradou muitos segmentos da Câmara,

3. “Se os julgamentos se basearem, em qualquer medida, em comportamentos dos partidos ou seus membros, torna-se tautológico usar a classificação resultante desses mesmos julgamentos como variável independente para explicar atuação dos partidos em governos, por exemplo, que também constitui comportamento. Trata-se de um problema semelhante àquele gerado quando se adota o comportamento parlamentar como indicador de ideologia, que será visto adiante: o comportamento é afetado pela ideologia, entre outras variáveis, mas não corresponde diretamente a ela”. (TAROUÇO; MADEIRA, 2013, p. 152).

a saber, pelo exercício da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, acredita-se ser necessário abordar, mesmo que de modo introdutório, o conservadorismo enquanto categoria política. A partir desses comentários iniciais, será possível entender as bases do pensamento conservador, as quais permitirão identificar, no discurso político contemporâneo, elementos de natureza conservadora.

ANTECEDENTE: A INÉRCIA DO LEGISLATIVO

Em seu discurso como candidato à presidente da Câmara Federal, o deputado Eduardo Cunha enfatizou qual seria a linha mestra da sua gestão, caso fosse eleito: o protagonismo do Legislativo.

A única coisa é a busca da altivez da independência do Parlamento. Independência essa que não quer dizer que seja uma Presidência de oposição, mas uma independência que não pode ser submissa a qualquer Poder, seja o Executivo, seja o Judiciário. Esta Casa tem de recuperar o seu orgulho, a sua altivez. Nós sabemos que a eleição, muito diferentemente das três últimas, não teve uma hegemonia eleitoral. Ela teve uma vitória eleitoral que não dá condição para hegemonia política. Só a hegemonia eleitoral tem como consequência a hegemonia política. (...) vimos a diferença de se ter o mesmo partido no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Acaba-se tendo como consequência disso a submissão. (...) Nós estamos numa discussão de recuperação do orgulho do Parlamento. Nós não podemos deixar de considerar que muitos têm vergonha de ir às ruas e dizer que são deputados; há os que somem com o bóton num avião ou mesmo num restaurante. Nós precisamos nos encontrar com a sociedade e a sua pauta. O que está em discussão aqui e agora não é o jogo do Poder Central, é a vida dos brasileiros! Eles é que precisam de leis e de deputados fortes que os representem e ajudem o nosso país. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 02/02/2015, p. 34-35).

197

Para além da discussão orçamentária⁴, citada expressamente por Cunha e que compõe parcela importante das razões que levaram a esse movimento,

4. A discussão orçamentária a que se alude diz respeito às emendas parlamentares, ponto de tensão entre Legislativo e Executivo nos últimos anos. No início de 2015, promulgou-se a EC 86, que estabeleceu o chamado “orçamento impositivo”.

essa postura do Legislativo trouxe consequências para a sua mais relevante função típica. A inoperância do Parlamento em temas de repercussão foi inegável, especialmente entre aqueles em que a Constituição Federal expressamente determinou uma atuação, mas também foi observada em situações de demanda da sociedade por soluções para problemas que ultrapassaram o disposto no texto constitucional. Podem ser mencionados, entre muitos outros, os casos do direito de greve para servidores públicos (MI 670, 708 e 712) e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 46). Essa atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo sucedeu tendência anterior, de que é exemplar a ADI 3.682, consistente no reconhecimento de mora do Poder Legislativo no cumprimento de determinação constitucional (art. 18, § 4º) para editar lei complementar definidora de período para criação de municípios e fixação, pelo Tribunal, de prazo de 18 meses para a edição da lei.

A inércia do Legislativo em deliberar sobre temas delicados levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a decidir no sentido do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo (ADI 4.277 e ADPF 132). Tratou-se de situação exemplar da inércia do Parlamento e dos efeitos dessa paralisia: os mais de 15 anos entre o primeiro projeto de lei sobre o tema (PL 1.151/1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy, à época do PT-SP), e a decisão do Supremo Tribunal Federal excluem qualquer alegação de que o silêncio significaria uma negação tácita de se regulamentar a questão.⁵ A simples existência de projeto de lei acarreta a necessidade de levar o assunto à discussão, seja para aprovação ou rejeição.

Vários elementos comprovam a insatisfação de segmentos da Câmara dos Deputados com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal com relação ao último tema. Discurso do deputado João Campos (PSDB-GO), louvando a sentença de um juiz de primeira instância de Goiás pela não extensão do conceito de família às uniões homoafetivas, é exemplar da posição da Frente Parlamentar Evangélica em um período anterior à referida decisão. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS 23/06/2011, p. 32.304). O avanço

5. Vale ressaltar que, depois da decisão do STF, a senadora Marta Suplicy (à época do PT) apresentou o PL 612/2011, alterando a redação dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil para reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo e sua conversão em casamento.

das discussões sobre o Estatuto da Família (PL 6.583/2013), de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR-PE), cujo conceito de entidade familiar se restringe de modo expresso às uniões entre homens e mulheres⁶, aponta uma consciência desses segmentos de que a inércia do Parlamento pode acarretar a ocupação da função legislativa por outro Poder, o qual poderá tomar decisões que nem sempre coincidiriam com as posições dos parlamentares.

Esse compromisso de Cunha com o protagonismo do Parlamento se estrutura fundamentalmente nessa ideia de que a inércia pode trazer resultados contrários ao que se decidiria no Legislativo. Essa ideia, por sua vez, se relaciona à consciência de que há nesta Legislatura uma clara maioria conservadora, o que pode ser corroborado com a eleição de Cunha para a Presidência da Câmara dos Deputados logo em primeiro turno. Por outro lado, o discurso de Cunha nos meios de comunicação denota a presença do relevante argumento, compartilhado por intelectuais conservadores (VÉLEZ-RODRÍGUEZ, 2015, p. 66-68), de que, na sua visão, a população brasileira teria um perfil conservador.⁷ Isso pode ser sintomático de uma crença de que a agenda conservadora teria respaldo social.

199

CONSERVADORISMO E IDEOLOGIA POLÍTICA

“Conservador” ou “conservadorismo” são conceitos políticos de enorme importância e que merecem alguma reflexão, a fim de evitar identificações equivocadas que não devem prosperar. Por essa razão, é importante compreender, ainda que preliminarmente, o seu alcance. Suas origens remontam a um período ligeiramente anterior à Revolução Francesa e, segundo Rudolf Vierhaus, seria possível identificar como “conservadorismo” a reação ao iluminismo, às ideias de direito de natural e de direitos do homem e às reformas iluministas operadas em governos de algumas regiões da Europa na segunda metade do século XVIII. (VIERHAUS, 2004, p. 531). Tradicionalismo,

6. PL 6.583/2013, art. 2º: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como núcleo social formado a partir da união entre *um homem e uma mulher*, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

7. Congresso conservador é retrato da sociedade, diz Cunha. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,congresso-conservador-e-retrato-da-sociedade-diz-cunha,1572894>>. Acesso em: 9 set. 2015.

restauracionismo, busca por uma harmonia típica de uma era dourada⁸, relações próximas entre o político e o teológico e manutenção da ordem social são características do conservadorismo do tempo de Edmund Burke até a primeira metade do século XIX. (VIERHAUS, 2004, p. 533-537). O transplante de teses conservadoras da gênese do movimento para a atualidade, como o *royalism* de Chateaubriand⁹ ou mesmo da visão do conceito de “conservador” como uma oposição a outros conceitos políticos relevantes do período, como “liberalismo”, “democracia” e “radicalismo” (VIERHAUS, 2004, p. 531), é anacrônico, mas, como se verá adiante, muitos elementos do discurso conservador seguem sendo utilizados.

Ainda que não se mantenha integralmente, a distinção entre “movimento” e “reação” ainda pode servir para compreender a lógica conservadora: caso uma ação tenda a alterar o estado das coisas, é necessária uma reação igual ou superior para mantê-las como estão. Em larga medida, vai nesse sentido a reflexão de um dos mais importantes teóricos contemporâneos do conservadorismo inglês, Roger Scruton, para quem é da essência do conservador o desejo de continuidade¹⁰. O autor parte de uma visão claramente organicista da sociedade¹¹ para defender, entre outros posicionamentos, a noção de que a liberdade do indivíduo estaria intimamente relacionada – e, por vezes, sujeita – à autoridade do Estado¹², que deve zelar pela saúde do organismo social.

Muitas dessas perspectivas encontram ressonância no pensamento político conservador brasileiro. “Conservador” e “conservadorismo” são conceitos políticos fundamentais, e a sua compreensão é essencial para a reconstrução – e,

8. “Konservative Denkweise in diesem – traditionalistischen und restaurativen – Sinne haben in der Antike in der Idee eines goldenen Zeitalters einstiger Harmonie, im Mittelalter in dem Glauben an die Vorbildlichkeit der christlichen Urgemeinde, bis in der frühe Neuzeit in der Überzeugung von der Verbindlichkeit alten Rechts Gestalt gefunden”. (VIERHAUS, Rudolf, 2004, p. 533.)

9. Logo em seu primeiro número, o jornal *Le Conservateur*, editado por Chateaubriand, deixou muito claro quais seriam os seus objetivos: “Quoi qu’il en soit de ces accusations, de ces mensonges avec lesquels on se croit obligé de combattre des adversaires, le *Conservateur* soutiendra la religion, le Roi, la liberté, la Charte et les honnêtes gens, ou ni moi ni mes amis ne pouvons nous y intéresser”. *Le Conservateur*, n° 1, 5/10/1818, p. 7.

10. “It is a limp definition of conservatism to describe it as the desire to conserve; for although there is in every man and woman some impulse to conserve that which is safe and familiar, it is the nature of this ‘familiarity’ that needs to be examined. To put it briefly, conservatism arises directly from the sense that one belongs to some continuing, and preexisting social order, and that this fact is all important in determining what to do”. (SCRUTON, 1980, p. 21).

11. “Conservatism presupposes the existence of a social organism. Its politics is concerned with sustaining the life of that organism, through sickness and health, change and decay”. SCRUTON, 1980, p. 25).

12. “One major difference between conservatism and liberalism consists, therefore, in the fact that, for the conservative, the value of individual liberty is not absolute, but stands subject to another and higher value, the authority of established government”. SCRUTON, Roger, *op. cit.*, p. 19.

consequentemente, para o entendimento amplo – de experiências anteriores¹³. Sobre o aspecto essencialmente político do conservadorismo no Brasil, Christian Lynch ressaltou o sentido negativo que se agregou ao conceito tanto pela tradição marxista que via no conservadorismo uma forte relação com as classes dominantes e com a defesa do *establishment* sociopolítico (LYNCH, 2008, p. 59) quanto pelo aproveitamento “por movimentos políticos posteriores para reivindicar determinadas ideologias como suas ancestrais, no intuito de legitimar genealogicamente suas aspirações de poder, ainda que nada tenham de substantivo em comum”. (LYNCH, 2008, p. 60). E tanto Lynch quanto Gildo Marçal Brandão, que estudou a continuidade em um tempo mais extenso das ideias políticas no Brasil (BRANDÃO, 2005, p. 231-269), veem aproximações entre o pensamento saquarema/conservador do Império e o autoritarismo da década de 1930, especialmente no que dizia respeito ao papel central do Estado, com o detalhe de que Lynch segue tendência de agregar à divisão direita/esquerda outra classificação binária, consistente nos polos saquarema (conservador) e luzia (liberal). (BRANDÃO, 2005, p. 246-247); (LYNCH, 2011, p. 21-37). Essa proposta ajuda a compreender, por exemplo, a existência de um pensamento estadista tanto na esquerda quanto na direita brasileira.

201

As discussões sobre a importância do Estado e as suas relações com a economia não são o foco deste texto, e até mesmo entre os conservadores há divergências quanto à sua aproximação do liberalismo econômico¹⁴. Há, por outro lado, outros pontos de preocupação da tradição intelectual conservadora¹⁵ que seguem atuais, a exemplo do apego à tradição (especialmente para temas de natureza social, com destaque para as relações familiares e as suas consequências, sobretudo uniões homoafetivas e aborto), das tentativas de re-

13. “Begriffe sind also vonnöten, um vergangene Erfahrungen sowohl in unser Sprachvermögen als auch in unser Verhalten zu integrieren. Erst wenn diese Integration erfolgt ist, läßt sich verstehen, was geschehen ist, und wird man vielleicht imstande sein, sich den Herausforderungen der Vergangenheit zu stellen. Dann mag man auch die Fähigkeit erwerben, sich auf kommende Ereignisse oder mögliche Überraschungen einzustellen – und sei es, um sie zu verhindern. Später wird man dann auch in der Lage sein zu berichten, was sich ereignet hat – oder die Geschichte der eigenen Erfahrungen zu erzählen”. (KOSELLECK, 2006, p. 58-59).

14. Roger Scruton criticou duramente essa aproximação entre o Partido Conservador da Inglaterra e o neoliberalismo durante o governo de Margaret Thatcher, questionando se essa postura seria adequada às tradições conservadoras. Cf. SCRUTON, Roger, *op. cit.*, p. 15-16.

15. Para um panorama geral do pensamento conservador brasileiro na atualidade do ponto de vista de um conservador, cf. VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 66-78.

duzir as distâncias entre religião e perspectivas religiosas e assuntos de Estado e da busca, a todo custo, pela manutenção da ordem social.

A comprovação da permanência desses argumentos pode-se dar por meio da posição de importantes atores políticos da contemporaneidade, como já se deixou claro na introdução deste trabalho. Mesmo que suas opiniões não se fundem em construções teóricas mais aprofundadas, como é o que parece ser observado, os discursos de Eduardo Cunha e de outros parlamentares representam a permanência de muitos valores associados ao conservadorismo.

SUPORTE POLÍTICO CONSERVADOR: COMPOSIÇÃO PARLAMENTAR

PARTIDOS CONSERVADORES NO BRASIL

202

Talvez pela conotação negativa que o conceito adquiriu no Brasil ao longo dos tempos, como já se mencionou anteriormente, é muito difícil que um partido político brasileiro se reconheça conservador, especialmente para fins de disputas eleitorais. Como as questões sociais, relativas, por exemplo, à concentração de renda e ao acesso a serviços públicos, especialmente saúde, educação e moradia, tem forte apelo em um país marcado pela desigualdade, a opção por uma estratégia eleitoral baseada em plataforma que contrarie a promoção de mudanças sociais certamente seria bem-sucedida apenas em parcela limitada do eleitorado brasileiro¹⁶. Isso não significa a ausência de pautas conservadoras no momento eleitoral; como se verá, a discussão alcança outros temas.

A relação entre o conservadorismo e o campo político da direita não é de identidade. Ainda que de difícil conceituação, o campo da direita é muito mais amplo e alcança diversas tendências. Historicamente, falava-se em uma divisão entre conservadores, reacionários (que desejavam restaurar o passado) e fascistas (aversão ao presente e ao comunismo e utilização de métodos violentos e radicais) (COMPARATO, 2013, p. 10), mas o surgimento de grupos que compõem uma nova direita acrescentou nova categoria a este campo. Ao analisar esse fenômeno, Bruno Konder Comparato elenca algumas pautas

16. Já nos anos 1980, Pierucci afirmava a raridade com que candidatos de direita se apresentavam ao eleitorado nessa condição: “É que, à esquerda, não lhe incomoda aparecer como tal, antes, lhe agrada; os políticos de direita, por sua vez, têm o reflexo de se esconder como tais. Enquanto a esquerda se exhibe como esquerda, sobretudo os da esquerda radical, assumindo com ares às vezes provocativos nome e orientação, os homens de direita que se declaram de direita, que ‘se assumem’, são bem raros”. (PIERUCCI, 1987, p. 36).

comuns aos eleitores desses partidos na Europa: o apoio à pena de morte e ao endurecimento das leis penais, a rejeição da imigração e xenofobia, a concordância com atitudes autoritárias, a identificação dos políticos em geral com a corrupção e a descrença no sistema político. (COMPARATO, 2013, p. 12-13).

Seguindo Peter Mair, acredita-se que a fluidez da distinção entre direita e esquerda possibilita a incorporação de novos problemas e posicionamentos, tornando-a suficientemente duradoura¹⁷ e influenciando até mesmo a escolha do eleitor por um partido ou um candidato.¹⁸ A acomodação de políticos, partidos e eleitores em algum dos dois campos parece ser uma constante nas democracias ocidentais, ainda que, a depender das realidades concretas, muitas políticas públicas defendidas por ambos os lados sejam diferentes. Criticando abordagem mais frequente dos sistemas bipartidários¹⁹, Mair afirma haver uma tendência de se estabelecer competição bipolar em vários sistemas oficialmente multipartidários em virtude de não haver diferenças programáticas marcantes entre os principais partidos, formando-se blocos ao redor de personalidades ou de grupos de personalidades²⁰.

Essa tendência à bipolaridade pode ser claramente observada no Brasil a partir da redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desde 1994, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Partido dos Trabalhadores (PT) não somente se alternaram na Presidência da República, mas, quando o candidato de um dos partidos foi eleito, o do outro ficou em segundo lugar. A existência de fortes partidos de centro, como o PMDB, o surgimento de terceiras forças nas disputas eleitorais e a formação de outros partidos mais à esquerda do PT, principalmente o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), até agora não foram suficientes para mudar essa tendência.

203

17. “[...] the ability of the terms left and right to accommodate new issues and new patterns of competition, that the terms themselves have proved so enduring”. (MAIR, 2007, p. 219).

18. “In other words, at least within the European context, voter choice is often limited and constrained not just by party preference, but also by a more general sense of identification with left or right - whether this be motivated by economic considerations, or by identities based on culture, religion, or whatever”. (MAIR, 2007, p. 219).

19. “In any case, the more general rule is that two-party systems are two-party systems not because there are only two parties as such, but because we judge that there are only two parties which are involved in, or are relevant to, government formation. It then also follows that multiparty systems are multiparty because more than two parties are involved in government formation. But beyond possibly providing this information, knowledge of how many parties exist in the polity can tell us next to nothing in itself about how the party system works. For that, we need to know how that various parties can and do act”. (MAIR, 2006, p. 64).

20. MAIR, Peter, *op. cit.*, p. 70-71.

Há uma tendência de cientistas políticos como Wanderley Guilherme dos Santos²¹ e Celso Barros²² enxergarem uma mudança da posição do PSDB no espectro ideológico, que teria se deslocado da sua posição original de centro-esquerda para centro-direita, a começar pela sua experiência enquanto governo e a adoção do neoliberalismo econômico. (Roma, 2002, p. 71-92). Há alguma dificuldade, especialmente dentro do próprio partido e principalmente nos seus quadros históricos, em reconhecer essa posição mais conservadora.²³ Um dos seus principais líderes, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, já negou expressamente esse caráter.²⁴ A presença cada vez mais frequente de políticos conservadores nos quadros do partido, como os deputados federais João Campos (PSDB-GO) e Delegado Waldir (PSDB-GO) e o deputado estadual coronel Paulo Telhada (PSDB-SP), parecem ajudar a atestar essa mudança.

204 Em estudo de referência sobre o tema, Mainwaring, Meneguello e Power traçaram um perfil dos principais partidos conservadores no Brasil pós-redemocratização. Atribuindo, nos anos 1990, ao neoliberalismo o papel de “bandeira unificadora da agenda política de direita” (MAINWARING; MENE- GUELLO; POWER, 2000, p. 35), os autores perceberam uma clara consciência dos membros e dos eleitores do extinto Partido Liberal (PL), hoje Partido da República (PR), com a direita. (2000, p. 83). A filiação ideológica do

21. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Como o PT ajudou o PSDB a virar à direita. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/783/vem-para-rua-voce-tambem-462.html>>. Acesso em: 6 set. 2015.

22. BARROS, Celso. O giro do PSDB no espectro político e o deslocamento do PT. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/09/1680458-o-giro-do-psdb-no-espectro-politico-e-o-deslocamento-do-pt.shtml>. Acesso em: 14 set. 2015.

23. Bresser Pereira, um dos fundadores do PSDB, assim fundamentou o caráter de centro-esquerda do partido durante o primeiro governo Fernando Henrique Cardoso: “Quando afirmo que o PSDB é um partido de esquerda, ou, mais precisamente, de centro-esquerda, estou simplesmente dizendo que seus membros estão dispostos a arriscar a ordem em nome da justiça. Com moderação, com prudência, mas com determinação. Valorizam a ordem, mas valorizam tanto ou mais a justiça, e sabem que para alcançá-la é preciso, muitas vezes, colocar em jogo a ordem, uma ordem quase sempre marcada pela desigualdade e o privilégio, pelo monopólio da riqueza nacional, do poder, do patrimônio do Estado por parte de grupos ou classes minoritárias. Afinal, o que se quer mudar, assumindo-se os riscos da mudança, não é outra coisa senão um determinado tipo de ordem: a ordem estabelecida”. (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 56). Anos depois, a migração do PSDB para a direita ideológica foi exatamente a razão apontada por Bresser Pereira para o seu desligamento do partido. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Por uma ideia de nação. Disponível em: <www.valor.com.br/arquivo/881701/por-uma-ideia-de-nacao>. Acesso: 11 set. 2015.

24. “Centro-direita não tem a ver com o PSDB”, diz FHC. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,centro-direita-nao-tem-a-ver-com-psdb-diz-fhc,781717>>. Acesso: 9 set. 2015.

extinto Partido Progressista Brasileiro (PPB), hoje Partido Progressista (PP), com a direita se explicaria pelo fato de a agremiação ter sido a sucessora do Partido Democrático Social (PDS), que, por sua vez, sucedeu a Aliança Renovadora Nacional (ARENA). (MAINWARING; MENEGUELLO; POWER, 2000, p. 32). Já para o extinto Partido Renovador da Ordem Nacional (PRONA), as razões tinham ordem programática²⁵. A aproximação do extinto PL, do PP e algumas das principais lideranças do que seria a direita brasileira dos governos do PT não deixa de ser um fator que dificulta a visão desses partidos como claros representantes do campo ideológico da direita e do conservadorismo, em especial.

FRENTES PARLAMENTARES CONSERVADORAS

Se há dificuldade de que os partidos políticos brasileiros assumam uma posição claramente conservadora, como se explicam a ocupação do Legislativo por parlamentares dessa linha e a forte articulação das pautas conservadoras? A resposta pode ser encontrada na formação das chamadas frentes parlamentares, definidas pelo art. 2º do Ato da Mesa nº 69, de 10/11/2005, da Câmara dos Deputados, como “a associação suprapartidária de pelo menos um terço de membros do Poder Legislativo Federal, destinada a promover o aprimoramento da legislação federal sobre determinado setor da sociedade”. Na prática, as frentes parlamentares representam no Parlamento interesses de grupos sociais ou econômicos, estabelecendo relações entre eles e os parlamentares sem que haja necessariamente uma intermediação de partido político, as quais refletirão de modo direto na questão do financiamento das campanhas eleitorais. (CORADINI, 2010, p. 241-256), (SILVA, 2014).

A ideia de que as frentes parlamentares funcionam para tratar de problemas específicos abre possibilidades, como lembra Odaci Luiz Coradini, para que os temas tratados por esses grupos sejam extremamente diversos, alcançando afinidades regionais, corporativas (setoriais ou profissionais), ideológicas, culturais, dentre outras. (CORADINI, 2010, p. 245). Tamanha multiplicidade de interesses e questões se reflete na grande quantidade de frentes

25. Idem, *ibidem*.

parlamentares registradas na atual Legislatura (158).²⁶ Para os fins de análise das suas composições, serão consideradas três frentes parlamentares situadas no campo ideológico da direita (CORADINI, 2010, p. 247): Frente Parlamentar da Segurança Pública, Frente Parlamentar Mista da Agropecuária (FPA) e a Frente Parlamentar Evangélica (FPE).

A Frente Parlamentar de Segurança Pública²⁷ conta com nada menos do que 292 deputados federais signatários, o que representa 56,92% do total da Câmara Federal. Dos 28 partidos com representados na Casa, apenas dois (PEN e PSL) não têm deputados na referida Frente. A Frente Parlamentar Mista da Agropecuária (FPA)²⁸, que pode ser apontada como sucessora da União Democrática Ruralista (Cf. BRUNO, 1996, p. 69-89), ainda que menos numerosa do que a anterior, contou, no seu ato instituidor, com 198 deputados signatários (38,59% da Câmara). A Frente Parlamentar Evangélica (FPE), ao contrário das demais, não foi oficialmente registrada para a 55ª Legislatura. Entretanto, isso não impede o seu funcionamento organizado e pleno desde o seu registro na 52ª Legislatura, antes mesmo do disciplinamento pelo Ato nº 69/2005 da Mesa da Câmara. Estão entre os objetivos definidos no estatuto da FPE “procurar, de modo contínuo, a inovação da legislação necessária à promoção de políticas públicas, sociais e econômicas eficazes, influenciando no processo legislativo a partir das comissões temáticas existentes nas Casas do Congresso Nacional, segundo seus objetivos, combinados com os propósitos de Deus, e conforme Sua Palavra”²⁹ (art. 2º, III), numa clara manifestação de que a sua atuação será, se não pautada, pelo menos fortemente influenciada por aspectos religiosos.

206

26. Ao lado de frentes parlamentares relacionadas a temas com razoável nível de abstração, como aquelas das quais se tratará a seguir, podem ser encontradas outras com altíssimo grau de especificidade, como as de cunho diplomático (Frente Parlamentar Brasil-China e Frente Parlamentar Brasil-Japão) ou relacionadas a questões extremamente pontuais (Frente Parlamentar de Apoio à Duplicação da BR 222, trecho de Fortaleza (CE) a Marabá (PA); Frente Parlamentar de Apoio à Duplicação da BR 251, no trecho entre Montes Claros a Salinas (MG); e Frente Parlamentar em Defesa da Legalização dos Imóveis Urbanos decorrentes de Lotamentos Irregulares e dos Conjuntos Habitacionais construídos pelos antigos institutos de aposentadoria e pensões).

27. O Requerimento nº 697/2015, para a criação da Frente Parlamentar de Segurança Pública. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53460-integra.pdf>. Acesso em: 4 set. 2015.

28. O Requerimento nº 952/2015, para a criação da Frente Parlamentar Mista da Agropecuária (FPA). Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53476-integra.pdf>. Acesso: 4 set. 2015.

29. Estatuto da Frente Parlamentar Evangélica. Disponível em: <www.fpebrasil.com.br/portal/index.php/a-frente/estatuto-da-fep>. Acesso em: 4 set. 2015.

COMPOSIÇÃO DA FRENTE PARLAMENTAR DE SEGURANÇA PÚBLICA

Partido	Nº de Deputados Federais	% da bancada partidária na FP¹
PMDB	39	56,52%
PSDB	33	61,11%
PR	28	82,35%
PP	26	68,42%
PSD	24	66,66%
DEM	22	100%
PT	15	21,73%
PSB	14	41,17%
PRB	13	61,9%
PTB	12	48%
PDT	12	60%
SD	10	66,66%
PROS	10	90,9%
PSC	7	53,84%
PPS	6	60%
PCDoB	5	50%
PV	4	50%
PTN	2	50%
PSDC	2	100%
PMN	2	66,66%
PTDoB	1	100%
PTC	1	50%
PSOL	1	20%
PRTB	1	100%
PRP	1	33,33%
PHS	1	20%

Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53460.asp>. Acesso em: 4 set. 2015

COMPOSIÇÃO DA FRENTE PARLAMENTAR MISTA DA AGROPECUÁRIA NA CÂMARA FEDERAL

Partido	Nº de Deputados Federais	% da bancada partidária na FP ²
PMDB	50	76,92%
PP	18	47,36%
PSDB	17	31,48%
PR	16	47,05%
PSD	15	41,66%
SD	13	86,66%
PSB	11	32,35%
DEM	10	47,61%
PTB	9	36%
PDT	8	40%
PT	7	10,14%
PRB	6	28,57%
PROS	5	45,45%
PSC	4	30,76%
PV	2	25%
PPS	2	20%
PHS	2	40%
PRP	1	33,33%
PMN	1	33,33%
PEN	1	50%

Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53476.asp>. Acesso em: 4 set. 2015

COMPOSIÇÃO DA FRENTE PARLAMENTAR EVANGÉLICA (FPE)

Partido	Nº de Deputados Federais	% da bancada partidária na FP ³
PMDB	8	12,3%
PSC	8	61,53%
PR	7	20,58%
PRB	6	28,57%
PSD	6	16,66%
SD	5	33,33%

continua

PROS	4	36,36%
PSDB	4	7%
PT	4	5,7%
PTB	4	16%
DEM	3	14,28%
PDT	3	15%
PP	2	5,26%
PSB	2	5,88%
PTdoB	2	100%
PV	2	25%

Fonte: Frente Parlamentar Evangélica. Disponível em: <www.fpebrasil.com.br/portal/index.php/os-deputados>. Acesso em: 5 set. 2015

Pela análise da composição das três frentes parlamentares, percebe-se que elas reúnem deputados tanto da base de apoio ao governo quanto da oposição e de partidos de direita, da esquerda e do centro. É bem verdade que a presença de partidos situados no campo da direita (DEM, PR, PP, PRB, por exemplo) é bastante acentuada, especialmente nas duas primeiras frentes, mas o que realmente une os membros desses grupos são interesses comuns que muitas vezes os fazem superar as diferenças advindas de posições na situação ou na oposição. Esse interesse comum faz surgir pautas que representam a orientação dominante do grupo – a qual, nesses três casos, tem sido marcadamente conservadora, como se verá adiante ao analisar algumas das discussões mais marcantes do primeiro ano da 55ª Legislatura. Ainda que a posição dos membros das frentes parlamentares não seja unânime em assuntos de interesse geral, não se pode negar que há um perfil delineado entre os membros das frentes parlamentares e que se identifica com posições conservadoras.

209

AGENDA CONSERVADORA

Como se demonstrou anteriormente, mais do que por razões programáticas e partidárias, o conservadorismo da atual Legislatura da Câmara dos Deputados se manifesta muito claramente por meio de discussões temáticas específicas. Essa tendência foi percebida por personalidades do próprio mundo político – e, em alguns casos, elevou-se o tom da crítica.

Em abril de 2015, o senador Lindbergh Farias (PT-RJ) foi ao plenário para demonstrar “uma preocupação nossa com essa pauta conservadora que vem da Câmara dos Deputados, sob a liderança do presidente da Câmara dos Deputados”. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 24/04/2015, p. 194). Conclamando que o Senado freasse a ação conservadora da Câmara, Farias defendeu a articulação de um bloco progressista suprapartidário, que “seria um grande fato novo na política e no Senado Federal para se contrapor a essa maluquice que tem vindo dessa pauta conservadora da Câmara dos Deputados” e combateria alguns temas problemáticos, como o “projeto de terceirização, a luta contra a redução da maioria penal, a luta contra esse Estatuto da Família do jeito que estão querendo impor”. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 24/04/2015, p. 194). O senador João Capiberibe (PSB-AP) também tratou dessa “onda conservadora avassaladora de iniciativa da Câmara Federal” e citou nominalmente 14 senadores interessados em compor o grupo³⁰, numa clara demonstração de consciência das medidas tomadas pela Presidência da Câmara. Outros senadores do Partido dos Trabalhadores também se referiram à agenda conservadora oriunda da Câmara, como a senadora Regina Sousa (PT-PI), ao tratar da redução da maioria penal e do Estatuto do Desarmamento (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 22/05/2015, p. 323), e a senadora Fátima Bezerra (PT-RN), ao falar da proposta de adoção do chamado “distritão”. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 28/05/2015, p. 194).

Esses pronunciamentos em plenário ajudam a delimitar alguns itens da pauta conservadora: redução da maioria penal, terceirização, revogação do Estatuto do Desarmamento, adoção do voto distrital puro na reforma política e o Estatuto da Família. Muitos desses itens estão intimamente associados às frentes parlamentares, mesmo que não se trate de uma intenção oficialmente descrita em seus objetivos estatutários. É o caso da Frente Parlamentar de Segurança Pública, articulada principalmente ao redor do amplo acesso da

30. Os senadores seriam os seguintes: Lindbergh Farias (PT-RJ), Roberto Requião (PMDB-PR), João Capiberibe (PSB-AP), Hélio José (PSD-DF), Telmário Mota (PDT-RR), Cristovam Buarque (PDT-DF), Paulo Paim (PT-RS), Regina Sousa (PT-PI), Lídice da Mata (PSB-BA), Jorge Viana (PT-AC), Roberto Rocha (PSB-MA), Randolfe Rodrigues (PSOL-AP), Antônio Carlos Valadares (PSB-SE) e Vanessa Grazziotin (PCDoB-AM). DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 29/04/2015, p. 523.

população a armas de fogo, para o qual a revogação do Estatuto do Desarmamento se faz fundamental, a redução da maioridade penal e a concessão ou manutenção de instrumentos da atuação policial de caráter controverso, como os chamados autos de resistência.³¹ No âmbito da Frente Parlamentar Evangélica, da qual é membro o presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, a principal pauta diz respeito ao chamado Estatuto da Família.

Ainda que não se perceba num primeiro momento, os assuntos relativos à segurança pública, da forma como são discutidos neste contexto, guardam uma íntima relação com a ditadura militar ou, mais precisamente, com a memória desse período. A aproximação entre a ditadura militar e os partidos conservadores foi observada por Mainwaring, Meneguello e Power quando da análise das posturas das agremiações durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Os autores perceberam que houve uma tendência dos partidos conservadores, em especial do PDS, de apoiarem posições autoritárias, políticas militares controversas (por exemplo, o arquivamento por tempo indefinido de documentos oficiais confidenciais) e uma total recusa em reconhecer os abusos contra os direitos humanos durante o regime anterior. (MAINWARING; MENEGUELLO; POWER, 2000, p. 34). Com a redemocratização, essas posturas deixaram de ser observadas em bloco e passaram a ser identificadas com atores específicos, dentre os quais se destaca o deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ).

211

Os discursos do deputado Jair Bolsonaro merecem uma análise específica que não ocorrerá neste trabalho, em virtude dos seus limites. Porém, num dos seus temas mais recorrentes, a defesa do regime militar, há um aspecto que se destaca: o deputado Bolsonaro reconstrói o período como uma verdadeira era dourada de harmonia social, diferentemente do presente absolutamente problemático. Em março de 2014, o deputado Bolsonaro afirmou que o golpe militar – expressão não utilizada por ele – havia sido exigência da sociedade, que teria clamado pela intervenção, e no mesmo discurso fez previsões som-

31. Neste sentido, cf. Relançada, Frente da Segurança Pública quer revogar Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/482228-RELANCADA,-FRENTE-DA-SEGURANCA-PUBLICA-QUER-REVOGAR-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO.html>. Acesso em: 6 set. 2015.

brias: “Chegará o momento em que um novo 31 de março, ou uma nova Operação Condor não serão suficientes para impedir o Brasil e a América Latina de serem lançados nos braços do comunismo. Deus salve 31 de março de 1964!”. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 14/03/2014, p. 38). Em setembro de 2013, ele criticou o uso do termo “ditadura” para falar do regime militar, que teria salvado a democracia no Brasil da mesma forma que fez o governo de Augusto Pinochet no Chile. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 18/09/2013, p. 38). Comentando as manifestações de junho de 2013, sintetizou, em poucas palavras, o sentimento conservador de idealização do passado e de crítica feroz ao presente:

212

Sobre os movimentos de rua, de junho agora, Sr. presidente, e os dos anos de 1968/1970, naquela época em que os militares eram presidente da República, o povo ia às ruas e não pedia “abaixo a corrupção”, não pedia saúde de qualidade, não pedia educação de qualidade e não pedia segurança. Se eles estavam na rua, é porque tinham liberdade, senão, levariam pancada. Mas eles queriam votar, porque não se votava para presidente, nem para governador, nem para prefeitos de capitais. Hoje em dia – aquela massa manipulada por uma minoria que hoje está no Poder – vota-se para tudo. E não temos saúde, nem educação, nem segurança, e temos, de sobra, a corrupção. Então, olhem a diferença de um país administrado por pessoas probas, honestas e competentes. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 11/09/2015, p. 30.469).

Percebe-se, portanto, que se vê o presente como uma tragédia em termos de segurança pública – o que não se existia, segundo o deputado, durante a ditadura militar. Uma das mais destacadas pautas neste contexto se relaciona justamente à violência: trata-se do PL 3722/2012, de autoria do deputado Rogério Peninha Mendonça (PMDB-SC) e relatado pelo deputado Cláudio Cajado (DEM-BA), que prevê a revogação do Estatuto do Desarmamento (lei 10.826/2003) e passaria a regular de forma ampla o porte de armas de fogo no país. As novas regras para a aquisição de armas de fogo (art. 10) seriam mais brandas, e a regularização da posse de arma de fogo deixaria de ser submetida a qualquer limite temporal (art. 20), alterando o que preceitua o Estatuto do Desarmamento. No entanto, o ponto mais polêmico deste projeto de lei diz

respeito aos critérios para o porte de arma de fogo (art. 30)³², sensivelmente mais simples do que os vigentes. Em razão desse novo dispositivo, que facilitaria sobremaneira o acesso às armas de fogo, parece ter razão o deputado Marcos Rotta (PMDB-AM), que, ao defendê-lo, afirmou que “o intuito principal desse projeto é facilitar o porte de arma para o cidadão comum”³³.

A análise dos discursos de apoio ao PL 3.722/2012 permite perceber uma clara convergência de argumentos. O deputado Rogério Peninha Mendonça (PMDB-SC), autor do projeto, fundamenta-se no direito de defesa “para que todos os cidadãos, e não só o bandido, não só o marginal, possam ter uma arma para se defender” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 26/06/2015, p. 363), no que foi acompanhado, entre outros, pelos deputados delegado Edson Moreira (PTN-MG)³⁴ e Eduardo Bolsonaro (PSC-SP). (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 24/06/2015, p. 134). Laudívio Carvalho (PMDB-MG), por sua vez, argumenta que a ampliação do porte de armas de fogo é “aquilo que o povo quer”³⁵, o que garantiria, nessa linha de raciocínio, que a revogação do Estatuto do Desarmamento teria ampla legitimidade. O elemento central desses argumentos é conservador na sua essência: pretende-se restaurar um direito que teria sido cerceado por uma lei “ilegítima”, restabelecendo o estado das coisas.

213

Outra pauta conservadora relacionada à segurança pública foi a PEC 171, de autoria do deputado Benedito Domingos (PP-DF), que prevê a redução da maioria penal de 18 para 16 anos quando da prática de crimes hediondos. A medida foi aprovada pela Câmara em dois turnos e remetida, em agosto de 2015, para apreciação do Senado Federal. O pronunciamento do deputado Maurício Quintella Lessa (PR-AL) sintetiza alguns dos principais argumentos favoráveis à medida:

32. Art. 30, PL 3.722/2012: Para obtenção de licença para porte de arma estadual ou federal, o interessado deverá satisfazer os seguintes requisitos: I – apresentação do certificado de registro da arma de fogo cadastrada no SINARM ou nos Comandos das Forças Singulares; II – comprovação de idoneidade, com apresentação de certidões de antecedentes criminais e de não estar respondendo a nenhum processo criminal, fornecidas pelos órgãos da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral; III – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e residência fixa; IV – comprovação de capacidade técnica para o porte de arma de fogo, atestada por instrutor credenciado pela Polícia Civil, pelo Departamento de Polícia Federal ou por uma das Forças Singulares; e V – atestado de aptidão psicológica para portar arma de fogo, emitido em laudo conclusivo firmado por psicólogo credenciado pela Polícia Civil, pelo Departamento de Polícia Federal ou por uma das Forças Singulares.

33. Disponível em: <<http://goo.gl/60aJFW>>. Acesso em: 7 set. 2015.

34. Disponível em: <<http://goo.gl/QIpl6u>>. Acesso em: 7 set. 2015.

35. Disponível em: <<http://goo.gl/UVV8AY>>. Acesso em: 7 set. 2015.

Essa matéria foi trazida ao plenário da Casa não só pelo Colégio de Líderes e pelo presidente, mas principalmente pelo clamor da sociedade brasileira, que não aguenta mais ver os filhos serem assassinados, estuprados, vítimas de latrocínio, sem que o jovem, o adulto, o homem responda por esses crimes. [...] Já ouvi muito as pessoas dizerem que quem defende a redução da maioria penal quer encarcerar o jovem brasileiro, o jovem pobre e o jovem negro, o que é absolutamente inverdade. Ninguém quer encarcerar o jovem. Aos 16 anos e aos 18 anos sabe-se muito bem o que é certo e o que é errado. Não é porque se é pobre ou se é negro que se entra na criminalidade. [...] O bom jovem brasileiro, aquele que estuda, que trabalha, que não delinque, esse não corre o menor risco de encarceramento. Aquele que comete um pequeno furto ou um delito de menor potencial ofensivo continua regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Nós estamos tratando aqui, nesta noite, do jovem que comete crime hediondo, crime bárbaro, perigoso, aquele que oferece efetivamente perigo à sociedade e que não tem, no Estatuto da Criança e do Adolescente, um instrumento capaz de dar segurança à sociedade. Esse responderá, sim, perante a lei, como adulto.³⁶

214

Outros argumentos conservadores podem ser destacados pelos pronunciamentos em plenário. A defesa de leis mais duras como forma de reduzir a violência marca o discurso de deputados associados à Frente Parlamentar de Segurança Pública, como o deputado Moroni Torgan (DEM-CE), que expressamente afirmou, em meio às discussões sobre a PEC 171, que “onde a lei é mais dura, a criminalidade é menor”³⁷. O líder da referida Frente Parlamentar, deputado Alberto Fraga (DEM-DF), manifestou-se no mesmo dia favoravelmente à PEC sob os argumentos de que atendia aos anseios da sociedade brasileira e que ela acabaria com a impunidade³⁸.

Ao final da votação em segundo turno, ocorrida dia 19/08/2015, a Câmara aprovou, com 320 votos favoráveis, 152 contrários e uma abstenção, a PEC 171, numa clara demonstração de que o posicionamento conservador da manutenção da ordem, que seria facilitado pela redução da maioria penal,

36. Disponível em: <<http://goo.gl/TiQqN7>>. Acesso em: 7 set. 2015.

37. Disponível em: <<http://goo.gl/jfpyzl>>. Acesso em: 7 set. 2015.

38. Disponível em: <<http://goo.gl/H9ZIXE>>. Acesso em: 7 set. 2015.

predominou na Casa. Os dados da votação são muito claros quanto às posições dos partidos sobre a questão de fundo: houve tendência dos partidos de esquerda (PCDoB, Psol) e de centro-esquerda (PT, principalmente) votarem maciçamente contra a redução ou terem as suas forças divididas (PDT, PSB); por outro lado, os partidos de centro e centro-direita, tanto da situação quanto da oposição (PMDB, PR, PSD, PSDB), e de direita (DEM, PP), votaram pela redução.

VOTOS FAVORÁVEIS À PEC 171 EM RELAÇÃO ÀS BANCADAS PARLAMENTARES NO 2º TURNO DA DELIBERAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Partido	DEM	PCdoB	PDT	PEN	PHS	PMDB	PMN	PP
Votos favoráveis	19/20	0/13	5/16	2/2	3/4	47/62	2/2	36/37
Partido	PPS	PR	PRB	Pros	PRP	PRTB	PSB	PSC
Votos favoráveis	4/11	31/32	20/20	4/11	3/3	1/1	15/27	10/11
Partido	PSD	PSDB	PSDC	PSL	Psol	PT	PTB	PTC
Votos favoráveis	30/32	43/47	2/2	1/1	0/4	1/61	4/22	1/2
Partido	PTdoB	PTN	PV	Solidariedade				
Votos favoráveis	2/2	2/4	4/8	4/17				

215

Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=6517&tipo=partido>. Acesso em: 7 set. 2015)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que, ao longo destas páginas, se conseguiu demonstrar como o conservadorismo se manifesta no Parlamento brasileiro. Mais do que a união em grupos orgânicos estruturados em partidos políticos fortes, observa-se no Brasil uma tendência de que os conservadores se unam principalmente a partir de pautas específicas e atuem por meio de algumas frentes parlamentares. A forte presença de partidos de direita e de centro-direita nas frentes parlamentares analisadas e a forma como esses partidos votaram em temas-chave é um indício de que determinadas posições ultrapassam o espaço partidário e alcançam um segmento amplo dos parlamentares. Os mesmos elementos (participação em determinadas frentes parlamentares e votação em temas específicos), se analisados também a partir da perspectiva de partidos de

centro e centro-esquerda, fazem perceber que, mesmo entre esses partidos, há parlamentares com posições conservadoras.

Mesmo estando no início da 55^a Legislatura, a discussão sobre determinados temas, da forma como tem ocorrido, faz perceber que a Câmara dos Deputados, na sua atual composição, tem uma predisposição de identificação com posições majoritariamente conservadoras materializadas quando se analisam questões como a redução da maioria penal e a revogação do Estatuto do Desarmamento. Nesse sentido, o fato de 62,37% dos deputados federais terem manifestado anuência com a redução da maioria penal, na forma prevista pela PEC 171, é sintomático de que essas posições não dependem nem mesmo da composição ou não da base governista. O conservadorismo da atual Legislatura é maior do que as diferenças entre governo e oposição.

Com base na pauta da Câmara dos Deputados e no processo de deliberação na Casa, em especial nos discursos proferidos por membros destacados das frentes parlamentares analisadas, acredita-se que o argumento da independência e da altivez do Poder Legislativo, o qual marcou a campanha do deputado Eduardo Cunha para a Presidência da Câmara e foi enfatizado por ele logo em seguida à sua eleição³⁹, parece ter sido utilizado como alibi para garantir a inquestionável soberania das decisões tomadas pelo Parlamento. Trata-se de reação a movimentos contrários oriundos de outros poderes, como nas comentadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a união homoafetiva, por exemplo, ou até mesmo do Legislativo, como o caso do Estatuto do Desarmamento.

Não se acredita que haja uma referência teórica clara para a formação da opinião conservadora dos parlamentares da 55^a Legislatura da Câmara dos Deputados. Elementos dessa tendência política, contudo, podem ser claramente percebidos nos argumentos utilizados nos discursos analisados. A plasticidade de conceitos políticos como “conservador” ou “conservadorismo” torna necessária uma atualização não do seu conteúdo, mas, principalmente, dos itens relacionados à sua agenda em um dado contexto. Com

39. “É muito importante neste momento darmos uma palavra, porque foi uma campanha muito acirrada, muito disputada, mas deixamos muito claro que buscaríamos a altivez, a independência do Parlamento”. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 02/02/2015, p. 51).

este texto, pretendeu-se contribuir para compreensão das linhas gerais dessa tendência, de sua forma de atuar e de sua agenda no atual momento político brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, V. 48, n° 2, 2005.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. A proporção foi feita com base nas bancadas partidárias no dia da posse da 55ª Legislatura. Disponível em: <www2.camara.leg.br/deputados/liderancas-e-bancadas/bancadas/bancada-na-posse>. Acesso em 4 set. 2015.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Por um partido democrático, de esquerda e contemporâneo. *Lua Nova*, 39, 1997.

COMPARATO, Bruno Konder. Uma direita radical no Brasil? In: ANPOCS. *Anais do 37º Encontro Anual da ANPOCS*. São Paulo: ANPOCS, 2013.

CORADINI, Odaci Luiz. Frentes parlamentares, representação de interesses e alinhamentos políticos. *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, n° 36, junho 2010.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR. *Radiografia do Novo Congresso Nacional*: Legislatura 2015-2019. Brasília: DIAP, 2014.

KOSELLECK, Reinhart. *Begriffsgeschichten*: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O pensamento conservador ibero-americano na era das independências (1808-1850). *Lua Nova*, 74, 2008.

MAINWARING, Scott; MENEGUELLO, Rachel; POWER, Timoty. *Partidos conservadores no Brasil contemporâneo*: quais são, o que defendem, quais são as suas bases. Trad. Valéria Carvalho Power. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MAIR, Peter. Party System Change. In: KATZ, Richard S.; CROTTY, William. *Handbook of Party Politics*. London: Sage, 2006.

_____. Left-right orientations. In: DALTON, Russel J.; KLINGEMANN, Hans-Dieter. *The Oxford Handbook of Political Behavior*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PIERUCCI, Antônio Flávio. As bases da nova direita. *Estudos Avançados*, n. 19, Universidade de São Paulo, 1987.

ROMA, Celso. A institucionalização do PSDB entre 1988 e 1999. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n° 49, junho 2002.

SCRUTON, Roger. *The meaning of conservatism*. Harmondsworth: Penguin, 1980.

SILVA, Gustavo Tadeu Reis. *Impactos das frentes parlamentares na dinâmica do Congresso Nacional durante a Presidência do Partido dos Trabalhadores (52ª a 54ª Legislatura)*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Brasília, Universidade de Brasília, 2014.

TAROUCO, Gabriela da Silva; MADEIRA, Rafael Machado. Partidos, programas e o debate sobre esquerda e direita no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n° 45, mar. 2013.

218

VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Ricardo. A tradição conservadora brasileira. *Nabuco*, 3, 2015.

VIERHAUS, Rudolf. Konservativ, konservatismus. In: BRUNNER, Otto; CONZE; Werner; KOSELLECK, Reinhart. *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*. Band 3. Stuttgart: Klett-Cotta, 2004.

REGULAÇÃO DEMOCRÁTICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL: A MAIS URGENTE DAS REFORMAS

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

I

É evidente a importância que tem para uma democracia a livre expressão da opinião. O debate público é fundamental para os processos deliberativos que caracterizam uma sociedade como democrática. Quanto mais robusto e plural o debate, mais legítima, em tese, será a decisão. Não por acaso, a liberdade de expressão está no rol das liberdades básicas afirmadas desde o primeiro momento da história do constitucionalismo. 219

Os grandes veículos de comunicação ressaltam, com frequência, a importância da mídia para a democracia. Comumente, esgrimem esse argumento contra os críticos de seus excessos. Lembram que a notícia e sua análise iluminam o debate, auxiliam as pessoas em sua tomada de decisão.

No entanto, reduziríamos a importância da comunicação para a democracia se limitássemos o debate a uma questão de liberdade individual. No primeiro momento histórico de afirmação de direitos humanos, o nascente Estado era a grande ameaça à expressão individual. A censura feita por autoridades públicas era o grande monstro a ser combatido.

Estamos já distantes do tempo no qual bastava impedir que o Estado proibisse a emissão de um discurso para ver garantida a expressão. Os meios

de comunicação evoluíram, da simples prensa ao rádio e à televisão e, agora, à internet. Aumentou em muito o poder de fogo dos que detêm os meios. Os próprios meios impressos tornaram-se mais potentes, quando bem articulados com a internet. O desequilíbrio entre quem tem e quem não tem os meios de comunicação ameaça a democracia, deturpando o debate público, que se limita, quando existe, a uma pauta escolhida por poucos.

Hoje, o maior desafio de democracias pouco consolidadas como a nossa é garantir a ampliação do acesso a esses meios de comunicação, que permita dar visibilidade aos vários discursos existentes. (HOLMES, 2007). Há uma distância abissal entre os que conseguem espaço nos grandes meios para apresentar suas opiniões e aqueles que permanecem presos a meios e espaços mais restritos. A liberdade de expressão precisa ser pensada não mais como simples defesa contra possíveis constrangimentos estatais, mas, também, a partir de uma postura que considere a questão da igualdade de acesso aos meios. Em algum grau, podemos falar mesmo em um direito à comunicação que, além da liberdade de expressão, tem uma dimensão prestacional, como os chamados direitos sociais, necessitando que o Estado seja um prestador de serviços, como no caso da existência de uma radiodifusão pública ou de incentivos financeiros à radiodifusão comunitária.

220

A atual situação no Brasil é desalentadora: a regulação é frágil e pouco clara, e o debate é quase inexistente. Posições políticas de esquerda comumente lembram a necessidade de ser discutida a regulação, mas sempre são caracterizadas, pelos donos da mídia, como defensores da censura. Essa caracterização não é difícil de ser feita, já que são posições políticas que estão comumente acusando os órgãos de parcialidade e perseguição, o que deixa espaço para um discurso, por parte das empresas, apontando a regulação pretendida como uma vingança política.

É preciso dizer claramente que a regulação não é instrumento de um Fla-Flu político eleitoral. A academia precisa intervir nessa realidade, ressaltando a importância que essa pauta tem para a democracia. Precisamos evidenciar a necessidade de proteger, na comunicação social, o pluralismo interno – na programação – e o pluralismo externo – na diversidade de agentes.

II

Para além do fenômeno da censura, precisamos discutir a relação entre Estado e meios de comunicação reconsiderando o papel exercido pelo Estado, não apenas como ameaça aos direitos, mas como garantidor de direitos. Dentre as várias funções que o Estado regulador precisa assumir em matéria de comunicação social, destaca-se a regulação que combata a concentração perigosa de meios e o monopólio. O Estado tem, por sua força, condições de fixar parâmetros dentro dos quais a propriedade dos meios não ameaça direitos de indivíduos e grupos.

A regulação da propriedade deve ser orientada, principalmente, para a ampliação de espaços para grupos atualmente pouco representados nos meios de comunicação ou, até mesmo, invisibilizados. Há vários instrumentos que podem apontar nessa direção. O principal recurso é a estruturação de uma política de controle de práticas anticoncorrenciais, com legislação clara e autoridades fiscalizatórias definidas. A concentração da propriedade é um mal em qualquer mercado.

Desde o século XIX, há fundamentação política e jurídica para a adoção de sistemas de defesa da concorrência. A liberdade de iniciativa empresarial pode ser ameaçada pelo exercício por outrem da mesma liberdade. Diante de poderes privados perigosos, o Estado é chamado a atuar como fiscalizador.

Em relação à regulação da propriedade de empresas de mídia, às justificativas tradicionais da defesa da concorrência somam-se argumentos em torno da promoção da democracia. Uma concentração na área pode significar uma desproporcionalidade no impacto das vozes, com consequências diretas na determinação da agenda política e em processos eleitorais.

Segundo Carles Llorens, quando se fala em concentração, há quatro fenômenos em vista, quatro de natureza econômica e um de natureza política: (i) a fusão ou concentração de empresas; (ii) a concentração da propriedade; (iii) a concentração de mercados; (iv) a concentração de público; e (v) a “centralização ou acumulação de poder político em umas poucas entidades a partir do domínio de certos meios de comunicação” (2003, p. 44). Essa concentração de poder político precisa ser equacionada, com vistas a garantir processos democráticos mais equilibrados.

No relatório apresentado por uma Comissão de Alto Nível sobre Liberdade de Imprensa e Pluralismo, criado pela União Europeia, foi ressaltado que “a democracia requer uma esfera pública bem informada, inclusiva e pluralista” e que a mídia faz um papel de criador e “editor dessa esfera”. (2013). Esses riscos da concentração não passam despercebidos às organizações internacionais que atuam voltadas a concretizar direitos humanos. No plano regional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2000) – incluiu em sua “declaração de princípios sobre liberdade de expressão” um ponto específico sobre a necessidade de conter os monopólios, nos seguintes termos:

Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis antimonopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. *Em nenhum caso*, essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar *critérios democráticos* que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os *indivíduos*.

222

Outro documento do qual o nosso Sistema Interamericano de Direitos Humanos faz parte e que vai no mesmo sentido é a Declaração Conjunta sobre Diversidade na Radiodifusão, que lançaram o Relator Especial das Nações Unidas sobre Liberdade de Opinião e de Expressão, o Representante da OSCE sobre Liberdade dos Meios de Comunicação, o Relator Especial da OEA sobre Liberdade de Expressão e a Relatora Especial da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação. No documento, é ressaltada a importância do estabelecimento de normas transparentes de promoção da diversidade nos meios e da atuação de autoridades independentes voltadas a garantir essa diversidade.

Esse pluralismo midiático vai resultar de diversas políticas. Além da já citada regulação baseada em normas de defesa da concorrência, é necessário o estabelecimento de políticas de apoio à radiodifusão comunitária, de suporte a uma radiodifusão pública e a formas alternativas de comunicação, por exemplo, *blogs*.

Parece-nos, ainda, necessária a constituição de uma autoridade pública independente, responsável pelo desdobramento dessa regulação constitucio-

nal/legal. Esse distanciamento do interesse político-partidário mais imediato pode significar uma garantia de que os poderes estatais mobilizados para a regulação não serão usados para perseguir ou incentivar agentes específicos. Não podemos, também, ser ingênuos ao ponto de achar que esse distanciamento garante uma neutralidade política. Há um razoável arsenal de estudos sobre experiências concretas de regulação e de deturpação das funções das autoridades regulatórias que não pode ser desprezado. É preciso aprender, cotidianamente, com os erros nossos e dos outros. As mais elogiadas democracias do mundo ostentam um histórico de regulação da comunicação, com a existência dos mais diversos tipos de autoridades de regulação, que muito podem nos ensinar.

III

A América Latina tem vivenciado algumas iniciativas regulatórias interessantes nesse sentido. Destaco as experiências de Argentina, Bolívia e Equador. A Argentina editou, em 2009, uma Lei de Meios de Comunicação que tratou, principalmente, da propriedade dos meios, impedindo a concentração em uma empresa. Equador e Bolívia seguiram a Argentina e editaram, nos últimos anos, leis restringindo a concentração da propriedade de meios. Porém, destacaram-se em 2008 e 2009, respectivamente, com a edição de constituições pluralistas, que, ao tratar de comunicação e expressão, afirmaram um “direito à comunicação”. Nas três experiências, o espectro eletromagnético entre atividades de rádio ou televisão comerciais, públicas e comunitárias, reservando, assim, espaço para uma comunicação produzida e dirigida às comunidades. Nos casos de Equador e Bolívia, isso significa dar espaço à expressão de culturas indígenas até há pouco tempo invisibilizadas. Precisamos estudar esses atos normativos e refletir sobre o que deles podemos extrair para o nosso debate.

A lei n. 26.522 foi editada em 2009, na Argentina, para “regular os serviços de comunicação audiovisual”. Traz uma forte preocupação com a democratização do acesso aos meios. Fixa um conjunto de limites para a concentração da propriedade, dizendo o número máximo de licenças que uma empresa pode deter. Prevê a exploração do espectro eletromagnético, com acesso equitativo (art. 2) por três tipos de agentes: de gestão estatal, de gestão privada com fins lucrativos e de gestão privada sem fins lucrativos.

A título de fomentar a diversidade e a veiculação de conteúdos locais, o Capítulo IV da lei estabelece vários limites à constituição de redes. Destacamos que a programação diária de uma emissora que adere a uma rede não pode incluir mais de 30% de conteúdos da rede, tem de manter o controle sobre a contratação da publicidade e ter, necessariamente, serviço jornalístico local.

A Lei define emissoras comunitárias como:

[...] atores privados que têm uma finalidade social e se caracterizam por serem geridas por organizações sociais de diversos tipos sem fins lucrativos. Sua característica fundamental é a participação da comunidade tanto na propriedade do meio como na sua programação, administração, financiamento e avaliação. Trata-se de meios independentes e não governamentais. Em nenhum caso, entender-se-á como um serviço de cobertura geográfica restrita.

Destacamos, também, o dispositivo que garante o “acesso universal a conteúdos informativos de interesse relevante e acontecimentos desportivos”. (Art. 77). Essa categoria viabilizou a desapropriação dos direitos de transmissão do Campeonato Argentino de Futebol e a consequente distribuição ampla desse direito de transmissão, que era controlado há anos por uma única rede de televisão, com consequências para o próprio campeonato.

224

Alguns dispositivos da lei foram questionados pelas empresas de comunicação, em especial o Clarin. Alegavam as empresas a incompatibilidade entre a lei e a Constituição argentina. Inicialmente, liminares suspenderam a aplicação dos dispositivos que permitiam um maior controle da concentração da propriedade. A decisão da Suprema Corte argentina está fundamentada em argumentos enquadráveis na tradição do constitucionalismo.

Nesse aspecto, há uma vantagem nas situações de Bolívia e Equador: a regulação complexa da comunicação no plano constitucional. Uma possível discussão sobre a constitucionalidade das normas que regulam o setor esbarraria em um claro parâmetro constitucional consagrador do direito à comunicação. Trata-se de um novo paradigma no tratamento constitucional do tema, com solução de compromisso entre liberdades individuais e garantias de pluralismo, em dois países com forte presença indígena na população e que vinham de um histórico de invisibilização desse pluralismo. Essas

constituições pluralistas resultaram de processos constituintes extremamente participativos. (MIRANDA, 2015).

Da Constituição do Equador, de 2008, destacamos, nesse sentido, os seguintes dispositivos: Art. 16. – Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.

4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.

5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

Art. 17. – El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelaré que en su utilización prevalezca el interés colectivo.

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

Art. 18. – Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

Art. 19. – La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente. Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

Art. 20. – El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación.

[...]

Art. 57. – Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

[...]

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

É, também, conveniente destacar na Constituição da Bolívia, de 2009, alguns dispositivos que refletem esse entrelaçamento de garantias da liberdade individual e garantias do pluralismo:

Artículo 21.

Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos:

[...]

3. A la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos.

[...]

5. A expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva.

6. A acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva.

[...]

Artículo 30.

Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

[...]

8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

[...]

Artículo 106.

El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.

El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.

El Estado garantiza a las trabajadoras y los trabajadores de la prensa, la libertad de expresión, el derecho a la comunicación y a la información.

Se reconoce la cláusula de conciencia de los trabajadores de la información.

Artículo 107.

Los medios de comunicación social deberán contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados.

La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. Estos principios se ejercerán mediante las normas de ética y de autorregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación y su ley.

Los medios de comunicación social no podrán conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios.

228

El Estado apoyará la creación de medios de comunicación comunitarios en igualdad de condiciones y oportunidades.

Desdobrando esses parâmetros constitucionais, Equador e Bolívia editaram leis sobre a comunicação social. No caso da Bolívia, em 2011, foi editada a Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación. Pelo título, já é possível ver que não se limita a regular a radiodifusão, trazendo, também, normas sobre telefonia, internet e serviços postais. A Lei boliviana seguiu a lei argentina, fazendo a divisão do espectro eletromagnético, que passou a ser 33% público, 33% comercial, 17% comunitário e 17% de povos indígenas, comunidades multiculturais e afro-bolivianos. O Equador seguiu o mesmo caminho e, em 2013, adotou uma Lei Orgânica da Comunicação. Tem normas sobre mídia de uma forma ampla e, mais do que as leis de Argentina e Bolívia, deixa margem a arbítrios na aplicação a usar muitos termos indeterminados que podem ser manipulados excessivamente na aplicação, como é o caso de dever de “verdade” ou “equilíbrio” ou de punição de “linchamento midiático”. As duas leis criaram autoridades regulatórias,

mas consideramos que não há normas suficientemente claras de proteção da independência das autoridades em nenhum dos dois textos.

Essas experiências precisam ser estudadas e acompanhadas, para que delas sejam tiradas lições que sejam aproveitadas no debate brasileiro. São países que, no campo da comunicação, vivenciaram problemas parecidos aos nossos e que decidiram, em determinado momento, transformar a relação entre Estado, sociedade e meios de comunicação.

IV

O capítulo da “comunicação social” – inserto na “Ordem Social” – talvez seja a parte da Constituição menos discutida e comentada no Brasil. Além de um “vazio regulatório”, que se constata na fraca produção normativa sobre o tema, poucos são os estudos que se dedicam a interpretar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria.

Nessa parte da Constituição, há alguns parâmetros importantes para a tarefa a ser assumida pela sociedade de estabelecer uma prática regulatória. Em cinco artigos, o capítulo associa a proibição da censura a garantias para crianças e adolescentes, à proibição do monopólio e a princípios a serem observados na programação, dirigidos, por exemplo, à regionalização e ao incentivo da produção independente, caminhos que nutrem o pluralismo. No entanto, de 1988 aos nossos dias, pouco foi feito. 229

Temos a impressão de que os governos de esquerda, no Brasil, nutriram a ilusão de que, ao não tocarem na questão da regulação, seriam aceitos pelas empresas de comunicação. As dificuldades eram já conhecidas, mas havia a expectativa de uma ação no setor. (CÓRDULA ALMEIDA, 2003). Aparentemente, evitaram falar no tema fugindo de um previamente anunciado confronto direto. Essa “trégua unilateral” não teve efeito que esperavam.

No momento, as condições para que esse debate parta do Poder Executivo são praticamente nulas. Ainda considerando que a tensão política central envolve Eduardo Cunha, que se elegeu com um discurso que buscava agradar as grandes empresas de mídia, dizendo que não deixaria, enquanto fosse presidente da Câmara, haver qualquer debate sobre regulação da comunicação.

A decisão de provocar um debate sobre a regulação deve resultar de uma convicção sobre a sua necessidade para a democracia. Alguns órgãos argumentarão, independentemente do momento, que a regulação é apenas “vingança” por sua atuação “independente”. Essa posição será assumida por muitos agentes no debate. Porém, o importante é que a academia – e isso deve ser assumido pelo poder público – apresente propostas assentadas no debate já acumulado em outros países e em organismos internacionais. A proposta de reforma legislativa deve estar claramente fundada em documentos como as já citadas “Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos” e “Declaração Conjunta sobre Diversidade na Radiodifusão elaborada pelas várias relatorias de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos”.

REFERÊNCIAS

- 230 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>. Acesso em: 10 maio 2015.
- CÓRDULA ALMEIDA, Verbena. El desafío de Lula frente a los medios de comunicación de Brasil. *Historia y Comunicación Social*, Madrid, n. 8, p.35-46, dez. 2003. Anual.
- HOLMES, Stephen. ¿Restricciones liberales al poder privado?: Reflexiones sobre los orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Mexico, v. 0, n. 26, p.7-48, abr. 2007.
- MIRANDA, Nicolas. Procesos constituyentes: Los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia Factores explicativos comunes. Disponível em: <https://www.academia.edu/4497763/Procesos_constituyentes_Los_casos_de_Venezuela_Ecuador_y_Bolivia_Factores_explicativos_comunes>. Acesso em: 21 mar. 2015.
- RELATOR ESPECIAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE LIBERDADE DE OPINIÃO E DE EXPRESSÃO; REPRESENTANTE DA OSCE SOBRE LIBERDADE DOS MEIOS DE CO-

MUNICAÇÃO; RELATOR ESPECIAL DA OEA SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO; RELATORA ESPECIAL DA COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (CADHP) SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO. Declaração Conjunta sobre Diversidade na Radiodifusão. 2007. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=719&lID=4>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

LLORENS, Carles. La concentració de mitjans. *Cuaderns del CAC*, Barcelona, v. 16, n. 1, p.43-52, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. A free and pluralistic media to sustain European democracy. Bruxelas: UE, 2013. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-independent-report-hlg-media-freedom-and-pluralism—read-contributions>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS: A IGUALDADE DE CHANCES E A MELHORIA DA QUALIDADE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DEMOCRÁTICA

JÂNIO PEREIRA DA CUNHA
HEYDE MEDEIROS COSTA LIMA

233

Quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o outro, e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se.¹ (Rousseau).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal (CF) de 1988 constituiu um marco na redemocratização do Brasil. Na medida em que rompeu formalmente com o regime autoritário implantado pelos militares em 1964, plasmando um sistema político de feição nitidamente democrática, já que traz a cidadania e a soberania popular como princípios fundamentais do Estado de direito brasileiro.

1. ROUSSEAU, J.-J. O Contrato social: princípios do direito político. Tradução de Antonio Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 61.

No caso particular dos direitos políticos, a Constituição vigente, além de estender o sufrágio para os analfabetos e para os jovens de 16 a 18 anos, ampliou os instrumentos de participação política direta dos cidadãos, numa deferência à democracia participativa ou semidireta.

Ocorre que se, de um lado, o direito ao sufrágio universal direto e de igual valor para todos se concretiza efetivamente, por outro, o direito de ser votado ou, melhor, de ser um representante político, continua de concretude difícil, ainda que normativamente quase inexistam obstáculos para o exercício da cidadania passiva (capacidade eletiva) pelos nacionais.² (REIS, 2003, p. 29).

É que fatores materiais, como desigualdade de renda e riquezas, assimetria de recursos políticos e institucionais, entre outros, constituem sérios elementos a limitar a participação razoavelmente igualitária e livre dos cidadãos no processo político decisório.

Na verdade, o direito de ser eleito representante popular no Brasil nunca foi tarefa das mais simples, dado que o processo eleitoral é marcado, em grande medida, pela forte influência decisória do poder econômico, de tal sorte que aqueles candidatos mais aquinhoados, financeiramente falando, possuem maiores chances de alcançar êxito eleitoral. E isso é assim pelo fato de que, ante o elevado custo de uma campanha eleitoral, os candidatos destituídos de recursos materiais para arcar com as despesas do processo político não podem disputar em pé de igualdade com os seus concorrentes.

Não bastasse o abuso de poder econômico, é de se registrar o fato de que o processo eleitoral no Brasil é historicamente atravessado pela corrupção, em especial no tocante à utilização de recursos privados secretos e ilegais, conhecidos vulgarmente por caixa dois³, por parte de partidos e candidatos, seja para o custeio da propaganda eleitoral ou para a captação ilícita de votos.

E tal estado de coisas compromete não somente a lisura e higidez do processo eleitoral, mas também o próprio instituto da representação política,

2. A Constituição vigente excluiu os analfabetos do direito de elegibilidade a cargos políticos (um verdadeiro preconceito antidemocrático do legislado constituinte!) e os brasileiros naturalizados, estes somente para os cargos de presidente e vice-presidente da República.

3. A formação de caixa dois pelos candidatos e partidos é proveniente de verbas de “doadores que não querem ou não podem ser identificados, seja por doarem com dinheiro não compatibilizado já nas próprias empresas como forma de evadir ao fisco, por doarem dinheiro proveniente de atividades econômicas ilegais (narcotráfico, prostituição ou jogo do bicho, por exemplo), ou por estarem interessados no favorecimento direto em contratos com o governo uma vez vencida a eleição”. (CUNHA FILHO; COSTA JÚNIOR, 2008).

já que o ator político – eleito numa ambiência caracterizada pelo abuso de poder econômico e corrupção – ocupará um mandato ilicitamente conquistado. Acrescente-se, ademais, que a questão da interferência do dinheiro e da corrupção na escolha dos agentes eletivos resvala diretamente na legitimidade do exercício do mandato político, comprometendo, mais ainda, a imagem negativa dos políticos e das instituições representativas⁴.

É verdade que a rejeição à política e aos políticos exprime uma questão mais grave e complexa, relacionada à crise da representação política na atualidade. Realmente, a problemática do regime representativo decorre, em grande medida, do fato de que os cidadãos não se veem devidamente representados e, por conseguinte, exprimem sérias reservas aos atores políticos e às instituições representativas (partidos, parlamento, governo).⁵

Em adição, o instituto da representação traz duas questões essenciais, a saber, qual o melhor procedimento de escolha dos representantes (sistema proporcional ou majoritário, financiamento privado ou público de campanhas) e como garantir que os mandatários exerçam os seus mandatos em prol da vontade dos mandantes e do interesse geral da coletividade.

Perante tais indagações, a centralidade do presente artigo é perquirir se a implantação do financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais pode contribuir para garantir um processo eleitoral mais autêntico e igualitário.

235

4. “A quantidade de escândalos que o Congresso já protagonizou explica a percepção [negativa], mas dificilmente essa imagem teria se cristalizado se a Casa não fosse mais aberta ao escrutínio da sociedade que as demais. Suas votações, as sessões de suas comissões e as emendas ao Orçamento são muito mais fiscalizadas pela imprensa que a aplicação das verbas do Judiciário”. (FERNANDES, 2011, p. 201). Frise-se, também, que a ideia moralista e, por isso, conservadora de que a corrupção é uma questão simplesmente de personalidade e de caráter individual – que pudesse ser resolvida com “choque ético” e pela mera substituição dos atores envolvidos – não reflete bem a complexidade dessa patologia, pois ela impregna o sistema político e institucional de forma difusa e em graus diferentes de profundidade, inclusive alcançado instituições políticas não eletivas, como é o caso do Judiciário. Para Bruno P. Wanderley Reis, a generalização de que “todo político é ladrão” concorre para a deslegitimidade do regime democrático. Confira-se: “A naturalização do hábito de falar mal dos políticos talvez não seja o menor dos benefícios que a democracia terá trazido ao mundo moderno – e é frequente que a imagem dos parlamentares na opinião pública seja ainda pior que a dos governantes. O Brasil não tem sido exceção, mas recio que, nos últimos tempos, a banalização da ideia de que os políticos são um amontoado de bandidos tenha chegado a um ponto que arrisca comprometer gravemente a autoridade (no sentido arendtiano) do sistema.” (OLIVEN; RIDENTI; BRANDÃO, 2008, p. 57).

5. “Regimes que não funcionam bem – que são ineficazes no combate à pobreza e desigualdade, que são corruptos e ineficazes na redução do crime e dos quais o cidadão comum não se sente representado – engendram cidadãos que apresentam baixos níveis de apoio ao regime político [...]”. (RENNÓ; SMITH; LAYTON; PEREIRA, 2011, p. 29).

rio e, por conseguinte, para assegurar a melhoria da qualidade da representação política e da democracia no Brasil.

Adite-se, por fim, que projetos de reforma político-eleitoral de há muito tramitam no Congresso Nacional, entretanto, ante a complexidade de alteração das normas e do jogo político-partidário, ainda não há acordo possível entre os parlamentares em relação aos pontos fundamentais da reforma, principalmente os referentes ao sistema distrital misto, à cláusula de desempenho, à lista partidária, às coligações partidárias e, em especial, ao financiamento totalmente público do processo eleitoral⁶.

O MODELO DE FINANCIAMENTO ATUAL E SEUS PROBLEMAS

236 O sistema de financiamento partidário e eleitoral no Brasil é misto. As verbas de custeio são provenientes de fontes públicas e privadas. Os recursos públicos financiam o acesso gratuito dos partidos ao rádio e à televisão. Além disso, há o fundo especial de assistência financeira aos partidos (fundo partidário), composto por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhes forem atribuídos por lei. Já os recursos privados podem vir tanto de pessoas jurídicas como de pessoas físicas.

Destaque-se, a propósito, a ideia de que as eleições no Brasil são consideradas das mais dispendiosas do mundo, tanto é que há pesquisas no sentido de que os gastos numa campanha presidencial no Brasil são, em termos proporcionais, mais elevados do que nos Estados Unidos, um país com uma população e um PIB significativamente maiores do que o brasileiro. (SAMUELS, 2006, p. 135-139). E não se pode esquecer de que o processo eletivo é deveras exigente em termos financeiros, principalmente pela necessidade de utilização dos meios de comunicação coletiva e de todo o aparato de recursos humanos e técnicos para viabilizar a divulgação dos candidatos, partidos e programas.

Assim é que a temática financiamento de campanhas é fulcral no debate da reforma política, já que não se pode hoje falar em democracia eleitoral sem

6. Bruno P. Wanderley Reis sustenta que a inexistência de uma maioria parlamentar favorável à mudança no sistema eleitoral brasileiro explica-se por uma série de razões, em especial porque não interessaria ao Poder Executivo Federal direcionar esforços nessa direção, pelo fato de que, “sendo a reforma política matéria que inevitavelmente divide os partidos conforme suas respectivas (e legítimas) conveniências eleitorais – qualquer adesão ostensiva de um governo brasileiro a uma proposta específica de reforma arrisca estilhaçar sua base parlamentar”. (OLIVEN; RIDENTI; BRANDÃO, 2008, p. 79).

que o sistema eleitoral disponha de mecanismos financeiros para garantir um processo legítimo de escolha dos atores políticos.

Efetivamente, tem-se que o financiamento de campanhas vigente no Brasil é um dos elementos a contribuir ainda mais para a crise de representatividade política da jovial democracia nacional. É verdade, todavia, que o assunto do custeio de campanhas é um problema enfrentado por praticamente todos os países, vale dizer, “a relação entre dinheiro, campanhas eleitorais e partidos políticos atinge a todas as sociedades que formalmente aceitaram as regras da democracia”. (LIMA, 2005, p. 122).

De fato, a questão da qualidade da representação política liga-se ao nível de legitimidade do procedimento eleitoral de captação de sufrágio e da maneira como o ator político exerce o mandato eletivo, isto é, se visando ou não ao interesse comum. E o que é mais importante ter ciência é de que o financiamento de campanhas talvez seja o fator mais determinante da lisura, liberdade e igualdade no processo eleitoral, assim como da autonomia e autenticidade do exercício do mandato político.

E a razão disso é o fato de que, se antes a preocupação se centrava no desvirtuamento da vontade real do eleitor pela violência, coação e fraudes eleitorais⁷, hoje, com a informatização das etapas do certame eleitoral, principalmente com a implantação da urna eletrônica, os problemas centrais da vida política e eleitoral brasileira passaram a ser o abuso de poder econômico e a corrupção.

É certo que nenhum sistema político logrou – e talvez jamais conseguirá – imunizar completamente o processo eletivo da influência do poder econômico e da corrupção, pois ‘a combinação política e dinheiro é sempre explosiva’. (MORAES, 2010, p. 123). E, no caso particular do Brasil, se tem o agravante dos condicionantes históricos, intensamente desfavoráveis à contenção de tais problemas, dado que a patrimonialização do poder do Estado é

7. Para uma visão geral das fraudes e da corrupção no desvirtuamento do regime representativo brasileiro, ver a obra clássica de LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova fronteira, 1997, em especial o sexto capítulo, intitulado *Legislação Eleitoral*. Ver, para um relato mais geral do processo de votação e suas respectivas fraudes eleitorais no Império e na República, o recente livro de NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, especificamente as seguintes páginas: 4-44, 66-72, 86-87, 101-103, 116-118 e 133-136.

uma herança ainda bastante presente na história política e institucional pátria e, em grande medida, determinante de comportamentos antirrepublicanos, como é o caso da dificuldade de materializar a contento a diferenciação entre a esfera pública e a privada.

Mais grave, entretanto, é o fato de que a presença de recursos privados na seara do espaço público do processo eleitoral destrói a igualdade de concorrência entre os candidatos, porquanto, aqui e alhures, é quase indubitável o fato de que os mais ricos, a rigor, têm mais chances de serem eleitos – pois são mais votados! – do que os candidatos carentes de recursos financeiros⁸. (FLEISCHER, 2004). E, segundo o cientista político estadunidense Robert Dahl, “Esse é um problema, pois, o sistema capitalista automaticamente gera a desigualdade econômica, que acaba criando a desigualdade política. E isso é de difícil solução”. (DAHL, 2002, p. 70). Na realidade, não se deve olvidar a lição sempre atual de Rousseau, na chave de leitura de Carlos Nelson Coutinho, em termos de que “existe uma incompatibilidade estrutural entre desigualdade e democracia”. (COUTINHO, 2011, p. 39). Aliás, a igualdade é um dos fundamentos centrais de um regime político democrático.

238

Para David Samuels (2003, p. 382-383), a evidente necessidade do dinheiro para o sucesso eleitoral na vida política produz mais efeitos negativos do que positivos para o regime democrático brasileiro, em especial para a competitividade dos concorrentes no certame eleitoral.

A importância do dinheiro para o sucesso eleitoral dos candidatos também tira o brilho de um sistema político que é formalmente muito competitivo, ao pender a balança em favor dos políticos que têm apoiadores abastados. O dinheiro aumenta a viabilidade dos candidatos no Brasil, mas a falta de dinheiro, do mesmo modo, limita severamente a competitividade de muitos candidatos. A contrapartida da pobreza de alguns candidatos é a opulência de outros.

8. FLEISCHER, 2004. Uma pesquisa sobre os gastos nas eleições de 2002 e 2006 para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados levou à conclusão de que as contribuições financeiras afetam os resultados eleitorais, isto é, quanto maiores os recursos investidos, maior o número de votos conquistados pelos parlamentares. Para os autores desse estudo, “A primeira conclusão a que podemos chegar é que dinheiro importa para as campanhas: os eleitos gastam, em média, cinco vezes mais do que os não eleitos”. (LEMOS; MARCELINO; PEDERIVA, 2010, p. 5).
9. COUTINHO, 2011, p. 39.

E, de fato, o atual sistema eleitoral é deveras aberto à incidência do abuso de poder econômico e da corrupção, porquanto não há limite legal para os gastos eleitorais, devendo apenas o candidato não ultrapassar o valor dos recursos por ele mesmo fixado e informado à Justiça Eleitoral.

Ademais, a ausência de uma forte fiscalização e controle das contas eleitorais pelo Poder Público – uma “beatificação do ilícito” (REIS, 2008, p. 85), nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard – facilita sobremodo a ocorrência de caixa dois, isto é, utilização de recursos “ocultos e ilegais” de particulares e empresas no financiamento de campanhas.

Junte-se à noção de que o caixa dois, “[...] além de ser uma via de enriquecimento patrimonial, com as eventuais ‘sobras de campanhas’, [...] erode a própria ideias de representação”, já que “A quem afinal representa um parlamentar cuja campanha foi financiada por agentes ocultos?”. (LESSA, 2006, p. 260).

Advirta-se, a propósito, acerca de que a junção entre o dinheiro privado e a política pode trazer um custo altíssimo para o interesse público. Tanto isso é verdade que já alertava o filósofo Rousseau: “Nada mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios políticos”. (ROUSSEAU, 2003, p. 82).

A questão da assimetria dos recursos econômicos no regime democrático e republicano é algo tão perene e perigoso na história humana que obriga a se transcrever a observação de Robert Dahl:

[...] da Antiguidade até hoje, praticamente todos os defensores sensatos do governo democrático e republicano deram ênfase especial ao fato de que a democracia é ameaçada pelas desigualdades nos recursos econômicos. Um dos axiomas da teoria republicana clássica, por exemplo, afirmava que o poder e a propriedade tendem a coincidir; e, portanto, para garantir a ampla distribuição do poder necessário para uma república, a propriedade deve necessariamente ser amplamente distribuída. (DAHL, 2012, p. 531).

Seja adicionada, ainda, a ideia de que a influência da riqueza econômica, além de ser um recurso crucial para determinação do resultado eleitoral, com prejuízo irreparável para a autenticidade da representação, tende a produzir problemas gravíssimos para o exercício da representatividade pelo detentor de mandato, já que o eleito nessas condições ocupa um cargo político

alcançado com recursos provenientes do setor privado, com todos os problemas e implicações daí decorrentes.

De fato, a benevolência e a generosidade dos financiadores de campanhas eleitorais não são fruto apenas das virtudes morais e republicanas da classe empresarial, mas, realisticamente, dos futuros benefícios, favores, privilégios que os eleitos podem lhes garantir, particularmente em contratos de obras e serviços, nomeações para funções públicas em setores e atividades estratégicas, apadrinhamentos de parentes e amigos, facilidades de empréstimos e subsídios governamentais, influência nas políticas de governo, por exemplo, juros, tarifas, taxas de câmbio, entre outras vantagens e facilidades potencialmente fornecidas pelo Poder Público¹⁰.

E, na pertinente observação de Bruno Wilhelm Speck, essa prática de trocar “apoio financeiro à campanha por benefícios aos financiadores, claramente, viola os deveres de representação e tem um ônus para a sociedade. Estas doações que compram acesso ao poder ou outras vantagens” (SPECK, 2006, p. 155) se caracterizam, conforme o sobredito autor, como improbidade administrativa.

240

E ainda que as notícias de jornais, pela natureza normalmente informativa, não sejam um referencial seguro no âmbito da pesquisa acadêmica, servem, pelo menos, como um indício razoável da enorme transitividade e acessibilidade dos financiadores privados com o Poder Público, quando não revelam explicitamente esquemas de corrupção a beneficiar empresários e empresas doadoras de fundos para campanhas eleitorais.

Citem-se, a título meramente exemplificativo do “caráter incestuoso de certas relações entre financiados e financiadores” (MORAES, 2010, p. 50), os casos selecionados pelo cientista político David Samuels:

[...] em 1994, Fernando Henrique Cardoso recebeu um apoio substancial das firmas de telecomunicações, que queriam que ele seguisse adiante com sua promessa de campanha de privatizar o setor. Vieram à tona também alegações de que as empresas que acabaram ganhando as grandes concessões do setor de

10. SAMUELS, 2003, p. 372-376. Acrescenta ainda o autor que “No Brasil, o maior volume do financiamento de campanha se produz ‘visando a serviço’, trocando o dinheiro por futuros ‘serviços’ governamentais” (p. 383).

telecomunicações foram aquelas que mais contribuíram para a vitória de FHC (Folha de S.Paulo, 8/10/1995; O Globo, 26/11/1998). Empresas de vários setores também efetuaram contribuições de campanha para persuadir Fernando Henrique a quitar suas dívidas com o governo federal (Folha de S.Paulo, 12/4/1998). (SAMUELS, 2003, p. 382).

Vê-se, daí, que o financiamento privado de eleições traz diversas consequências deveras graves e negativas para a representatividade política, eis que a atuação dos representantes populares pode receber a influência direta ou indireta de interesses particulares, submetendo a perigo a efetivação do interesse comum, que é a finalidade reitora da ideia de representatividade democrática.

Portanto, o financiamento privado de campanhas tem, no mínimo, a potencialidade de colocar as candidaturas financiadas por meio de recursos lícitos ou ilícitos na condição de “reféns dos grupos de interesse que as apoiem”, numa “forma de sequestro privado da coisa pública”. E é plausível que “O custo social pode ser maior do que a economia no gasto público resultante do financiamento privado”, pois “Grupos de interesses cobrarão, depois, com forte ágio, o que pagaram”. (RIBEIRO, 2006, p. 80). E tal perigo já era referido pelo filósofo Aristóteles: “O bom senso mostra que aqueles que compram os cargos vão procurar ter de volta o que lhes custou para alcançá-lo”. (ARISTÓTELES, 2006, p. 300).

241

Não é demais ainda citar, acerca da questão em análise, a advertência atualíssima do filósofo Espinosa, na interpretação de Marilena Chaui (CHAUÍ, 2003), para quem as relações pessoais de subordinação das autoridades públicas podem submeter a risco a ideia de república:

[...] o único cuidado dos cidadãos é o de impedir que os postos de decisão sejam ocupados por indivíduos que tenham laços pessoais de dependência com outros, pois isso os levaria a dirigir a coisa pública sob a forma do favor [...]. Ou seja, o único risco na democracia é o da corrupção da res publica por relações privadas de favor e clientela.”

Destaque-se, nesse passo, mais uma vez o argumento de que a presença ainda bastante profunda do patrimonialismo na cultura política brasileira é

um elemento intenso a explicar, em grande medida, a instrumentalização do Poder Público a favor de interesses particulares de pessoas e empresas, principalmente, no caso em estudo, dos financiadores eleitorais. Na verdade, o Estado brasileiro, na linha interpretativa de Raymundo Faoro, formou-se e evoluiu com características patrimoniais do Estado português, entre elas, a confusão entre a propriedade/interesses particulares e os bens/interesses públicos, sendo, com efeito, a coisa pública apropriada e gerida como se fosse um bem particular dos governantes e da burocracia patrimonial¹¹.

Ainda na ordem de problemas do financiamento privado, há de ser salientado o fato, sempre referido por cientistas sociais e políticos, de que os recursos particulares de empresas e pessoas físicas tendem a mercantilizar o sistema político eleitoral, na medida em que o eleitor, o voto e o mandato são vistos como mercadorias, logo, comercializáveis como qualquer bem, produto ou serviço, numa total inversão da ideia de cidadania e de sufrágio universal, como valores fundamentais inerentes à dignidade humana e, por isso, inegociáveis; pois, na lição ética de Immanuel Kant, estão os valores protetivos da dignidade “acima de todo o preço”. (KANT, 2009, p. 82).

242

Não bastasse tudo isso, é também razoável sustentar a noção de que a permissão de financiamento privado das eleições potencializa as chances de permanência no poder dos atores políticos detentores de mandato eletivo, uma vez que estes, pela força política, têm um elevado poder de atração de financiadores para suas campanhas, principalmente das empresas já contratadas pelo Poder Público. Em relação a essas corporações, diz Bruno Wilhelm Speck que a inexistência de legislação brasileira “quanto a contribuições por empresas que prestam serviços ou realizam obras para o Estado é questionável,

11. FAORO, 1998. A análise patrimonialista weberiana do Estado brasileiro já havia sido utilizada pelo sociólogo Sérgio Buarque de Holanda. (Ver: HOLANDA, 1995, p. 145-146). É importante ressaltar, nesta altura, que não se está aqui, ao defender a ideia de tradição patrimonialista do Estado brasileiro, advogando a tese de que a corrupção política é um fenômeno “natural” e, com efeito, insuperável da vida política e institucional do país. Não se pode, entretanto, negar o peso da formação social e política da sociedade e do poder no Brasil para um melhor entendimento da permanência enraizada da corrupção até os dias atuais. Aqui, ainda, é necessário desfazer a noção de que a corrupção política é mais elevada hoje no Brasil: “Esta noção baseia-se, de fato, em uma meia verdade: a percepção da corrupção é maior quando ela é mais combatida e exposta, não significando necessariamente que seja maior ou crescente. Uma situação de corrupção generalizada que não vem a público, por exemplo, em uma ditadura militar, pode ser percebida pela população como pouco corrupta. De modo inverso, um governo que estabeleça um trabalho sistemático de combate à corrupção enraizada historicamente nas várias estruturas do Estado pode ser percebido automaticamente como mais corrupto.” (GUIMARÃES, 2011, p. 90).

pois o risco de uma troca de favores entre o doador e o futuro governante é iminente”. (SPECK, 2006, p. 156).

○ FINANCIAMENTO PÚBLICO EXCLUSIVO E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS PARA A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Em razão da impossibilidade de superar os problemas do financiamento privado das eleições, em decorrência da incompatibilidade dos negócios particulares com os interesses comuns da sociedade,¹² defende-se aqui a ideia de que somente a institucionalização do financiamento público exclusivo dos gastos de campanhas eleitorais, inclusive com a proibição total de doações de terceiros e dos próprios candidatos, pode minorar a crise de representatividade da democracia brasileira.

De fato, o financiamento público pode contribuir positivamente em múltiplos aspectos para o sistema eleitoral e político brasileiro, haja vista que tende a aumentar a legitimidade da representação política e melhorar a qualidade da democracia. Além disso, a permissão de uso apenas de fundos públicos é de longe mais compatível com os valores constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

243

Veja-se que, com a implantação do financiamento público, se terá maior equilíbrio do volume de recursos entre partidos e candidatos, bem como um limite de gastos para o pagamento das despesas eleitorais. Com isso, garante-se, ao mesmo tempo, maior paridade financeira entre os candidatos e agremiações partidárias, assim como um controle mais efetivo da prestação de contas de campanha pela Justiça Eleitoral, já que fica mais fácil, com o teto de gastos, detectar eventual extrapolação abusiva do poder econômico, por meio de “sinais exteriores de riqueza’ observáveis durante a campanha eleitoral”. (REIS, 2008, p. 73).

12. Alguns autores colocam em dúvida a viabilidade do financiamento público das campanhas, sob a perspectiva de que ele não resolve os problemas de custeio das eleições, como o caixa dois, e, por isso, defendem, como solução para a corrupção, o fortalecimento do controle e da fiscalização das contas de campanhas de partidos e candidatos. Entre eles, citem-se os cientistas políticos David Fleischer, David Samuels e Fabiano Santos. Este, inclusive, afirma que “O financiamento público é antiliberal porque proíbe indivíduos, empresas e instituições privadas de apoiarem, por meio de recursos pecuniários, os partidos e candidatos de sua preferência. A pergunta é: por que seremos proibidos de doar dinheiro a uma agremiação se ela defenderá nossas opiniões e interesses no Parlamento?”. (A reforma política e suas ilusões. Opinião. Folha de S.Paulo. 06/07/2005. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0607200510.htm>. Acesso: 10 fev. 2013).

Com efeito, não se pode olvidar que o financiamento de campanhas para ser procedimentalmente legítimo exige que os recursos de origem exclusivamente pública sejam distribuídos de forma razoavelmente igualitária entre os candidatos e partidos, de tal modo a evitar o máximo possível a transmutação das desigualdades fáticas desses atores concorrentes, em desigualdades políticas.

Como se sabe, sob a perspectiva democrática, todos os candidatos e partidos devem receber a mesma consideração e respeito do Poder Público, de modo a garantir-lhes “oportunidade de participação política direta nas decisões de governo” (DAHL, 2012, p. 513-514-515 e 519 -520), em nome do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Assim, o financiamento público de campanha é muito mais democrático do que o privado, dado que assegura “um nível de financiamento para todos os partidos, independentemente de os eleitores serem ricos ou pobres. Sob esse sistema, todos os partidos seriam dotados de uma base necessária para levar sua mensagem a todos os eleitores”. (SAMUELS, 2003, p. 384).

244 Presume-se também que o custeio público de campanhas tem o condão de ampliar o rol de candidatos – ante a existência de verbas para a divulgação do nome e programa do postulante e, conseqüentemente, de maior chance de vitória – com resultado positivo para a pluralização do debate político. Realmente, os cidadãos destituídos de dinheiro poderiam agora se apresentar ao crivo popular em condições reais e paritárias na disputa pelos cargos eletivos. Diferentemente, como hoje o poder econômico penetra a política de uma forma “[...] tentacular e capilar, em todas as instâncias, [...] impede que o sistema político possa abrir brechas para aprofundar a soberania popular, uma exigência absolutamente inarredável do conceito de democracia”. (BENEVIDES, 2011, p. 6).

No plano da rotatividade do poder, é razoável sustentar a ideia de que o financiamento público produzirá o aumento da expectativa de alternância no poder entre os atores políticos, na medida em que a garantia de condições econômicas mínimas para todos os candidatos concorre para a renovação dos quadros políticos, reduzindo a taxa de reeleição¹³, pela competitividade efetiva

13. Do ponto de vista da arrecadação, os candidatos à reeleição recebem mais recurso do que os novatos. Ver, para conferir essa asserção, o estudo já referido dos pesquisadores: LEMOS, Leany Barreiro; MARCELINO, Daniel; PEDERIVA, João Henrique. Por que dinheiro importa: a dinâmica das contribuições eleitorais para o Congresso Nacional em 2002 e 2006. *Opinião Pública*. [online]. vol. 16, n. 2, 2010, p. 5. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762010000200004>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

dos postulantes a cargos políticos. Nada mais saudável para a democracia do que a renovação periódica dos governantes, a fim de evitar a perpetuação no poder das mesmas autoridades e grupos políticos, com violação do princípio da alternância de poder entre a maioria e minoria e vice-versa.

O custeio público de campanhas é importante, igualmente, por trazer uma oportunidade singular de arrefecer a interferência ilegal, abusiva e perversa do poder econômico no certame eleitoral, tornando as eleições mais livres, competitivas e mais justas, já que é imperativo de um Estado de direito que as regras procedimentais do jogo político sejam acatadas para legitimidade formal do regime constitucional.

Não é só, no entanto. Decerto, a razão mais importante – depois talvez da garantia da igualdade de oportunidades entre os candidatos, para justificar a utilização exclusiva de recursos públicos nas campanhas – resida na necessidade de obstar a influência predatória do poder de pessoas e grupos poderosos, em especial empresas, na condução dos negócios públicos, fato hoje não muito raro de acontecer pelas elevadas doações de recursos privados por pessoas físicas e jurídicas. Com isso, é razoável supor que haverá um nível menor de promiscuidade entre os atores políticos e os agentes privados, porquanto aqueles conquistarão seus mandatos eletivos sem auxílio de fundos privados. Com efeito, ganhará o princípio republicano constitucional, num de seus principais requisitos, qual seja, o da supremacia do interesse público sobre os proveitos particulares. Não é demais salientar, à luz de Rousseau, que a “[...] vontade particular, por sua própria natureza, tende às predileções, enquanto a vontade geral [interesse coletivo] propende para a igualdade”. (ROUSSEAU, 2003, p. 34).

245

Outra razão que milita a favor do financiamento público é a necessidade de fortalecimento dos partidos políticos, pois ele eliminaria a busca desenfreada dos candidatos “atrás de dinheiro dos interesses econômicos privados e forçaria os partidos a adotar táticas de campanha que acentuassem programas de políticas nacionais mais claros para o eleitorado”. (SAMUELS, 2003, p. 384).

Não bastasse toda a argumentação já declinada para justificar o financiamento público das eleições, tem-se ainda que esse sistema de custeio de campanhas é o que se harmoniza mais ao regime constitucional brasileiro,

pois normativamente se visualiza a ideia de que a democracia é o princípio dos princípios da Constituição vigente, a qual elenca a soberania popular como vetor da sociedade e do Estado, de tal forma que a interferência indevida da corrupção e do poder econômico no direito do cidadão eleger livre e autonomamente os seus representantes implica vilipêndio da própria democracia.

Aduza-se, ademais, o argumento de que o financiamento público, pela fixação de teto máximo de despesas, possibilita uma fiscalização e um controle mais real e efetivo das contas de campanhas, ganhando com isso a imperativa transparência republicana. E ninguém explicitou com precisão e densidade a máxima do direito público moderno da visibilidade do poder do que Immanuel Kant, ao ponderar: “São injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens cujas máximas não se harmonizem com a publicidade”. (KANT, 2009, p. 178).

Necessário se faz abrir aqui um parêntese para analisar duas das principais objeções dos críticos ao custeio público exclusivo de campanhas políticas.

246 A primeira é de que o financiamento público é inaceitável num país com sérias limitações financeiras e com profundos problemas sociais, como é o caso do Brasil, dado que recursos em tese de áreas vitais como a saúde, a educação, a segurança, a moradia, seriam utilizados para pagamento de gastos de atividades de campanha. Diga-se, todavia, que esse argumento não reflete a questão na sua inteireza, já que a corrupção

não custa apenas [...] dinheiro, mas afeta diretamente a democracia, uma vez que mina a construção da autoridade democrática. A corrupção não tem apenas custos econômicos, mas também custos políticos muito caros. (GUIMARÃES, 2011, p. 154-155).

De fato, se é inegável o volume de dinheiro do orçamento da União para custear o processo eleitoral, pensa-se que o custo financeiro disso ainda será inferior aos problemas que o financiamento privado enseja para o sistema político brasileiro, em especial para o processo eleitoral, a autonomia dos representantes parlamentares e governamentais, com prejuízo da legitimidade da representação política, e, em última instância, comprometendo a própria qualidade da democracia.

Portanto, não se pode encapsular o problema do financiamento de campanha ao volume de dinheiro público que deverá ser empregado, pois, como acertadamente asseverou Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

Não se está discutindo simplesmente um financiamento de partidos políticos. O que está em jogo é a qualidade da democracia brasileira. Como se sabe, democracia sempre custou muito caro, tanto em esforço abstrato como concreto. [...] Deve ser ponderado, porém, que o dilema consiste em arcar com este preço, ou com outro maior: o da ineficiência crônica de um sistema democrático a minar a confiança dos cidadãos em seu funcionamento, corroendo sua própria existência.¹⁴ (LIMA, 2005, p. 137).

A segunda objeção dos críticos ao financiamento público é a acusação de que ele não elimina os recursos ilegais das campanhas, pois o caixa dois continuará existindo, independentemente da proibição do uso de recursos privados.

Relativamente a essa objeção, é preciso deixar bem claro que, conquanto o financiamento público não eliminar totalmente a utilização de fundos privados não declarados nas campanhas eleitorais, ele tende a colaborar para a sua redução, e isso, por si, já seria um motivo razoável para introduzi-lo no sistema eleitoral brasileiro. O objetivo, entretanto, principal do modelo de custeio público exclusivo não é ser um antídoto perfeito e infalível contra o uso de dinheiro oculto e ilícito nas campanhas eleitorais, mas justamente, como já registrado, garantir minimamente a igualdade de disputa entre os candidatos, de maneira tal que os cidadãos comuns, independentemente de sua condição socioeconômica e política, tenham chances de concorrer com adversários ricos e poderosos.

A esse respeito, a ponderação do cientista político Jairo Nicolau responde à altura aos mais céticos quanto à positividade do custeio público de campanhas:

14. Confira-se, a esse respeito, a bem elaborada passagem de José Valente Neto: “[...] o financiamento público tem a virtude de tentar exterminar com o patrocínio de grupos empresariais, os quais geram compromissos em sua maioria escusos, que acabam encarecendo o orçamento público com a fecundação de favores e distorções que não se sucedem no campo da probidade administrativa e muito menos no da condução ética dos assuntos concernentes à res publica” (VALENTE NETO, 2003, p. 222.).

[...] o financiamento público, acompanhado por rigoroso sistema de fiscalização e de severas punições, é a melhor opção que temos para sair do péssimo sistema de financiamento em vigor no país. Os benefícios para a democracia brasileira compensam em muito as possíveis imperfeições. Até mesmo a pior delas, a continuidade residual do caixa dois. Enfim, democracia se inventa na disputa democrática.¹⁵ (Grifos nossos).

Observe-se, por último, que a implantação do exclusivo custeio público das eleições é o modelo normativo mais adequado à proteção do direito político fundamental de elegibilidade, da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, bem como para assegurar a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou abuso do poder econômico, de acordo com o consagrado na Constituição Federal vigente, em seu § 9º, art. 14. Em termos similares, prevê o Código Eleitoral que serão coibidas e punidas a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso de poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto (art. 237).

248 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise de representatividade da democracia moderna não é um problema exclusivo do Brasil. Ela tem dimensão global e ainda não recebeu nem aqui nem alhures uma resposta satisfatória dos estudiosos no sentido da superação do baixo ou ausente sentimento de representação dos cidadãos para com os seus representantes políticos.

No caso particular do Brasil, tem-se que um dos pontos centrais da crise de credibilidade do instituto da representação popular reside no financiamento das campanhas eleitorais por meio de recursos privados de empresas e pessoas físicas.

Restou assentado que o financiamento das eleições com dinheiro privado implica consequências danosas para o processo eleitoral e para o exercício do mandato representativo. No primeiro caso, pelo fato de que o dinheiro privado compromete a igualdade de competição política entre os candidatos,

15. *Apud* IANONI, Marcus. Lista fechada e financiamento público funcionam? *Revista Teoria e Debate*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, a. 24, n. 91, mar./abril, 2011, p. 24.

uma vez que aqueles com maior poder de arrecadar e gastar recursos em prol de suas candidaturas têm mais chances de sair eleitoralmente vitoriosos do que os demais. De fato, parece não pairar nenhuma dúvida de que o maior ou menor volume de recursos de um candidato pode significar ou não o seu sucesso eleitoral. É inegável, enfim, a influência, em maior ou menor grau, do poder privado do dinheiro na determinação do resultado eleitoral.

No segundo caso, a influência do poder econômico nas eleições pode trazer prejuízos que transbordem o processo eleitoral, podendo afetar sobremodo o exercício autônomo do mandato eletivo daquele que teve a campanha financiada por meio de doações de particulares. Isso é, decerto, percebido pelas denúncias de escândalos políticos e administrativos na história política brasileira, provocados pela promiscuidade entre os proveitos da coletividade e os interesses privados – nem sempre angelicais e altruístas – dos financiadores, que tendem a cobrar um preço muito alto pelas doações por eles desembolsadas.

Pela gravidade de tais problemas para o regime representativo e democrático brasileiro, este estudo defende a implantação do financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais. De fato, há uma clara e talvez insuperável incompatibilidade entre dinheiro privado e República, pois esta, por natureza, deve buscar o respeito pleno e integral aos interesses comuns da coletividade, enquanto aquele tende a criar condições desiguais de poder político, com vistas à satisfação de interesses privados dos particulares.

Assim sendo, tem-se que o financiamento público constitui um mecanismo de redução da interferência do poder econômico e da corrupção no processo político, tornando a eleição mais competitiva, livre e aberta a atores políticos destituídos de riquezas materiais e, por conseguinte, impingindo ao processo eleitoral um grau maior de legitimidade popular, pois os cidadãos comuns podem disputar, em igualdade mínima de condições, o acesso ao comando do poder político.

Acresça-se a ideia de que a democratização do acesso aos postos de comando político, que pode advir da aprovação do financiamento público, é medida indispensável num Estado democrático de direito, mais ainda do capitalismo periférico como o brasileiro, já que o poder se configura um dos recursos mais importantes, em qualquer sociedade, para a distribuição dos

demais bens sociais, como a riqueza, a renda, a educação, o conhecimento, as oportunidades. (DAHL, 2004, p. 78).

É certo que o financiamento público não pode ser visto como um remédio a superar, unilateral e definitivamente, a deturpação do instituto da representação política, mas como um dos pontos indispensáveis da reforma política ao aprofundamento da democracia representativa, em especial do nível de confiança dos cidadãos nos atores políticos e nas instituições eletivas.

É verdade também que o financiamento público não elimina a possibilidade de utilização ilícita e oculta de dinheiro nas campanhas eleitorais, porém isso não é justificativa para obstar a sua implantação, pois tais fundos (caixa dois) devem ser combatidos por meio de amplo e intensivo controle das contas de campanhas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização das eleições, em especial a Justiça Eleitoral.

É importante deixar claro, pois, que o financiamento de campanha não deve ser visto apenas como uma mera questão de quantidade de recursos públicos, pois ela envolve um problema político mais sério e fundamental, que é a qualidade da legitimidade democrática da representação popular. De tal maneira, é razoável a conclusão de que, no resultado final, os benefícios e as vantagens da introdução do financiamento público exclusivo serão maiores do que as desvantagens decorrentes do valor financeiro a ser pago para o custeio das campanhas políticas.

250

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BENEVIDES, Maria Victoria. Entrevista. *Revista Teoria e Debate*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. N. 91, a. 24, Mar./abr. 2011.

_____. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. *De Rousseau a Gramsci: ensaios de teoria política*. São Paulo: Boitempo, 2011.

CUNHA FILHO, Clayton Mendonça; COSTA JÚNIOR, Pedro Wilson de Oliveira da. O preço da democracia: caminhos para aperfeiçoar o sistema de financiamento de campanhas. In: VIANA, João Paulo Saraiva; SANTOS, Gilmar dos (orgs.). *O sistema político brasileiro: continuidade ou reforma?* Porto Velho: Edufro, 2008. Disponível em: <www.academia.edu/1474257/O_preco_da_Democracia_caminhos_para_aperfeiçoar_o_sistema_de_financiamento_de_campanhas>. Acesso: 10 fev. 2013.

CHAUÍ, Marilena. *Política em Espinosa*. São Paulo: Cia das Letras, 2003.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. O mito da maior democracia. Matéria de Flávia Pardini. *Revista Carta Capital*. 05/06/2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vols. 1 e 2. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998.

FERNANDES, Maria Cristina. A fila dupla não sai nos jornais. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FLEISCHER, David. Reforma política no Brasil: uma história sem fim. *Revista do Curso de Direito*. Brasília (DF). Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal. Instituto de Ciências Sociais. V. 5, n. 1, jan./jun., 2004.

GUIMARÃES, Juarez. Sociedade civil e corrupção: crítica à razão liberal. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia da Letras. 26 ed. 1995.

IANONI, Marcus. Lista fechada e financiamento público funcionam? *Revista Teoria e Debate*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. A. 24, n. 91, mar./abril, 2011.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEMOS, Leany Barreiro; MARCELINO, Daniel; PEDERIVA, João Henrique. Por que dinheiro importa: a dinâmica das contribuições eleitorais para o Congresso Nacional em 2002 e 2006. *Opinião Pública*. [online]. vol. 16, n. 2, 2010, p. 05. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762010000200004>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

LESSA, Renato. *Presidencialismo de animação e outros ensaios sobre a política brasileira (1993-2006)*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2006.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democracia da atualidade e seus limites: o financiamento público de campanhas eleitorais. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. n. 17. Rio/São Paulo/Fortaleza: ABC Editora, 2005.

MORAES, Filomeno. *Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

252 NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

REIS, Bruno P. Wanderley. Sistema eleitoral e financiamento de campanhas no Brasil: desventuras do Poder Legislativo sob um hiperpresidencialismo consociativo. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothchild: Anpocs, 2008.

_____. Engenharia e decantação. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

RENNÓ, Lucio R.; SMITH, Amy E.; LAYTON, Matthew L.; PEREIRA, Frederico Batista. *Legitimidade e qualidade da democracia no Brasil: uma visão da cidadania*. São Paulo: Intermeios; Nashville: LAPOP, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de campanha (público versus privado). In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

ROUSSEAU, J.-J. *O Contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Antonio Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha no Brasil e propostas de reforma. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SAMUELS, David. Financiamento de campanhas e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “Caixa um” e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

SANTOS, Fabiano. A reforma política e suas ilusões. Opinião. *Folha de S.Paulo*. 06.07.2005. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0607200510.htm>. Acesso em: 10 fev. 2013.

SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

VALENTE NETO, José. Themis – *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza (CE), v. 3, n. 2, 2003. 253

VITA, Álvaro de. Democracia e justiça. In: VITA, Álvaro de; BORON, Atilio A. (orgs.). *Teoria e filosofia política: a recuperação dos clássicos no debate Latino-americano*. São Paulo: Edusp/ Buenos Aires: Clacso, 2004.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRISE OU CRISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

UM ENSAIO CRÍTICO SOBRE O TRATAMENTO DO STF
ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO
EM TEMPOS DE CRISE¹

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

DIOGO BACHA E SILVA

255

*No inferno, os lugares mais quentes são reservados
àqueles que escolheram a neutralidade
em tempo de crise.*² (Dante Alighieri)

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional, já desde *Marbury vs. Madison*, se tornou um importante locus de cidadania e de reafirmação dos direitos individuais. Vale dizer, tornou-se um espaço de luta do e pelo direito contra a sua própria colonização pelos subsistemas econômico e político. É um espaço de luta que conclama ao exercício da autonomia pública e privada.

Em tempos de crise econômica e política, a jurisdição constitucional se vê constringida pelos subsistemas econômico e político a afrouxar os laços de garantias, de tal forma que, em momentos de instabilidade, facilita-se o

1. Para Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

2. ALIGHIERI, Dante [1265-1321]. *A Divina Comédia*. Tradução: José Pedro Xavier Pinheiro (1822-1882). São Paulo: eBooksBrasil, 2003. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org>.

processo de mercantilização do mundo concreto e existencial. Ao invés de afirmações de argumentos de princípio, teríamos então argumentos de política. Os laços de liberdade e igualdade que unem nossa comunidade política seriam rompidos pela ideia de mercado, pela ideia pragmatista de que os fins justificam os meios.

O presente texto pretende retomar a discussão da jurisdição constitucional como garantidora das condições processuais para o exercício da autonomia pública. Para alcançar este objetivo, é preciso que o Supremo Tribunal Federal (STF) leve a sério o processo legislativo enquanto espaço institucionalizado da autonomia de cada cidadão. Assim, analisam-se casos concretos recentes que, em tempos de crise, o STF deixou de atuar como garantidor do devido processo legislativo.

Nosso intuito é analisar como, após a instalação de uma crise política e econômica no ano de 2015, o STF vem lidando com as garantias do devido processo legislativo.

Para tanto, escolhemos casos levados à apreciação do STF, enquanto importantes oportunidades para a definição da jurisdição constitucional como espaço de garantia da gênese democrática da vontade pública.

256

O primeiro caso concreto analisado é a votação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171/1993 pela Câmara dos Deputados e a impetração do Mandado de Segurança (MS) nº 33.967 perante o STF com a alegação de que a reapreciação de emenda aglutinativa, na mesma sessão legislativa – em Proposta de Emenda à Constituição cuja matéria haja sido expressamente rejeitada –, ofende a garantia do parlamentar de participar de um processo legislativo de acordo com a Constituição.

Em um segundo momento, analisaremos a impetração do Mandado de Segurança (MS) nº 33.729 perante o STF consistente na arguição de inconstitucionalidade do julgamento de análise das contas presidenciais em sessão separada pela Câmara dos Deputados, bem como o julgamento do Agravo Regimental da liminar apreciada pelo ministro Luís Roberto Barroso.

Em terceiro, ofereceremos uma análise dos pontos em comum dessas matérias díspares tratadas pelo Supremo no que toca à garantia da própria Constituição em tempos de crise política.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO: POR UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SENTIDO FORTE DAS GARANTIAS DEMOCRÁTICAS

O Mandado de Segurança (MS) nº 33.927, impetrado perante o STF, buscou rediscutir uma conduta praticada pela presidência da Câmara dos Deputados na qual, após a rejeição de matéria constante em Proposta de Emenda à Constituição (PEC) pelo plenário, submete novamente à apreciação do plenário, na mesma sessão legislativa, emenda aglutinativa com matéria idêntica à anterior reprovada.

No caso, o mandamus anteriormente citado pretende a concessão da segurança na PEC 171/1993 que visava modificar a Constituição, art. 228, para reduzir a maioria penal para 16 anos completos. Com efeito, na terça-feira (30 de junho de 2015), a PEC foi colocada em pauta para discussão e deliberação na Câmara dos Deputados. E foi rejeitada, tendo em vista não ter alcançado o *quórum* constitucional de três quintos dos membros da casa legislativa em 1º turno, alcançando o voto favorável de 303 deputados. O texto discutido referia-se a uma emenda apresentada pela Comissão Especial ao projeto original com o seguinte teor:

257

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

§1º – Ao condenado entre dezesseis e dezoito anos, são aplicáveis as penas previstas no Código Penal, sendo, porém, seu cumprimento realizado nos estabelecimentos previstos pela legislação especial até a idade de vinte e um anos.

§2º – Ao completar vinte e um anos, o condenado a que se refere o §1º será transferido para o sistema prisional, cessando a aplicação das normas da legislação especial na execução da pena.

§3º – Aplicada a pena, o tempo de medida socioeducativa cumprida até os vinte e um anos será computado para todos os efeitos legais.

Não obstante, no dia posterior, foi colocado em votação outra emenda referente ao mesmo projeto. Emenda denominada aglutinativa, cujo teor era:

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvado os menores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

A questão posta pelo MS, portanto, é a garantia constitucional do art. 60, § 5º, da CF/88, a qual dispõe que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada, ou havida por prejudicada, não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Em síntese, o STF deve ser questionado sobre qual a função da referida garantia para o direito? O que o STF espera da democracia no exercício do controle de constitucionalidade?

A Teoria Discursiva do Direito nos ensina que a soberania popular, mormente em sede de sociedades complexas e plurais, deve ser vista como poder político que emana do poder comunicativo dos cidadãos. Os cidadãos se regem por leis que eles mesmos se dão, por meio de uma formação discursivamente construída da opinião e vontade públicas (HABERMAS, 2010, p. 238)³.

258

É da própria condição humana, num sentido que genealogicamente se remete ao zoon politikon aristotélico, mover-se dentro de um espaço de comunicação e entendimento capaz de gerar uma força ilocucionária, motivadora, justificadora e realizativa, através do agir comunicativo⁴. O exercício legítimo do poder estatal está, portanto, atrelado ao poder comunicativo dos cidadãos.

Por isso, há real necessidade de se conceber que o Estado Democrático de Direito seja entendido como um processo de institucionalização do direito legítimo e, portanto, da autonomia privada, e dos pressupostos e condições de formação da vontade e opinião pública, a qual faz possível o exercício da autonomia pública, para uma produção legítima de normas (HABERMAS, 2010, p. 523). A produção legítima de normas, portanto, impele que os destinatários

3. Cf. também BACHA E SILVA, 2013, p. 54, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016.

4. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Poder, ação e esfera pública em Arendt e em Habermas: A conexão constitutiva entre Direito e Política no Estado Democrático de Direito In: ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. Constitucionalismo e teoria do Estado: ensaios de História e Teoria Política. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 99-110.

das normas sejam, ao mesmo tempo, seus coautores. (HABERMAS, 2010, p. 172), (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p 101).

É daí que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade, por meio da garantia dos mecanismos da formação da opinião e vontade política, denotando uma visão da Constituição como garantia do exercício da autonomia dos cidadãos⁵. O exercício da autonomia dos cidadãos somente pode ser resguardado na medida em que o “guardião do processo democrático” realize um controle de constitucionalidade no sentido forte de exigir o fiel respeito às garantias democráticas. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014).

No caso do MS 33.630, em que se discutia, da mesma forma que o MS aqui analisado, o respeito ao art. 60, § 5º, da Constituição Federal, a ministra Rosa Weber, em decisão liminar, entendeu que não cabia ao STF cuidar de temas atinentes à matéria interna corporis, sob pena de intromissão indevida em esfera de outro poder, bem como em engessamento da atividade parlamentar. Ademais, uma mesma proposta legislativa recebe várias emendas aglutinativas, as quais, vistas de modo separado, podem significar, ainda que guardem semelhanças de conteúdo, independência contextual. Denegou a liminar e, de outro modo, demonstrou que o STF prefere demonstrar deferências às razões pragmáticas em vez de, efetivamente, às garantias processuais da formação da vontade pública. (BAHIA; CATTONI DE OLIVEIRA; NUNES, 2015), (TRINDADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2015).

259

Na decisão da liminar do MS 66.697/DF, o ministro Celso de Mello entendeu que “inexistente risco de irreversibilidade (a votação da PEC 171/1993, em segundo turno, somente ocorrerá no segundo semestre, de acordo com as informações oficiais prestadas pelo sr. presidente da Câmara dos Deputados), a medida liminar não se justificará, ao menos no presente

5. Assim, disse-se em outra oportunidade: “[...] a Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação reflexiva do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como ‘modelo constitucional do processo’ (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera) a si mesma [...]”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 129).

momento, pois – tal como sucede na espécie – a alegada situação de dano potencial restará descaracterizada e totalmente afastada”. Apesar da aparência inofensiva de uma decisão considerar descaracterizado, na espécie, requisitos processuais para a concessão de liminar, esconde-se aí uma concepção de democracia. Como dissemos, “Sob as vestes de requisitos processuais e a miscelânea deles feita na decisão – *fumus bonis iuris*, *periculum in mora*, dano irreparável ou irreversível, pois que, na verdade, o terceiro está subsumido no segundo –, esconde-se a própria ideia de democracia a ser considerada. Conforme nos ensinou há muito tempo a filosofia analítica da linguagem de J. L. Austin, discurso é ação, e uma decisão judicial como enunciado performativo deve ser reconhecida na situação que a envolve e nas consequências que produz; isto é, tanto o discurso da Câmara ao aprovar (inclusive da forma como foi feito) o texto quanto a decisão do STF possuem um sentido “realizativo” que (de)forma o edifício democrático-republicano brasileiro”. (BACHA E SILVA; BAHIA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2015).

260

Qualquer lesão à Constituição é qualificada, ainda mais quando se atinge, assim, regras garantidoras da formação da vontade política que põe em causa a própria instituição de uma comunidade política de membros livres e iguais como projeto democrático inaugurado e estabelecido pela Constituição de 1988. Assim, “Qualquer lesão às condições existenciais do Estado Democrático de Direito e o não reconhecimento dessa lesão pelo Poder Judiciário ocasionam efetiva perda de legitimidade ao próprio exercício do poder público, esta sim irreparável” (BACHA E SILVA; BAHIA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2015).

Segundo nos parece, por essa decisão, o STF não compreende, tanto neste mandado de segurança quanto no anterior (a respeito de outra “manobra” da Câmara, a que levou à reapresentação da PEC sobre financiamento empresarial de campanha): (i) qual o papel deste *writ*, uma criação brasileira que, desde a origem, possui intrínseca familiaridade com questões políticas de alta indagação; (ii) a ideia de que, embora um ato de Poder Público possua presunção de legalidade/veracidade, isso não impede a concessão de liminar, pois que, fosse assim, essa medida estaria vedada à maioria dos mandados de segurança; (iii) que esta é uma ação de cognição sumária e que é justamente por isso que se justifica uma análise do *fumus boni iuris* em liminar, a partir

dos documentos acostados e da legislação; (iv) do papel do parlamentar em defender a regularidade do processo legislativo, ainda mais quando este se refere aos estritos limites de alteração de uma Constituição super-rígida. Ora, mais uma vez, é preciso lembrar que o STF possui jurisprudência consolidada sobre o papel do parlamentar em defender um “direito público subjetivo” de regularidade do processo legislativo; de outro lado, tocando especificamente o caso, ou a Constituição é norma superior e sua alteração deve ser vista como algo excepcional – e, logo, as normas que tratam de tal possibilidade também devem ser interpretadas de forma restritiva –, ou a diferença daquela frente a uma lei ordinária será basicamente um problema de *quórum*. No processo de alteração ou criação de uma lei ordinária, emendas aglutinativas podem ser utilizadas para a reapresentação de projetos de lei rejeitados mediante requerimento da maioria absoluta dos membros da Casa (artigo 67). Tal regra não se aplica às Propostas de Emendas à Constituição (tratadas exclusivamente no artigo 60) – isso para não relembrarmos, mais uma vez, que o § 5º do art. 60 deixa claro que a “matéria constante de proposta de emenda rejeitada, ou havida por prejudicada, não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”: o Poder Constituinte Originário, único que pode limitar o Poder Constituinte Derivado (não é o Regimento Interno da Câmara que poderá fazê-lo), não estabelece diferença quanto à rejeição de uma proposta estar em uma emenda, um substitutivo, na proposta original ou coisa similar. Se a matéria, que era objeto de uma proposta, foi à votação e foi rejeitada, não poderá ser reapreciada na mesma sessão legislativa. (BACHA E SILVA; BAHIA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2015).

261

Em outras palavras, não cabem emendas aglutinativas em processo legislativo de reforma constitucional, como no caso do processo ordinário. A aplicação do Regimento Interno sem levar em consideração a diferença entre Lei e Emenda Constitucional, entre processo legislativo ordinário e processo legislativo de reforma, subverte a própria rigidez constitucional. Mais: a apresentação de emendas aglutinativas viola não apenas o § 5º do art. 60, a proibição de que matéria rejeitada ou prejudicada possa ser reapresentada na mesma sessão legislativa; mas também viola o § 2º e o inciso I do art. 60. Cabe lembrar que uma mesma PEC deve ser aprovada em dois turnos na Câmara e

no Senado, sem que uma Casa funcione como revisora da outra; cabe lembrar que a exigência do inciso I para a proposição de EC é incontornável. Essa normativa não é de forma alguma a mesma que autoriza, nos termos do art. 67, a reapresentação e reapreciação de matéria rejeitada ou prejudicada, por uma nova maioria, desde que qualificada, na mesma sessão legislativa. Confundir isso, ordinarizando o processo de reforma, é desrespeitar as normas do art. 60 e subverter a rigidez constitucional.

Assim, cabe repetir: todas essas condições, constitucional e especificamente estabelecidas, para o processo legislativo de reforma constitucional o diferenciam substancialmente do processo ordinário, afastando, portanto, o Regimento Interno naquilo que, com base no art. 67 da Constituição, trata do processo legislativo ordinário. Isso é, afinal, a própria tradução, no nível institucional, da rigidez constitucional, cujas condições de possibilidade não estão à disposição das maiorias parlamentares, sob pena de subversão, em última análise, das exigências constitucionais para um processo deliberativo democrático de reforma constitucional. Sob pena, portanto, da subversão da própria democracia⁶.

262

Assim, o STF perdeu uma boa oportunidade em estabelecer um controle de constitucionalidade no sentido forte das garantias democráticas de formação da vontade e opinião públicas.

ANÁLISE DE CONTAS PRESIDENCIAIS E A INTEGRIDADE DO DIREITO⁷

Também colocado por meio de um mandado de segurança, a questão versada no MS 33.729 é sobre o processo de análise das contas presidenciais que, ainda mais, diz respeito ao papel do Legislativo e do próprio STF na guarda da Constituição e a forma como se encara o devido processo legislativo em tempos de crise institucional e política. Impetra-se o *writ* em face de ato da Mesa da Câmara dos Deputados consistente na inserção de Projetos de

6. Sobre o tema, ver BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Emendas aglutinativas sucessivas favorecem o autoritarismo. 2015.

7. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo. Integridade do Direito – Contas presidenciais e devido processo legislativo. Empório do Direito. 2015.

Decretos Legislativos de análise de contas dos ex-presidentes da República, especificamente os Projetos de Decreto Legislativo 384/1997, 1.376/2009, 40/2011, 42/2011 para apreciação da Câmara dos Deputados em sessão separada do Senado Federal.

Ora, a impetração vislumbra que há flagrante violação ao devido processo legislativo que, nos termos do art. 57, §§ 3º e 5º da Constituição Federal, exige que a apreciação das contas presidenciais se dê em sessão conjunta do Congresso Nacional, entendido como a sessão em que as duas casas reúnam-se em conjunto de tal forma que permita a influência recíproca entre os parlamentares.

Em decisão liminar, o ministro Luís Roberto Barroso reconhece que a matéria é de competência e afeta o Congresso Nacional, consoante os arts. 49, inc. IX; art. 71, I e art. 84, inc. XXIV da Constituição Federal. A questão, a saber, é se a competência deve ser exercida em conjunto por ambas as casas ou, então, separadamente.

Segundo sua decisão, o art. 166, § 1º, inc. I, da Constituição exerce um forte indicativo de que a competência deve ser exercida em conjunto. Segundo o texto constitucional, cabe a uma comissão mista permanente de deputados e senadores examinar e emitir parecer sobre as contas apresentadas pelo presidente da República. Embora o parecer da comissão mista permanente de deputados e senadores não seja vinculativo, a competência do julgamento das contas previsto no art. 49, inc. IX, da CF/88 deve se cifrar nos pareceres da referida comissão mista.

Também, além do indicativo da existência da Comissão Mista anteriormente citada, o ministro Luís Roberto Barroso argumenta que, no caso de sessão conjunta, deve ser possível o diálogo e a interlocução entre deputados e senadores, muito embora as votações ocorram separadamente para a Câmara dos Deputados e Senado. É que as contas só serão rejeitadas quando ambas as Casas tenham pronunciamento neste sentido, não bastando que uma Casa as aprove, e a outra as rejeite. Ambas deverão rejeitar as contas ou, então, as contas serão consideradas aprovadas.

Muito embora pela sua argumentação fique latente o reconhecimento da inconstitucionalidade praticada pela autoridade coatora, o ministro Luís

Roberto Barroso apresenta, em contraponto, o argumento utilitarista de que há uma prática legislativa “estabelecida no sentido da apreciação das contas anuais do presidente da República em sessões separadas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Essa prática nunca gerou questionamentos porque, na vigência da Constituição de 1988, não houve um único episódio de rejeição das contas presidenciais”. Assim, em que pese reconhecer a inconstitucionalidade, sua decisão busca “sinalizar” que as votações futuras das contas anuais do presidente devem ser feitas em sessão conjunta, ante a clara disposição do Texto Constitucional, não obstante a interpretação divergente do Poder Legislativo. Propõe, assim, uma modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade em processo de mandado de segurança.

Neste ponto, cabe ressaltar que a prática da modulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade, apesar de prevista em lei (art. 27 da lei 9.868/99), mesmo no controle concentrado, encontra sérias dúvidas quanto à sua constitucionalidade⁸, ainda mais quando a técnica é aplicada em uma ação que busca reconhecer direitos concretamente definidos, tal qual na espécie representa o mandado de segurança que, aliás, parece que o STF parece não se dar conta. Aliado a isso, há que se destacar que a modulação temporal dos efeitos apenas pode acontecer pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal, não por decisão monocrática.

Há aqueles que defendem que a técnica da modulação dos efeitos temporais é escudada em uma jurisprudência dos valores, mediante a qual estaria a Corte autorizada a utilizar a ponderação com o conflito dos princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica ou outros valores tu-

264

8. A ADI 2154 e a ADI 2258 foram propostas em face do art. 27 da lei 9868/99. O Min. Sepúlveda Pertence votou pela inconstitucionalidade do referido dispositivo em 2007 e, até o momento, no ano de 2015, não há voto de mais nenhum ministro. A adoção dessa técnica, por exemplo, enfrenta severas críticas da doutrina e não se compatibiliza com o nosso modelo de controle de constitucionalidade adotado, historicamente, desde a Constituição de 1891 que proclama a nulidade dos atos normativos incompatíveis com a Constituição. Há, então, na adoção do referido dispositivo pela referida lei uma afronta a interpretação constitucionalmente adequada de diversos dispositivos constitucionais, a saber: 1. Princípio do Estado Democrático de Direito; 2. Aplicação imediata dos direitos fundamentais; 3. Imutabilidade dos princípios constitucionais no que toca ao processo especial de reforma da Constituição; 4. Sistema ordinário de controle jurisdicional difuso da constitucionalidade (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da lei 9.868/1999. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 177-207; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo. p. 149-154).

telados no caso concreto⁹. Há, na adoção da técnica da ponderação no controle de constitucionalidade, uma problemática consistente em ver que esta problemática desnatura o código binário do direito, além de confundir os discursos de fundamentação e aplicação. (HABERMAS, 2010), (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2016; BACHA E SILVA, 2013; MEYER, 2008, p. 122).

A questão é que a decisão liminar do ministro Luís Barroso, no fundo, esconde uma premissa consequencialista para a não concessão da segurança liminarmente pleiteada pelos impetrantes. Mas, a pergunta é: até que ponto a segurança jurídica e a manutenção de atos praticados por longo período devem sacrificar o edifício constitucional?

Com base em Dworkin, aprendemos que os direitos devem ser levados a sério se queremos instituir uma comunidade de princípios que considere seus membros como coparticipantes livres e iguais no empreendimento público de uma sociedade mais justa, livre e solidária¹⁰. A questão, então, é que o STF deve ter um compromisso com a integridade da Constituição.

Como já dissemos, “saídas por vezes mais ‘fáceis’ não contribuem para a construção do edifício constitucional, especialmente quando se está perante casos complexos. Estes exigem decisões comprometidas com a interpretação principiológica do Direito, na sua melhor luz”¹¹.

A integridade da Constituição exige que se considere a interpretação como uma atividade complexa de envolvimento de padrões morais e políticos, mas que disso não resulta ao intérprete poder para se valer de tal exercício para impor sua concepção de justiça ou, ainda, que se valha de argumentos políticos, de bem-estar geral da comunidade, para desconsiderar a história institucional e os princípios de moralidade política abarcados pelo empreendimento constitucional. (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

9. Sobre a ponderação: ALEXY, 2008. Pela defesa da ponderação na modulação dos efeitos temporais: SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 9-46.

10. “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”. (DWORKIN, 2005, p. 101).

11. CATTONI DE OLIVEIRA; BAHIA; BACHA E SILVA. *Integridade do Direito – Contas presidenciais e devido processo legislativo*. 2015.

Não obstante, o STF teve oportunidade de rever a decisão liminar através da interposição pelos impetrantes de Agravo Regimental no Mandado de Segurança 33.729. Novamente, o STF seguiu a linha pragmatista de considerar que, apesar de ter reconhecido a inconstitucionalidade da prática da análise de contas em separado, apenas “sinalizou”, e “não determinou” para a Câmara dos Deputados em sua decisão liminar, que, no futuro, a prática deveria ser revista.

Uma decisão judicial implica sempre em um sentido performativo, uma realização no mundo prático (AUSTIN, 2014), por isso, que qualquer pedido ao STF deve ser encarado como um chamado a proferir uma decisão. Já criticamos a postura de que “o STF não é órgão consultivo, mas de garantia, de amparo dos direitos e de proteção jurisdicional da Constituição. O STF, diferentemente, por exemplo, do TSE, não possui entre suas competências a de responder a “consultas”; ele é chamado a decidir e o *writ* em questão tem pretensão de provimento declaratório e/ou (des) constitutivo – seja em decisão definitiva, seja em liminar –, donde qualquer decisão que não decida é nula/inexistente. No caso, havia um pedido, certo e claro, a declaração de nulidade ou, ao menos, a anulação das deliberações em separado da Câmara. A mera “opinião” do ministro não opera efeito algum para o Legislativo”¹².

266

O sentido de se conferir a uma decisão judicial mera opinião sem qualquer realização prática dos direitos vinculados no texto constitucional implica em negativa de jurisdição e ofende a integridade do direito. Ou o STF deveria reconhecer a prática anterior do Legislativo como válida, como intérprete autêntico no sentido kelseniano, e, a partir da decisão, determinar que as deliberações devam dar-se conjuntamente pelas duas casas, sob pena de nulidade, ou então declarar a nulidade das deliberações em razão de lesão ao direito do parlamentar garantido pela Constituição – direito que, na verdade, é um direito público, político¹³, e, logo, envolve algo maior do que meros interesses

12. CATTONI DE OLIVEIRA; BAHIA; BACHA E SILVA. Quando para o STF “dizer não é fazer”: uma crítica ao julgamento do Agravo Regimental no MS 33.729. 2015.

13. O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que confere apenas ao parlamentar o direito líquido e certo de participar de um devido processo legislativo (por exemplo: MS 24.667, Pleno, min. Carlos Velloso, DJ de 23 abr. 2004) trata as condições processuais do devido processo legislativo como uma questão quase privada, subjugada ao “direito público subjetivo do parlamentar”, e não como a defesa da própria cidadania, do pluralismo no processo de formação da vontade política, conjugando o livre exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016 p. 32), (CARVALHO NETTO, 1992).

privados de uma pessoa, pois, no caso, tratam da própria realização da Constituição. (CATTONI DE OLIVEIRA; BAHIA; BACHA E SILVA, Quando para o STF “dizer não é fazer”: uma crítica ao julgamento do Agravo Regimental no MS 33.729, 2015).

É necessário que o STF assuma em definitivo a responsabilidade de garantir o devido processo legislativo, das condições democráticas de formação da vontade política, principalmente em questões que afetam o cerne do sistema de governo, como é o caso do julgamento de contas do Executivo pelo Legislativo.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRISE NO DIREITO BRASILEIRO

Em Portugal, a crise econômica de 2008 fez eclodir um movimento de análise e leitura crítica das decisões do Tribunal Constitucional em torno daquilo que se convencionou denominar de “jurisprudência da crise”. Por exemplo, o Acórdão n° 396/2011 permitiu a redução remuneratória salarial entre 3,5% a 10% salarial e o acórdão 353/2012 considerou válida a suspensão do subsídio de férias e de 13º (décimo terceiro) para trabalhadores de funções públicas, aposentados e reformados. Todos os acórdãos se pautaram em supostos argumentos de interesse público, de proporcionalidade de um contexto social que alegadamente justificaria as medidas tomadas que, outrora, seriam consideradas inconstitucionais. (PINHEIRO, 2014, p. 168-189).

267

Procurou-se defender, assim, a tese segundo a qual de que o direito cederia diante dos argumentos econômicos. Direitos individuais, normas constitucionais, cedem lugar para uma concepção instrumental, teleológica de fins pragmáticos. Uma lógica dos valores econômicos sobrepuja a lógica dos valores jurídicos. É o chamado “Estado de exceção econômico” (sic), em que haveria como uma proeminência de Bentham sobre Kant em tempos de crise. (HESPANHA, 2012, p. 9-80).

Assim como em terras portuguesas, o STF parece construir um edifício jurisprudencial em tempos de crise sem se dar conta dos perigos que o afrouxamento de garantias constitucionais representa para a consolidação do projeto democrático.

Talvez ainda mais pernicioso que a jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional de Portugal, o STF aqui vem, desde há tempos, relativizando garantias democráticas, com base em uma concepção autoritária de processo legislativo, ainda herdada da Ditadura Civil-Militar [1964-1985]. Garantias democráticas como, por exemplo, a de se respeitar a tramitação de importante modificação na Constituição, de permitir que os cidadãos se reconheçam coautores e destinatários das normas que eles mesmos se dão, de possibilitar que as normas que vão de fato atingir a esfera jurídica dos cidadãos possam ser debatidas e refletidas pelos partícipes da comunidade política. Enfim, o STF não leva a sério o devido processo legislativo.

Por isso, em verdade, a atual compreensão do STF acerca das garantias democráticas do processo legislativo não é qualquer novidade em nossa jurisdição constitucional. Não há, por assim dizer, uma jurisdição constitucional da crise como uma tendência jurisprudencial de exceção, criada para a solução de problemas específicos.

268

De se concluir, então, que há uma jurisdição constitucional em crise, devido à não compreensão, com a devida profundidade, das garantias democráticas, desde longo período temporal, e não uma jurisdição constitucional da crise.

De novidade, os casos aqui analisados demonstram bem que, aliados à já conhecida crítica das tendências jurisprudenciais do STF, que tratam o processo legislativo como questão quase privada, submetida à livre iniciativa do parlamentar, houve um agravamento da crise da jurisdição constitucional, na medida em que o STF vem adotando uma compreensão constitucionalmente inadequada da extensão e das condições para concessão da garantia do mandado de segurança e, conseqüentemente, bem como da própria missão da jurisdição constitucional na aplicação/efetivação da Constituição.

Ao cabo, se pode enxergar que a crise – ao menos aqui – é deliberadamente provocada pelo sistema econômico e político, insatisfeito com eventual modificação *do status quo*, dos privilégios desde sempre outorgados às elites sociais. O meio mais fácil de corroer a estrutura democrática é, sem dúvida, colonizar o direito por meio de argumentos econômicos neoliberais, pragmáticos e utilitários.

Nunca é demais lembrar que a legitimidade do direito depende de que, efetivamente, para garantir as expectativas de comportamento, estabilizando

uma sociedade complexa e plural, garantir um mínimo de solidariedade, um espaço público democrático em que as redes de interações comunicativas se livrem de coações externas. Ao direito cumpre funcionar como uma integração normativa da sociedade, uma dobradiça entre mundo da vida concreta e existencial e sistema econômico e político. (ROSENFELD, 2003, p. 21).

A erosão do código binário do direito transformando seu caráter deontológico para axiológico permite que se estabeleçam e incidam, parasitariamente, argumentos econômicos nas decisões judiciais que, ao fim, não deixam espaço para a afirmação de direitos individuais tão caros a um projeto democrático. Perde-se, assim, a possibilidade de que os cidadãos exerçam tanto a autonomia pública (participação política nos processos de fundamentação do direito) quanto a autonomia privada (espaço de proteção dedicado aos discursos jurisdicionais de aplicação do direito e afirmação dos discursos de fundamentação).

A prática jurisprudencial do STF também olvida que a própria definição de crise pode ser utilizada como forma de ludibriar a afirmação de direitos. Em primeiro lugar, a origem da palavra crise pode ser remontada ao verbo grego *krinein* que significa separar, distinguir, delimitar. Esse mesmo verbo, por exemplo, é que deu origem à palavra *Kritik* que, em Kant, assume a função de delimitação dos limites. (BENJAMIN, 2013. p. 121). Separar, distinguir, delimitar, em si mesmo, não representa algo que deva ser evitado a todo custo.

Em momento algum, a esfera de delimitação dos limites pode ser visto como algo pernicioso de per si, exceto se, por afecção e intencionalidade dos falantes, pelo sentido performativo da linguagem, a palavra crise assuma o caráter de algo ruim. De outro lado, não se pode esquecer que “vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade”¹⁴.

14. CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) Crises e desafios da Constituição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 281-282.

Ora, assim, é o momento de delimitação, de separação, de distinção de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Mas, o que esperamos que faça o Supremo Tribunal Federal? Delimite o quê? Separe o quê? Distinga o quê?

É esperado da jurisdição constitucional em tempos de crise que separe os atos contrários e aqueles que se coadunam com nosso projeto democrático. É preciso que se delimitem qual a função da Constituição em um Estado Democrático de Direito e que liberdade e igualdade queremos fundar com o projeto iniciado em 1988 e, por fim, se faça a devida distinção entre o que a Constituição exige e o que a Constituição não exige, sem meio termo, sem tergiversações, até mesmo pelo fato de que a construção de uma sociedade livre e democrática passa pela normatividade suficientemente do texto constitucional.

CONCLUSÃO

270

A análise das decisões do STF nos leva a concluir que a jurisdição constitucional em tempos de crise encontra-se cercada de uma racionalidade instrumental-econômica que permite a colonização do direito pelo poder econômico e pela política ideológica. O fio condutor das decisões proferidas pelo STF é uma omissão deliberada na proteção da Constituição e um *laissez faire* político e econômico.

A Constituição, ao invés de espaço de luta pela cidadania, transforma-se em espaço de conciliação de interesses privados, de classe, tudo sob o beneplácito do STF. Em tempos de crise institucional e política é que a sociedade mais espera que o guardião da Constituição exerça efetivamente seu papel e seu compromisso com a garantia do espaço democrático, espaço da cidadania e da pólis.

Quando a jurisdição constitucional silencia e não nos oferece resposta, cabe a quem recorreremos para garantir a manutenção e a continuidade do projeto político constitucional? Há um silêncio eloquente da jurisdição constitucional em tempos de crise que produz sentido de restabelecimento do status quo social, político e econômico.

Não acreditamos, portanto, que o STF tenha estabelecido uma jurisdição constitucional da crise, mas sim que se trata de uma jurisdição constitucional em crise, no momento em que o Tribunal continua não compreen-

dendo adequadamente sua função de garantidor das condições processuais da formação democrática da vontade política.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUSTIN, John L. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 2014.

BACHA E SILVA, Diogo. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

BACHA E SILVA, Diogo _____; BAHIA, Alexandre; CATTONI, Marcelo. Diga-me o que é periculum in mora e te direi que concepção democrática tens. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/mudanca-constituicao-nao-tratadacomato-ordinario>>. Acesso em: 18 set. 2015.

271

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle. Câmara violou a Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas>. Acesso em: 5 out. 2015.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. 2 ed. São Paulo: 34, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Emendas aglutinativas sucessivas favorecem o autoritarismo. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-out-02/thomas-bustamante>. Acesso em: 5 out. 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO_____, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 281-290.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 9.868/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001, p. 177-207.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade_____. Poder, ação e esfera pública em Arendt e em Habermas: A conexão constitutiva entre Direito e Política no Estado Democrático de Direito In: ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. *Constitucionalismo e teoria do Estado: ensaios de História e Teoria Política*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 99-110.

272 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade_____. Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito? Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo – 15 anos depois. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <www.academia.edu/11943575/Devido_Processo_Legislativo._Quais_os_pressupostos_de_legitimidade_da_jurisdic%C3%A7%C3%A3o_constitucional_no_Estado_Democr%C3%A1tico_de_Direito>. Acesso em: 5 out. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade_____; BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo. Integridade do Direito – Contas presidenciais e devido processo legislativo. *Empório do Direito*. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/integridade-do-direito-contas-presidenciais-e-devido-processo-legislativo-por-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira-alexandre-gustavo-melo-franco-bahia-e-diogo-bacha-e-silva>>. Acesso em: 20 set. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade_____; BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo. Quando para o STF “dizer não é fazer”: uma crítica ao julgamento do Agravo Regimental no MS 33.729. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/quando-para-o-stf-dizer-nao-e-fazer-uma-critica-ao-julgamento-do-agravo-regimental-no-ms-33-729-por-diogo-bacha-e-silva-marcelo-cattoni-e-alexandre-bahia>>. Acesso em: 21 set. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade_____. *Devido processo legislativo: uma justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade_____. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 219-250.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. Consultor Jurídico, 30 abr. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 nov. 2014.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adercio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 9-46.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald_____. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2010.

HESPANHA, Antonio M. A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico, *Revista do Ministério Público*, nº 130 (abr.-jun. 2012), p. 9-80.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 7, nº 1, jan.-jun. 2014, p. 168-189.

ROSENFELD, Michel. O direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia. Trad. Cassius Guimarães Chai. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luis, nº 10, p. 9-44, jan.-dez. 2003.

TRINDADE, André Karam; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Momento oportuno: controle do processo legislativo coloca reforma política em dilema. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-jun-25/controlado-processo-legislativo-coloca-reforma-politica-dilema>. Acesso em: 5 out. 2015.

CAPÍTULO III

ENTRE DIREITO E POLÍTICA

O DIREITO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS E O EXEMPLO DE OURO PRETO¹

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA
JÚNIOR ANANIAS CASTRO

INTRODUÇÃO

277

Nos últimos anos, tem-se destacado no Brasil o fenômeno da judicialização da saúde, tendo em vista a inércia do Poder Público em garantir a efetividade desse direito fundamental, principalmente quando se pensa na atuação do Poder Executivo. Esse fenômeno levanta uma série de questões: quais os limites do Judiciário ao intervir para garantir a efetividade desse direito, principalmente se levarmos em consideração que os direitos de cunho prestacional possuem custos financeiros e que o Estado trabalha com recursos limitados, já definidos por suas leis orçamentárias; o questionamento sobre a judicialização como forma de manutenção/aumento de desigualdades econômicas; e qual, enfim, é o papel do Judiciário, entre outras².

1. O texto é uma versão (revisada e atualizada) do que foi publicado na *Revista de Informação Legislativa*, n. 203, jul.-set. 2014, p. 127-141.

2. Sobre as questões apresentadas, tivemos a oportunidade de reunir várias pesquisas e um relatório sobre a judicialização da política, a partir de alguns eixos e de forma mais ampla, na obra: BAHIA, SILVA, NUNES, GOMES. *Processo e constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

Portanto, como racionalizar os orçamentos públicos dos municípios e Estados quando decisões judiciais determinam, a todo o momento, o deslocamento de recursos para atender demandas individuais, algumas extremamente onerosas para o erário, como tratamentos médicos ou o fornecimento de determinados medicamentos?³ A situação é tão mais grave quando se percebe que o maior demandado por tratamentos médicos e medicamentos é justamente aquele ente da Federação com os recursos mais parcos: os municípios. Com a Constituição Federal (CF) foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), descentralizado e de competência comum e concorrente entre os três entes – cujas responsabilidades específicas estão previstas na lei 12.466, de 24 de agosto de 2011, muitas vezes “esquecida” pelo Judiciário (SANTOS, 2013). No entanto, no quesito financiamento, ou a Constituição vem sendo descumprida ou alterada de forma a garantir para a União um “direito ao subfinanciamento”, contrastando com o aumento exponencial de receitas daquele ente no mesmo período. É dizer, a União vem, cada vez mais, arrecadando aqueles tributos sobre os quais não incide obrigação de transferência legal aos demais entes, mas, por outro lado, vem garantindo manter ou, o que é pior, diminuir o quanto gasta com saúde ao longo dos anos⁴.

278

De outro lado, como lidar com o uso do Judiciário por quem já possui planos privados de saúde e pleiteia (pagando um advogado particular ou via Ministério Público) prestações com recursos públicos? Sim, porque esse é um dado pesquisado por muitos e mostra que, por vezes, a judicialização da saúde representa um “plus” no acesso desigual a recursos públicos em razão oposta ao que se espera: que hipossuficientes tenham prioridade no acesso quando quem pode pagar o fizer em planos privados. No Brasil, temos algo como

3. “Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficiente, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais etc.)? Cuida-se, também, neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípua, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão que seja ótimo nesta seara” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 577-578).

4. Sobre isso, ver a pesquisa de Élide G. Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet (2015), além de outro texto sobre o tema de Élide G. Pinto (2015). Ver também os dados trazidos por Francisco Funcia (2015), além da discussão sobre a questão tributária feita por Marciano Godói (2007).

um “Robin Hood às avessas” acontecendo em múltiplos exemplos.⁵ Bernardo Duarte cita uma pesquisa interessante que mostra como,

[quanto] mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios ela gera. Nem a existência de uma estrutura jurídica, nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução nos pleitos em torno dos direitos sociais. (HOFFMANN; BENTES, 2008. *Apud* DUARTE, 2012, p. 254).

O fato de que muitas de tais ações são ajuizadas pelo Ministério Público (MP) não diminui o problema – ao contrário, em alguns casos representa um agravamento, pois além de demandar recursos públicos ao Estado, se valendo da estrutura pública do Judiciário, também se vale da estrutura pública do MP como patrono da causa: dinheiro e tempo públicos do autor e do Estado-juiz a serviço de reivindicação de recursos públicos da saúde a serviço, por vezes, de pessoas que podem arcar, seja com o processo, seja com o tratamento.

Não obstante, apesar de as considerações de políticas orçamentárias serem essenciais na definição das políticas públicas, elas não podem afastar a normatividade do direito fundamental à saúde. Há uma obrigação positiva por parte do Poder Público e quando este se furta em garantir sua realização (a partir, por exemplo, do art. 5º, § 1º da Constituição), tal atitude abre espaço para a intervenção do Judiciário.

Como veremos a seguir, as intervenções do Poder Judiciário são determinantes para a realização do direito à saúde, porém tais intervenções – por meio das decisões judiciais – possuem limites, cujos parâmetros ainda não foram fixados, principalmente quando se trata de municípios de pequeno e médio portes, onde as restrições financeiras e estruturais são ainda maiores.

5. Cf. CRUZ (2007, p. 253), CAMPOS NETO (*et al.*) (2012) e COLLUCCI (2014). Na jurisprudência, destaque para decisões do STJ sobre a legitimidade do MP em ajuizar ações para benefício de pessoas individualizadas quando se tratar de “direito indisponível” como o é a saúde, *e.g.*: “PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ESSENCIAL À SAÚDE DE PESSOA INDIVIDUALIZADA. DIREITO INDISPONÍVEL. ENTENDIMENTO ASSENTADO NA PRIMEIRA TURMA. I – É entendimento assente nesta Eg. Primeira Turma o de que é legítimo o membro do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública em defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. II – Precedentes: REsp nº 822.712/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 17/04/06; REsp nº 819.010/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/06. III – Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg. REsp. n. 874331/SP, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 02.04.2007).

Este trabalho objetiva, ainda, ao final, debater como se dá a concretização do direito à saúde em Ouro Preto, com seus 70.227 habitantes, sendo, portanto um município de médio porte⁶, que possui características capazes de torná-lo padrão para o estudo da efetivação de tal direito em inúmeros outros municípios no país. Pretende-se, por meio deste trabalho, contribuir para os polêmicos debates que giram em torno do direito social à saúde, pautando todo o discurso utilizado aqui numa perspectiva que não trata justiça e eficiência como expressões contraditórias.

UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm aplicação imediata a partir da Constituição, podendo-se afirmar até mesmo que independem da legislação estatal para que tenham efetividade (GORCZEWSKI, 2009, p. 28). Quando tais direitos começaram a ser contemplados pelas Constituições, séculos XVIII e XIX, foi de maneira bastante tímida, refletindo “o pensamento individualista do liberalismo burguês, demarcando uma esfera de autonomia individual e de ausência de intervenção do Estado” (DUARTE, 2011, p. 34), isto é, um *non facere* estatal. Neste rol, encontramos os direitos à liberdade política, de expressão, religiosa, comercial, o direito à vida etc. Esta é a primeira manifestação (ou, por alguns ainda chamada *geração* ou ainda *dimensão*) dos direitos fundamentais. Apesar de restrita aos ideais liberais, consistiu em um grande avanço naquele momento histórico⁷.

Com o passar do tempo percebeu-se que a simples garantia de abstenção do Estado não seria suficiente para garantir condições mínimas de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, surgiram os direitos sociais ou de segunda dimensão – ou melhor, há uma releitura dos antigos direitos de “1ª geração” –, que visam criar para o Estado a obrigação de prestar serviços pú-

6. A classificação do porte do município é definida conforme o tamanho de sua população de acordo com estimativas feitas pelo senso do IBGE. Municípios que têm entre 50.001 a 100 mil habitantes são considerados municípios de médio porte. Dados disponíveis em: <<http://migre.me/riV8b>>.

7. É importante lembrar que o mundo havia acabado de passar pela Revolução Francesa, opondo-se ao Absolutismo, logo a bandeira era por mais liberdade frente ao intervencionismo estatal, além da afirmação histórica e contrafática da igualdade de todos (perante a lei) desde o nascimento, outro dado revolucionário e que, junto com a afirmação também da liberdade inata, constituem um verdadeiro giro copernicano na história do Direito (BAHIA, 2004 e 2014).

blicos essenciais, que preconizam a igualdade material (CANOTILHO, 1993, p. 509)⁸. Incluem-se neste grupo de garantias, dentre outros, os direitos à educação, à moradia, ao trabalho (e suas garantias próprias), à previdência social, ao transporte público, ao lazer e, entre outros mais, o direito à saúde, sendo que este último, na perspectiva do controle judicial, do argumento da reserva do possível e da normatividade dos direitos fundamentais (HOLMES; SUSTEIN, 1999), consiste no objeto deste trabalho. Neste sentido, os “direitos positivos” apresentam-se como um importante instrumento no resgate da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Seguindo tal mudança, nas últimas décadas surgiram os direitos fundamentais de terceira dimensão – ou, como temos insistido, uma releitura paradigmática dos direitos anteriores de liberdade e igualdade –, que visam à proteção dos direitos coletivos e difusos. Enquadram-se nesse grupo os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, ao patrimônio histórico e cultural, à defesa do consumidor etc. Percebe-se que são direitos que, para a sua efetividade, necessitam de um esforço conjunto de toda a coletividade, exigindo, em boa parte dos casos, o empenho de vários países por meio de tratados internacionais (DUARTE, 2011, p. 36)⁹.

Vale ressaltar que a teoria das dimensões dos direitos fundamentais tem sido alvo de inúmeras críticas por passar a falsa ideia de que uma geração de direitos substitui outra, quando, na realidade, o que há é uma complementação entre elas (LIMA, 2003). Pode-se dizer inclusive que inúmeros direitos fundamentais estão presentes nas três dimensões, porém com roupagem diferente, conforme a necessidade do momento histórico vivido pelo homem, o que demonstra tal complementariedade – *ou, mais propriamente, que os direitos de liberdade e igualdade, base para a construção do Direito Moderno, foram direitos*

8. “Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos a não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela constituição) apresentam uma dimensão positiva (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos à prestação (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades, de entidades sociais e também de particulares” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 4).

9. Além dessas três dimensões dos direitos fundamentais já disseminadas pela doutrina pátria, há autores que defendem ainda outras “dimensões” dos direitos fundamentais. Cf. BONAVIDES, 2001, p. 216-229.

lidos e relidos de formas diferentes nos três paradigmas modernos do constitucionalismo, como mostra Menelick de Carvalho Netto (2009).

Mais do que isso, a diferenciação entre direitos individuais, coletivos ou difusos não pode ser colocada nos termos normalmente utilizados por aqueles que trabalham com “gerações ou dimensões” de direitos. É que *a especificação individual, coletiva ou difusa de um direito se dará muito mais na forma de sua reivindicação do que no tipo de direito em si*. Assim, um problema envolvendo direitos do consumidor pode ser tratado de forma individual, coletiva ou difusa, a depender de como tal questão será reivindicada judicial ou extrajudicialmente¹⁰.

Fato é que os direitos mais diretamente relacionados a “prestações do Estado” têm significado um capítulo diferenciado na doutrina e jurisprudência latino-americanas desde o final do século passado.

En la última década, los derechos sociales, a saber, los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, han tenido un creciente protagonismo en los países iberoamericanos, en la doctrina de tratadistas y organismos de derechos humanos, así como también, aunque en menor medida, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Los derechos sociales han adquirido importancia tanto en el discurso político como en la práctica de los movimientos sociales, hasta el punto de obtener un creciente reconocimiento en los estratos judiciales. (ARANGO, 2013, p. 1-2).

Antecipando o que seria essa tendência dos países ibero-americanos anteriormente referida, o poder constituinte brasileiro foi pródigo ao tratar dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (CF/88), trazendo um “conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 4). Ademais, é importante ressaltar que, apesar de certas divergências, predomina o entendimento de que todos os direitos sociais que se encontram na Constituição, não apenas aqueles dispostos no seu Título II, são dotados de fundamentalidade, devendo, portanto, serem prote-

10. Valemo-nos, aqui do que ensina Marcelo Cattoni (2013, p. 196): “propomos compreender a distinção entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos como uma distinção lógico-argumentativa. Ela deve ser considerada do ponto de vista do processo argumentativo de aplicação das normas que lhes consagram. Assim, é possível a utilização dos mais variados meios processuais, quer individuais, quer coletivos, para a garantia jurisdicional desses direitos”.

gidos de eventuais supressões do texto constitucional (por força do art. 60, § 4º, IV, CF/88), além de ter plena eficácia, sendo, portanto, de aplicabilidade direta/imediata (art. 5º, §1º, combinado com o inciso LXXI do próprio art. 5º da CF/88 ao prever a garantia do Mandado de Injunção), e não meramente *programática/limitada*¹¹. Dentre esses direitos, destaca-se o direito social à saúde (arts. 7º e 196 *et seq.*, CF/88).

LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais em geral, possuem a estrutura normativa de princípios¹², sendo que estes comportam a sua materialização legislativa em diferentes níveis (DUARTE, 2011, p. 77). A grande consequência disso é que os direitos fundamentais, em sua aplicação, podem sofrer certas restrições¹³, fazendo com que, a depender do caso concreto, certos

11. Daí ser necessária uma revisão da teoria da “aplicabilidade das normas constitucionais” tal qual disseminada no Brasil por José Afonso da Silva (2012), uma vez que tal teoria, além de dar margem à discricionariedade (afinal, dizer que um dispositivo constitucional é norma de eficácia plena ou limitada varia de acordo com os supostos teóricos de que se partem), deve ser igualmente repensada em função de a Constituição atual prever expressamente que todos os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º); ainda que isso signifique graus diferentes e progressivos de cumprimento, um mínimo de aplicação sempre terá de ser garantido.

12. Como aduz Canotilho (1993, p. 166), na moderna constitucionalística “[...] à riqueza de formas da Constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais”. Acerca da teoria dos princípios, desde uma perspectiva deontológica, ver Ronald Dworkin (2002 e 2003).

13. Muitos autores no Brasil se inspiraram nas ideias de Alexy (*e.g.*, ALEXY, 2008) para construir uma teoria da limitação dos Direitos Fundamentais a partir do “princípio da proporcionalidade”. Entre outros, ver Ingo Sarlet (2003) e Virgílio A. da Silva (2006). Concordamos com Virgílio A. da Silva (2002) que, mesmo tendo se popularizada a expressão “princípio da proporcionalidade” no Brasil, é equivocada tal nomenclatura e que não pode ser compatível com a lógica da teoria de Robert Alexy ou mesmo da doutrina alemã. Falar em um *princípio da proporcionalidade* como metodologia de controle da racionalidade na aplicação de princípios (seja selecionando o princípio de maior peso, seja aplicando parcialmente dois princípios), acabaria por admitir que a própria lógica de aplicação *não* fosse seguida de modo rigoroso, já que, por ser também um princípio, poderia ser gradualmente aplicada. Contudo, se isso acontecesse, teríamos a total perda de suposta racionalidade que o próprio método deveria garantir, tornando-o simplesmente imprestável. Outro ponto também merece uma advertência: no Brasil fala-se por vezes da *proporcionalidade* (surgido na Europa) como sinônimo da *razoabilidade* (desenvolvido a partir da doutrina do *substantive due process* americano). Assim, Slerca (2013) mostra a origem diversa e os possíveis pontos de contato. E Afonso da Silva aponta que há uma confusão fundamental na doutrina constitucional brasileira, muito motivada por uma total preocupação com o rigor terminológico e com a origem histórica dos mesmos conceitos. De toda sorte, ao contrário, que não se há de falar em uma “colisão real” entre direitos, de tal forma que se vá usar “fórmulas de sopesamento” para se estabelecer a “regra” da proporcionalidade. E isso porque direitos apenas aparentemente entram em conflito: este se dá apenas *prima facie*, pois que as particularidades do caso concreto poderão mostrar qual daqueles será adequado ao caso concreto, de tal forma que os princípios, como normas que são, não são aplicados “na maior medida”, e sim, ou são aplicados ou não, já que possuem o código deontológico e não axiológico. Sobre isso, ver: o *Habeas Corpus* n. 82.424 (STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 19.03.2004), no qual se discutiu uma pretensa rivalidade entre os princípios da liberdade de expressão/jornalismo, de um lado, e a vedação ao racismo, de outro; BAHIA (2004), OLIVEIRA (2008) e THEODORO JR. (*et al.*) (2015, p. 45 *et seq.*).

direitos fundamentais tenham aplicação mais adequada que outros ou, ainda, que se possa reconhecer sua existência e eficácia, mas não o alcance pretendido.

Em que pese essa possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, insta ressaltar que todo direito fundamental possui um “conteúdo essencial”¹⁴ que representa um limite às ações dos Poderes. Nesse sentido, o “núcleo essencial” agiria como um limite aos limites dos direitos fundamentais (CAVALCANTI FILHO, 2013, p. 24).

Segundo Virgílio Afonso da Silva, há duas teorias acerca do núcleo essencial: a teoria absoluta e a teoria relativa (SILVA, 2006, p. 22-24). A primeira reza que o núcleo essencial tem natureza absoluta, não podendo ser violado em hipótese alguma, enquanto a segunda trata o núcleo essencial a partir da ideia de *ponderação* no caso concreto. O grande problema desta última teoria é o risco de uma relativização exagerada que torne sem efeito a própria noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁵.

Em linhas gerais, o mínimo essencial dos direitos fundamentais tem o condão de fixar até onde o Poder Público pode ir quando pretende limitar direitos dotados de fundamentalidade, além de vincular a administração de forma positiva quanto à realização daquele direito (DUARTE, 2011, p. 81-82), mesmo quando se traz à baila o argumento da reserva do possível¹⁶. Complementar a isso, a ideia de “mínimo existencial”, diz qual a prestação a que todos os cidadãos têm direito, por igual, em determinado lugar e época: estipulado um direito como obrigação de prestação pelo Estado, este deve ser concebido

284

14. “A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais não é citada expressamente na Constituição brasileira, ao contrário do que se vê, por exemplo, na *Grundgesetz* (Lei fundamental Alemã), cujo art. 19, 2, dispõe que ‘Em nenhum caso pode um direito fundamental ser desrespeitado em seu núcleo essencial’” (CAVALCANTI FILHO, 2013, p. 25); no entanto, há de se reconhecer a existência de um mínimo que define cada direito e que deve ser densificado pelo Legislativo.

15. Ver também: ANGELUCCI (2015).

16. “A expressão ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*). [...] não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável. [...] a ideia de reserva do possível para o Tribunal Federal Alemão não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, conseqüentemente, da sociedade. Caberia, então, à sociedade determinar a razoabilidade ou não da pretensão. [...]” (APEAM, 2012, p. 2- 4), enquanto no Brasil a expressão virou sinônimo daquilo que é financeiramente possível.

de modo que, ainda que sua realização plena não esteja disponível num primeiro momento, alguma prestação mínima deverá ser garantida a todos, projetando-se um aumento ao longo do tempo. Como norma “programática”, o Estado deve se esforçar para garantir um aumento progressivo ou, pelo menos, que não haja “retrocessos”. Tais ideias são basilares quando se trata do direito à saúde, que implica em gastos que o Estado normalmente não pode suportar, mas que devem ser consideradas ao lado da “reserva do possível”.

Levando em consideração o objeto deste artigo, os limites do Judiciário ao intervir para garantir a efetividade do direito à saúde, é necessário questionar qual o núcleo essencial do direito social à saúde, uma vez que, quando desrespeitado tal núcleo pela administração pública, o Judiciário poderá intervir em políticas públicas¹⁷.

Luciana Gaspar Melquíades (2011, p. 160-161), por exemplo, defende que o núcleo essencial do direito à saúde é a preservação do direito à vida (“demandas de saúde de primeira necessidade”)¹⁸, partindo da premissa de que a garantia do direito à vida seria o pressuposto lógico para a fruição de todas as manifestações do direito à saúde, considerando-se este como a segunda dimensão do direito à vida¹⁹.

285

Esse tem sido o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, no Agravo Regimental em Agravo no Recurso Extraordinário nº 685.230/MS. Nessa ocasião, foi submetido à apreciação do STF um pedido de fornecimento de medicamentos a paciente com *diabetes melitus* ante a recusa do Estado do Mato Grosso do Sul em fornecê-los. Segundo o Relator, o ministro Celso de Mello:

O direito à saúde – *além* de qualificar-se como direito fundamental que assiste a *todas* as pessoas – *representa* consequência constitucional *indissociável* do direito à vida. O Poder Público, *qualquer* que seja a esfera institucional de sua atuação

17. “[...] o direito à saúde existirá em caráter definitivo e permitirá, portanto, a ingerência judicial ante a omissão do Poder Público” (DUARTE, 2011, p. 156).

18. Para a autora, são *demandas de saúde de primeira necessidade* todas aquelas prestações que se podem esperar do Estado e que são indispensáveis para a manutenção da vida. Já *demandas de saúde de segunda necessidade* são todas aquelas que promovem o bem-estar, mas que não são indispensáveis para a garantia do direito de fruição da vida (MELQUÍADES, 2011, p.167-169).

19. Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Ana Paula Costa Barcellos (2006, p. 49), Orlando Soares Moreira e Elio Sgreccia (1988, p. 159).

no plano da organização federativa brasileira, *não pode mostrar-se indiferente* ao problema da saúde da população, *sob pena* de incidir, ainda que por *censurável* omissão, em *grave* comportamento inconstitucional. (STF, ARE. n. 685.230/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe. 10.12.2012. (Grifos nossos).

Como salientado no início deste trabalho, não é possível fugir das limitações fáticas (reserva do possível) e jurídicas ao se efetivar os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde. A escassez de recursos que a administração pública dispõe para implementar suas políticas é algo constantemente lembrado pelos defensores da análise estritamente econômica do direito (TIMM, 2008). Em todo momento, os representantes do Poder Público encontram-se em posição de fazer “escolhas trágicas” devido a essa limitação de recursos. Obviamente, esse ainda é um ponto bastante controverso, havendo dissonância não só na doutrina, mas também em nossos tribunais. A principal bandeira levantada por aqueles que não concordam com a ideia de que, em certos casos, a prestação à saúde deve prevalecer independente de seu custo, é o argumento da reserva do possível, abalizado pelo princípio da separação dos poderes.

286

Recentemente, o STF teve oportunidade de discutir sobre a aplicabilidade imediata dos direitos sociais e os limites de aplicação das cláusulas de “reserva do possível” e “separação de poderes” (decisão com repercussão geral).

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (STF, RE. n. 592.581/RS, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski j. 13.08.2015).

O que se está discutindo na decisão mencionada é justamente a possibilidade do Judiciário tratar dos direitos fundamentais como obrigação imediata e o que isso significa em termos de alcance, tendo em vista limites orçamentários ou a separação de poderes.

Intricado problema surge quando há conflito entre demandas de saúde de primeira necessidade de um único indivíduo e demandas de saúde de primeira necessidade de uma coletividade. Sabe-se que a reserva do possível não fala apenas da limitação de recursos, mas também do fato de que há um orçamento (que é finito) e que a obtenção de um remédio por um pode inviabilizar que outras centenas tenham acesso a tratamentos indispensáveis à manutenção de suas vidas. Isso também viola o direito à saúde (e à vida) desses outros. O ideal seria que a administração pública disponibilizasse recursos suficientes para salvar todas as vidas; todavia, sabe-se que isso dificilmente seria viável. Portanto, em situações limite como esta, o Judiciário deve no “caso a caso” verificar as condições fáticas e jurídicas, abalizado pelos princípios do “mínimo existencial” e da “vedação do retrocesso” para, de acordo com as questões e teses postas no caso – mediante amplo contraditório –, verificar qual direito é adequando.

287

É preciso também retomar duas questões que estão presentes em decisões que tratam da judicialização de direitos sociais e devem ser lembradas: a) a diferença entre “pretensões *prima facie* legítimas” a direito e seu uso abusivo;²⁰ e b) a questão da “progressividade” de direitos sociais, econômicos e culturais nem sempre associáveis a prestações imediatas e correlatas por parte do Estado (pelo menos no que tange a entender que possuir tais direitos daria ao titular direito a “qualquer grau” de prestação que esteja acima do *limite do possível*).

O problema quanto ao *fornecimento de medicamentos* foi tratado nas decisões monocráticas dadas nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175 e 178 e também a 244²¹. Houve Audiência Pública no STF para fornecer ao

20. Como já discutido, nem sempre pretensões válidas *prima facie* são adequadas ao caso concreto. Nesse sentido, por todos, cf. Menelick de Carvalho Netto (2010).

21. Respectivamente: STA 175 (e STA 178) e STF, decisão monocrática. Min. Gilmar Mendes, j. 18.09/2009 e *Revista Forense*, vol. 106, n. 407, 2010, p. 385-394. Posteriormente o CNJ tratou de dar efeitos *erga omnes* ao entendimento do STF publicando a Recomendação 31, de 30.03.2010 (*DJe*. 07.04.2010). Ver também: NUNES; BAHIA (2010).

Tribunal melhores elementos para a decisão. Como conclusão da audiência, o ministro Gilmar Mendes (presidente do STF à época) proferiu as decisões monocráticas mencionadas, com a pretensão nuclear de distinguir o cenário de falta da política pública em face dos casos de má qualidade de execução de política pública já existente. Em tais julgados, fixou-se que, caso fosse verificado que o SUS contemplava políticas públicas referentes ao que fora pleiteado, a questão se resumiria na omissão ou má prestação pública, de modo que não caberia a arguição de interferência judicial quanto à *discricionariedade* da Administração Pública. Por outro lado, caso o pleito judicial envolvesse a prestação de ações e serviços públicos de saúde não inseridos entre as políticas do SUS, o Judiciário deveria avaliar se tal fato “decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação” (o que pode acontecer, *e.g.*, quando certo remédio pleiteado não é reconhecido pela ANVISA). Nesse segundo ponto, deve-se considerar a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS²². De igual sorte, o ministro Gilmar Mendes se refere ainda à solidariedade entre os entes na prestação da saúde:

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada ní-

22. A decisão vai além das questões postas na ADPF 45, na qual o ministro Celso de Mello colocou como parâmetros para a intervenção judicial em questões “políticas” a análise da “reserva do possível”, do “mínimo existencial” e do “princípio da proporcionalidade” (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.2004). O precedente do ministro Gilmar Mendes começa a perceber a necessidade de se “processualizar” a saúde, uma vez que exige a “discussão das nuances do caso” numa estrutura processual-constitucional: “Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde” (Revista Forense, vol. 106, n. 407, 2010, p. 385-394). Ver também: TJMG, 6.ª Câmara Cív. ApCív 1.0384.12.002474-8/002, Rel. Des. Edilson Fernandes, Djf. 10.02.2013.

vel de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade (STF, AgR. STA. n 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe. 30.04.2010).

Não se deve ignorar que todos os cidadãos tenham igual direito à saúde. No entanto, mais do que nunca, há que se construir, com clareza, a diferença entre ser detentor de um direito e as obrigações que dele advêm, pois, como mostra Canotilho (2008, p. 97), quando se trata de direitos prestacionais, da afirmação de um direito não decorre necessária e diretamente um dever do Estado. Há que se atentar para a particularidade de sua constituição a fim de se evitar o que o jurista português percebe como uma confusão entre “direitos sociais e políticos” e “políticas públicas de direitos sociais”. Quando o Judiciário tenta tornar *reais* os direitos sociais promovendo políticas públicas, mergulha em *nebulosas normativas*, uma vez que, como dito, esses direitos, diferentemente dos direitos individuais, nem sempre implicam uma prestação correlata pelo Estado²³.

A ASSISTÊNCIA À SAÚDE EM OURO PRETO

289

O Sistema Único de Saúde (SUS) em Ouro Preto (MG) está estruturado no modelo assistencial Saúde da Família (PSF)²⁴, que consiste na distribuição

23. Questionado sobre o “ativismo judicial” referido, a decisões sobre direitos sociais, Canotilho (2011) afirmou: “Entendo que a política é feita por cidadãos que questionam, criticam e apontam problemas. Os juízes nunca fizeram revoluções. Eles aprofundaram aplicações de princípios, contribuíram para a estabilidade do Estado de Direito, da ordem democrática, [...]. E, portanto, pedir ao Judiciário que exerça alguma função de ordem econômica, cultural, social, e assim por diante, é pedir ao órgão que exerça uma função para a qual não está funcionalmente adequado [...]. O Judiciário precisa enxergar o seu papel nessa questão. Ele pode ter uma participação, mas tem que complementar, e não ser protagonista. Até porque, quando determina a entrega de um medicamento a um cidadão, ele não está resolvendo o problema da saúde. Ele não tem o poder, a incumbência e não é o mais apropriado para a solução das políticas públicas sociais. Os que são responsáveis são os órgãos com responsabilidade política dos serviços de saúde, desde o Legislativo ao Executivo”.

24. “A Saúde da Família é entendida como uma estratégia de reorientação do modelo assistencial, operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde. Estas equipes são responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias, localizadas em uma área geográfica delimitada. As equipes atuam com ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes, e na manutenção da saúde desta comunidade. A responsabilidade pelo acompanhamento das famílias coloca para as equipes da Saúde da Família a necessidade de ultrapassar os limites classicamente definidos para a atenção básica no Brasil, especialmente no contexto do SUS. A estratégia de Saúde da Família é um projeto dinamizador do SUS, condicionado pela evolução histórica e organização do sistema de saúde no Brasil. A velocidade de expansão da Saúde da Família comprova a adesão de gestores estaduais e municipais aos seus princípios. Iniciado em 1994, apresentou um crescimento expressivo nos últimos anos. A consolidação dessa estratégia precisa, entretanto, ser sustentada por um processo que permita a real substituição

de equipes responsáveis pelo acompanhamento de um determinado número de famílias em regiões estrategicamente divididas. O número de pessoas sob a responsabilidade de cada equipe varia entre 2,4 mil e 4 mil usuários, sendo que cada uma delas é composta por, no mínimo, um médico, um enfermeiro, um técnico em enfermagem e um agente comunitário de saúde para cada 150 famílias. O município de Ouro Preto conta com nove equipes de saúde na sede do município e dez equipes nos seus 13 Distritos²⁵, com cobertura de 100% da população (OLIVEIRA; LANA, 2013)²⁶.

O programa de assistência Saúde da Família tem-se mostrado de grande utilidade, uma vez que tem propiciado um uso mais efetivo dos demais modelos de assistência à saúde no Município, pois resolve aqueles casos de menor gravidade sem que o paciente tenha que procurar a Unidade de Pronto Atendimento (UPA) ou o Hospital da Santa Casa de Misericórdia²⁷. Além disso, atua na prevenção de inúmeras doenças, o que pode ser entendido como uma forma de racionalizar os investimentos na saúde tornando-a mais efetiva e acessível.

290 Contudo, em que pese a cobertura dos PSFs em Ouro Preto, superar a média nacional (96,7%), a falta de infraestrutura delas ainda é uma constante. Segundo a médica de família e comunidade Mirian Santana Barbosa (2013), a infraestrutura da Unidade do Programa de Saúde da Família Andorinhas, Morro Santana (Ouro Preto, MG), é:

[...] inadequada e pequena, e a equipe diariamente lida com o problema de falta de salas para os profissionais. São três consultórios médicos, uma sala de enfer-

da rede básica de serviços tradicionais no âmbito dos municípios e pela capacidade de produção de resultados positivos nos indicadores de saúde e de qualidade de vida da população assistida.” Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/atencaobasica.php#saudedafamilia>>.

25. Dados disponíveis em: <www.ouropreto.mg.gov.br/veja/12/25/guia-do-usuario-do-sistema-unico-de-saude-sus>.

26. Segundo dados do Ministério da Saúde, a cobertura dos programas da Saúde da Família (PSFs) no Brasil hoje é de 96,7%, beneficiando 193,2 milhões de pessoas, em 5.297 municípios, por meio de 257.265 (2012) agentes comunitários de saúde, que atuam nas 33.404 equipes do programa. Dados disponíveis em: <www.brasil.gov.br/saude/2013/01/saude-da-familia-sera-ampliado-em-16-estados>.

27. Os atendimentos médicos em Ouro Preto “[...] do nível secundário ocorrem na Policlínica e nos ambulatórios da UFOP, que atuam em parceria com a prefeitura. Há ainda uma Unidade de Pronto Atendimento, o Centro Viva Vida (em Itabirito) que referencia pacientes de alto risco do Hiperdia e pré-natal, e o Hospital Santa Casa de Misericórdia, que possui convênio para serviços de obstetrícia, cirurgia e leitos de internação e CTI. Exames complementares são realizados por um laboratório municipal, mas a grande parte por conveniados. Há um Conselho Municipal de Saúde com composição padrão, que se reúne quinzenalmente para discutir e encaminhar demandas locais” (Barbosa, 2013).

magem, uma sala de vacina, uma sala de curativos, um expurgo e uma copa. As paredes de toda estrutura estão mofadas, algumas macas estão quebradas, os armários estão em estado ruim de conservação, as salas não têm lavatórios, não há sala de reuniões ou espaço para grupos operativos e capacitações, a sala de espera é desconfortável e pequena, não comportando o número suficiente de pacientes. (BARBOSA, 2013).

Não bastassem os problemas estruturais, que são recorrentes em outras Unidades do Programa de Saúde da Família, principalmente nos distritos do município, há ainda a questão do acesso a medicamentos e tratamentos médicos que muitas vezes são recusados pela Administração Pública local, sob a justificativa de que a sua prestação comprometeria o seu orçamento (argumento da reserva do possível). Nesse sentido, vale a pena trazer alguns dados acerca do tema, obtidos por meio de interessante pesquisa empírica realizada a partir da análise documental dos ofícios emitidos pelo Ministério Público de Minas Gerais e as respectivas respostas da Secretaria Municipal de Saúde de Ouro Preto (SMS-OP) entre os anos de 2010 e 2011:

291

Foi realizada uma pesquisa documental, com abordagem metodológica qualitativa. Foram analisados ofícios emitidos pelo Ministério Público [...] e as respostas emitidas pela Secretaria Municipal de Saúde de Ouro Preto – SMS-OP, referentes aos fornecimentos de medicamentos durante os anos de 2010 e 2011. No período estudado, foram analisados 116 ofícios emitidos pelo Ministério Público de Ouro Preto, relativos a 71 pacientes [...]. Foram solicitados 23 itens diferentes de medicamentos, dos quais 13 (56,5%) não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS. A porcentagem de ofícios que foi encaminhado ao Programa Complementar de Medicamentos foi de 50,4% [...]. Dos itens fornecidos regularmente pelo SUS (29,4% do total de itens), 29 (20,3%) pertenciam ao Programa de Medicamentos de Alto Custo. [...] Observa-se que o atraso no recebimento do medicamento solicitado foi a maior causa de envio de ofícios à SMS-OP. Foi verificado que, dos 34 ofícios relacionados ao atraso na entrega de medicamentos, 38,2% estavam ligados a problemas licitatórios, o que reforça a ideia de Gandin *et al.* (2008) na qual, muitas vezes,

os recursos orçamentários até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinados insumos. Quanto ao deferimento dos produtos solicitados, 53,4% dos pedidos foram atendidos positivamente, 24,6% ficaram pendentes, uma vez que estavam em processo de análise pelas comissões responsáveis pelo seu deferimento, 16,1% foram indeferidos e 5,9% se relacionavam à assistência farmacêutica, mas não necessitavam de deferimento [...]. No que se refere às patologias apresentadas nos documentos analisados, pode-se perceber que as do sistema nervoso (14,7%) são a de maior representatividade [...] Em seguida, encontram-se as doenças músculo/esqueléticas (12,1%), seguidas de neoplasias (7,76%), cardiovascular (6,03%) e doenças que envolvem os olhos (6,03%) (ARAÚJO, 2011, p. 25-34).

292

Diante dos dados expostos, percebe-se, em primeiro lugar, o importante papel desempenhado pelo Ministério Público (MP) na efetivação do direito à saúde no município de Ouro Preto, seja por meio de encaminhamento de ofícios à Secretaria Municipal de Saúde, seja pela via judicial, quando tais ofícios não são atendidos. Uma parcela significativa da população ouro-pretana certamente não teria condições de ingressar com ações autônomas no Judiciário para requerer tratamentos médicos por serem pessoas, em geral, de baixa renda e pouca escolaridade; portanto, sem muitos recursos para demandar – somado a isso vale lembrar que não há Defensoria Pública no município. Em vista disso, o MP desempenha em Ouro Preto um importante papel social ao contribuir para a democratização do acesso à saúde no município²⁸. Cabe ressaltar também a importante atuação desempenhada pela Defensoria Pública e pelo Núcleo de Práticas Jurídicas do curso de Direito da UFOP na efetivação de tal direito no município que, contudo, mostra-se insuficiente.

28. O uso de Ações Cíveis Públicas, principalmente por outros legitimados além do Ministério Público, pode ser um meio de se contornar um dos problemas da judicialização, que é o fato de que ela acaba reproduzindo/reforçando desigualdades de renda e de acesso à justiça: por vezes, quem possui plano privado de saúde e ainda pode pagar por um advogado particular se beneficia de recursos públicos – e escassos – da saúde em detrimento dos que não têm/não podem. A questão, no entanto, é mais complexa e sobre isso tratamos na Introdução do presente trabalho.

Em segundo lugar, salta aos olhos o fato de que o principal motivo do encaminhamento de ofícios à Secretaria Municipal de Saúde de Ouro Preto (SMS-OP) seja o atraso no fornecimento dos medicamentos devido a problemas licitatórios. Tal fato demonstra a falta de organização do Município na implementação de suas políticas públicas, o que é algo mais indefensável ainda que o argumento da “reserva do possível”, pois no caso os recursos existem, porém não estão sendo utilizados – ou, por outro lado, revela que o problema maior seria de gerenciamento eficiente (e não de falta propriamente) de recursos. Por último, outro dado que merece ser colocado em evidência é o grande número de pedidos que foram indeferidos (16,1%), tendo, portanto, grandes chances de se transformarem em demandas judiciais quando poderiam ter sido resolvidos administrativamente.

Em 2008, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁹ julgou a Apelação Cível nº 1.0461.04.014806-0/001, ajuizada em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face do município de Ouro Preto, devido à recusa deste em realizar as cirurgias de prostectomia e colecistectomia em três pacientes, cuja necessidade se encontrava atestada em receituário médico subscrito por agente público municipal. Em sua defesa, o município alegou que “a sentença violaria os procedimentos administrativos e a discricionariedade administrativa do município para a gestão dos limitados recursos destinados às despesas daquele ente público”. Os desembargadores decidiram por negar provimento ao recurso, uma vez que o demandado não se desincumbiu do ônus de provar que as moléstias sofridas pelos pacientes poderiam ser tratadas de maneira eficaz por outros meios, não havendo, portanto, violação da cláusula da reserva do possível³⁰.

293

29. Foram pesquisadas decisões no *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) entre 2007 e 2015 que tratassem de prestações à saúde que tivessem como ré a prefeitura de Ouro Preto. Os argumentos de busca foram: ouro e preto e saúde e medicamento. Foram encontradas mais de 100 inserções e selecionadas as decisões que atendessem ao critério de tratar da judicialização da saúde – e excluídas decisões, por exemplo, envolvendo jurisdição criminal. A exposição aqui dos dados é meramente exemplificativa do conjunto pesquisado, sendo certo que, além de decisões favoráveis aqui mencionadas, há outras que denegaram os pedidos de prestação à saúde.

30. “CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FUNDAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 129, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – LEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ – RECEITUÁRIO – AGENTE PÚBLICO – PROCEDÊNCIA – ART. 333, INC. I, DO CPC. 1 – Em ação civil pública proposta contra o município, a condenação desta entidade à realização de cirurgia, cuja necessidade se encontra atestada em receituário médico

No mesmo sentido, o TJMG decidiu o Agravo de Instrumento n. 1.0461.11.004841-4/001, proposto pelo Ministério Público em face do Estado de Minas Gerais e do município de Ouro Preto, pleiteando o fornecimento do medicamento Fumarato de Quetiapina para paciente acometido de mal de Alzheimer. A juíza da 2º Vara Cível da Comarca de Ouro Preto havia condenado o município a fornecer o fármaco no prazo de dez dias, tendo este ingressado com recurso alegando a impossibilidade de se pleitear ao mesmo tempo o referido medicamento em face da municipalidade e do Estado, o que poderia gerar gastos desnecessários. Além disso, a decisão proferida em primeiro grau feriria o princípio da separação dos poderes. Os desembargadores, por maioria, negaram provimento ao recurso, ressaltando a Relatora do acórdão, Desembargadora Heloisa Combat:

Não se ignora que, no que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do município é conjunta e solidária com a dos Estados e da União [...]. Ademais, o Sistema Único de Saúde é uma instituição descentralizada, não se podendo estabelecer, para sua atuação, núcleos com competências diferenciadas nos diversos entes federativos, sob pena de obstar a concretização do direito à saúde, mormente nos casos de urgência. É dizer, o Sistema Único de Saúde, tendo em vista o seu caráter de descentralização, torna solidária a responsabilidade pela saúde, alcançando a União, os Estados e os municípios³¹.

294

subscrito por agente público, deve prevalecer nos termos em que pleiteada, se o requerido não se desincumbiu de demonstrar que a doença dos pacientes poderia ser eficazmente tratada com outra espécie de medida ou que o atendimento incumbia ao SUS/Estadual [...]” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0461.04.014806-0/001, 8ª Câmara Cív., Rel. Des. Edgard Penna Amorim, DJ. 12.11.2008). Contra essa decisão foi oposto o Recurso Especial n. 1.285.129 em janeiro de 2009. Esse recurso ficou concluso para o Relator até 2013, quando foi redistribuído a novo Relator e, até agosto de 2015, permanece “concluso ao Min. Relator”, Sérgio Kukina, da 1ª Turma.

31. “AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDICAMENTO – COMARCA DE OURO PRETO – MAL DE ALZHEIMER – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – GRAVIDADE DA DOENÇA E NECESSIDADE DO FÁRMACO – DEFERIMENTO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DO MUNICÍPIO – MANTIDA A DECISÃO. Para a concessão da tutela antecipada devem restar presentes os requisitos do art. 273 do CPC, quais sejam: o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança das alegações da paciente. Comprovada a gravidade da moléstia (mal de Alzheimer) e a imprescindibilidade do medicamento prescrito, único antipsicótico que está controlando satisfatoriamente a agitação psicomotora do paciente. Solidariedade entre os entes da federação para efetivação do direito à saúde, podendo a parte necessitada direcionar o pleito a quem melhor lhe convier. Recurso não provido” (TJMG, Agravo de Instrumento n. 1.0461.11.004841-4/001, 4ª Câmara Cív., Rel. p/ acórdão, Des. Heloisa Combat, DJ. 13/07/2012). Não houve mais recursos contra essa decisão.

Sendo a competência concorrente e comum quanto à saúde, vários Tribunais consideraram se tratar de uma responsabilidade solidária, razão pela qual a parte pode ou não ajuizar a ação contra mais de um dos entes da Federação, pois que, então, o litisconsórcio seria facultativo. Esse entendimento foi repetido pelo TJMG em outra causa envolvendo o município de Ouro Preto, de agosto de 2015:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. MULTA. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO PATAMAR FIXADO. PRAZO PARA CUMPRIMENTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. I. A **saúde** consiste em um bem essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, enquadrando-se como um dos direitos fundamentais do cidadão. II. O art. 23, II, da CF/88 é taxativo quanto à responsabilidade solidária dos entes federados, justamente como forma de facilitar o acesso aos serviços, ampliando os meios do administrado exigir que o Poder Público torne efetivo o direito social à **saúde**, estabelecido como direito fundamental, conforme art. 6º da Carta Magna. III. Descabe o litisconsórcio passivo necessário nos feitos que envolvam o fornecimento de **medicamentos**/insumos e a realização de procedimentos cirúrgicos, porquanto a aplicação do disposto no art. 47, do CPC, somente se justifica nas hipóteses em que o juiz tenha de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, por disposição de lei ou considerando a natureza da relação jurídica, não sendo este o caso dos autos. IV. A fixação de multa diária tem por objetivo assegurar o cumprimento da obrigação imposta. Visa-se não o seu pagamento, mas sim o cumprimento da determinação judicial, devendo tal imposição pecuniária guardar relação direta de proporcionalidade e razoabilidade com a natureza da obrigação a ser cumprida (TJMG, Agravo de Instrumento n. 1.0461.15.001501-8/001, 7ª Câmara Cív. Rel. Des. Washington Ferreira, DJ. 24.08.2015)³². (Grifos nossos).

32. Em sentido similar ver: TJMG, Reexame Necessário n. 1.0461.09.060006-9/001, 6ª Câmara Cív., Rel. Des. Audebert Delage, DJ. 19.12.2014.

Sobre a obrigação do município de prover leitos de hospital, vale registrar essa decisão do TJMG que condenou o ente público a prover a prestação pleiteada conforme o voto do Relator, Desembargador Audebert Delage:

Trata-se de *apelação interposta pelo município de Ouro Preto contra a sentença [...], a qual, em autos de ação civil pública apresentada pelo Ministério [...], julgou procedente o pedido inicial, para condenar o réu a efetuar a transferência, a intervenção cirúrgica e o tratamento médico de que necessita o paciente [...]. Nas razões recursais [...], o apelante [...] alega que não possui orçamento aprovado para o tratamento requerido na inicial. Invoca a aplicação do princípio da separação de poderes.* O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil que visa atender a pessoa certa e determinada na defesa de direito indisponível, sem restringir tal atuação aos casos de interesse de menor e de idoso. [...] Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, tem-se que o Sistema Único de Saúde está alicerçado no princípio da cogestão, pela participação simultânea dos entes estatais dos três níveis, devendo os serviços públicos de saúde integrarem rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, cabendo ao município e ao Estado em seu âmbito de atuação garantir a todos o direito à saúde. A União, através do Sistema Único de Saúde, descentralizou tais serviços, transferindo recursos para os Estados e municípios, responsáveis pela concessão de assistências médicas e hospitalares, de acordo com o art. 198, I, da Constituição Federal. Portanto, resta patente a legitimidade do município de Ouro Preto para custear o tratamento médico pleiteado na inicial. [...] 2º – Do Mérito. [...] José Maria Ribeiro, o qual necessita de imediata transferência para um hospital em Belo Horizonte, com o objetivo de tratar de um hematoma subdural temporoparieto-occipital à direita com desvio de linha média [...]. *Trata-se, pois, de direito indisponível, assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 196 [...]. Logo, o pedido formulado consiste em medida protetiva à saúde, fundando-se em normas e direitos fundamentais de eficácia imediata, resguardados e assegurados na Constituição Federal, motivo pelo qual não vejo como eximir a Administração de responsabilidade, no sentido de custear o tratamento médico pleiteado. O apelante, como gestor do SUS, possui responsabilidade em fornecer o tratamento necessário para garantia da saúde. Assim, resta patente seu encargo, diante da conduta*

omissiva praticada, a violar o direito daqueles que necessitam do tratamento de saúde. Não pode a lei ou outras espécies normativas, ao disciplinar a questão, restringir o gozo do direito fundamental constitucionalmente assegurado. Se o constituinte não o fez, não cabe ao legislador infraconstitucional assim proceder. Conforme o relatório médico [...], o paciente [...] necessita de imediata transferência para um hospital em Belo Horizonte, com o objetivo de tratar de um hematoma subdural temporoparieto-occipital à direita com desvio de linha média. Logo, tem-se que o autor cumpriu o ônus de comprovar o direito alegado [...]. Por se tratar de defesa do direito à saúde, não deve prevalecer a aplicação do princípio da *reserva do possível*, sob pena de privilegiar a questão financeira em detrimento de direito constitucionalmente assegurado. Em julgamento de casos semelhantes, menciono o seguinte precedente da jurisprudência deste Tribunal de Justiça: “REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – ADMINISTRATIVO – SAÚDE DOS CIDADÃOS NECESSITADOS – GARANTIA CONSTITUCIONAL – DEVER DO ESTADO – RELATÓRIO MÉDICO CONCLUSIVO – DIREITO RESGUARDADO – MULTA POR DESCUMPRIMENTO – POSSIBILIDADE – SENTENÇA CONFIRMADA. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e municípios, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo (princípio da cogestão), reconhece-se, em função da solidariedade, a legitimidade de quaisquer deles para figurar no polo passivo da demanda. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, constituindo violação da ordem constitucional vigente a negativa de cirurgia para o tratamento de paciente necessitada. Conforme precedentes do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, a multa por descumprimento de decisão judicial pode ser imposta em desfavor do Poder Público” (Apelação Cível nº 1.0142.13.001634-8/001, relator o Desembargador Edilson Fernandes, DJ de 27/05/2014). Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e, em reexame necessário, CONFIRMO A SENTENÇA, prejudicado o recurso voluntário (TJMG, Ap. Cív./Reex. Necess. n. 1.0461.13.006165-2/003, 6ª Câm. Cív., Rel. Des.(a) Audebert Delage, DJ. 10.11.2014. (Grifos nossos).

Tais decisões consistem em importantes precedentes em relação às demandas relacionadas à área da saúde em Ouro Preto, pois servem para amadurecer as discussões a respeito da efetivação do direito à saúde no município.

Nas referidas ações, foram levantados pela Administração Pública a cláusula da reserva do possível, o princípio da separação dos poderes, dentre outros argumentos; contudo, o tribunal priorizou a preservação do direito à vida, uma vez que os entes públicos envolvidos em geral foram incapazes de provar a existência de alternativas viáveis para atender as demandas dos pacientes e o tribunal partiu da presunção de que o direito à saúde pleiteado gerava uma obrigação direta/imediata para aquele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

298 Este artigo teve como objetivo principal realizar uma breve análise do fenômeno da judicialização das políticas públicas referentes à saúde. O Brasil tem passado por um momento de crescimento do Judiciário em que a resolução de inúmeros conflitos sociais e econômicos, que antes cabiam estritamente à esfera política, estão sendo entregues aos juízes, tendo em vista a falta de ação do Poder Público em garantir a efetividade de inúmeros direitos, com destaque para o direito social à saúde³³. Sabe-se que a administração pública lida com recursos escassos, previamente definidos em suas leis orçamentárias; portanto, decisões judiciais que condenam os entes da administração direta a arcar com tratamentos médicos de alto custo podem levar a um desequilíbrio nas contas do erário, pois, em muitas ocasiões, recursos previamente estabelecidos para serem aplicados em determinados setores precisam ser realocados para atender decisões judiciais. Isso é ainda pior quando se constata casos nos quais a desigualdade de renda é reforçada por ações postuladas por quem possui melhores condições, levando à falta de recursos públicos dos que não têm.

Ficou evidenciado que quando o Judiciário for provocado para intervir nas decisões da administração pública é indispensável, quando tal intervenção ocorrer, a análise fática e jurídica da situação para que possa ser tomada a decisão menos onerosa e com os melhores resultados. Outro elemento que serve

33. “[...] pode-se perceber claramente uma nítida tendência das sociedades contemporâneas à juridicização, em um momento em que cada vez mais a resolução de conflitos se transfere ao judiciário, com a diminuição do espaço do judiciário [...] em sociedades claramente confrontadas com cada vez mais conflitos na esfera econômica e social, e também conflitos respeitantes às visões particulares de mundo, a ausência de canais democráticos de expressão das diferenças implica na supervalorização do jurídico como meio de organização das relações sociais e de solução de conflitos. (KOZICKI, 2012, p. 78).

para balizar a intervenção do Judiciário nas políticas públicas que envolvem direitos fundamentais é o respeito ao núcleo essencial de tais direitos.

Por fim, ressalte-se que a atuação do Judiciário e do Ministério Público tem sido crucial na efetivação do direito à saúde, atuação esta que deve ser mantida. Contudo, é importante deixar claro que um Estado que se pretende verdadeiramente democrático de direito, como é o caso do Brasil, o ideal não é apostar todas as suas esperanças em um superjudiciário, com respostas prontas e acabadas para todas as questões que são levadas a ele – ou a um superministério público, que toma a frente na “luta” pela “efetivação de direitos sociais”. A participação efetiva da sociedade civil nos rumos das decisões políticas deve ser a prioridade e tal participação deve ser pensada, primeiramente, em canais e procedimentos que priorizem a discussão em fóruns institucionais próprios: Legislativo e Executivo (quanto a este, em Conselhos, como os Conselhos de Saúde que já existem na estrutura do SUS). O uso do Judiciário deve ser a última *ratio*, e não a primeira/única viável, como atualmente se vê.

REFERÊNCIAS

299

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANGELUCCI, Paola Durso. Conceito, Conteúdo e Efetividade do “Mínimo Existencial” em Robert Alexy: uma análise comparativa entre Brasil e Colômbia. 2015. Dissertação defendida no Mestrado em Direito e Inovação da UFJF, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia M. Toledo da Silveira.
- APEAM. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado*. Associação dos procuradores do Estado do Amazonas, 2012. Disponível em: <<http://migre.me/riVig>>.
- ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales em ibero América: estado de lacustion y perspectivas de futuro. *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, n. 5, 2009, p. 1-23. Disponível em: <<http://migre.me/riVh2>>.
- ARAÚJO, Samuel Pedrosa Aleixo de. Judicialização da saúde no âmbito da assistência farmacêutica em Ouro Preto-MG. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Farmácia. Ouro Preto, 2011.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

_____. Igualdade: 3 Dimensões, 3 Desafios. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, p. 73-98.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; NUNES, Dierle; GOMES, Renata Nascimento (orgs.). *Processo e constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<http://migre.me/riVkp>>.

BARBOSA, Mirian Santana. Formulação de Diagnóstico Situacional da área de abrangência do PSF Andorinhas – Morro Santana (Ouro Preto-MG) como estratégia para planejamento de ações em saúde. 2013. Disponível em: <<http://migre.me/riVja>>.

300

BARCELLOS, Ana Paula Costa. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques (*et al.*). Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 46, n. 5, outubro 2012, p. 784-790.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. Estudo sobre direitos fundamentais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. Política pública não pode ser decidida por tribunal. Entrevista. *Consultor Jurídico*, 23 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://migre.me/riVlk>>.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, v. 3, Belo Horizonte: Mandamentos/Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 1999, p. 473-486.

_____. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados. *Revista Fórum Administrativo*, v. 1, n. 3, maio 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

CATTONI, Marcelo. *Processo constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2013. Disponível em: <<http://migre.me/rpiRs>>.

COLLUCCI, Cláudia. Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas. *Folha de S.Paulo*, 29.03.2014. Disponível em: <<http://migre.me/riVm9>>.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao direito à saúde: uma análise a partir da reviravolta hermenêutica linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FUNCIA, Francisco. Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em Ações e Serviços Públicos de Saúde. *Domingueira da Saúde*, 04/2015, 12.04.2015. Disponível em: <<http://migre.me/riWdk>>.

GODOI, Marciano Seabra de. Contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico: a paulatina desconstrução de sua identidade constitucional. *Revista de Direito Tributário da APET*, n. 15/2007, p. 81-100. Disponível em: <<http://migre.me/riWyB>>.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos*. Conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério*: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LIMA, George Marmelstein. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. 2003. Disponível em: <<http://migre.me/riVmR>>.

MELQUIADES, Luciana G. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde – um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Orlando Soares; SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1988.

302 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. In: THEODORO JR.; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Thaline Alves de; LANA, Carlos Félix. Hanseníase no município de Ouro Preto, Minas Gerais: aspectos epidemiológicos e operacionais. Disponível em: <www.reme.org.br/artigo/detalhes/206>.

PINTO, Élide Graziane. Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira. *Consultor Jurídico*, 4 de abril de 2015. Disponível em: <<http://migre.me/riWPg>>.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso, e não o teto de gasto em saúde. *Consultor Jurídico*, 24 de março de 2015. Disponível em: <<http://migre.me/riWas>>.

SANTOS, Lenir. *Os desafios da gestão interfederativa do SUS*. Campinas: Saberes Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Constituição e proporcionalidade. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 3, n. 12, out./dez. 2003, p. 86-120.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. I, n. I, out./dez. 2007, p. 171-213. Disponível em: <<http://migre.me/riVnX>>.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SLERCA, Eduardo. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, abr. 2002.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 23-51. Disponível em: <<http://migre.me/riVoF>>.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPÍTULOS DE UMA HISTÓRIA: A DECISÃO DO STF SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

ANTONIO MOREIRA MAUÉS

INTRODUÇÃO

No julgamento da ADIn nº 4.277, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu juridicamente as uniões estáveis homoafetivas “com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”¹. A decisão do STF atraiu críticas da comunidade jurídica e resistências na própria esfera judicial², ambas baseadas na ideia de que o STF extrapolou os limites de suas funções e modificou o conteúdo da Constituição.

305

1. ADIn nº 4.277, p. 5. A íntegra do acórdão do STF encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. As referências à decisão feitas neste artigo utilizarão os números das páginas do arquivo em pdf. A ADIn nº 4.277 foi julgada conjuntamente com a ADPF nº 132.

2. Em Goiânia, o juiz titular da Vara da Fazenda Pública anulou de ofício um contrato de união estável que havia sido firmado após a decisão do STF e determinou que os cartórios se recusassem a registrar esse tipo de união. A decisão foi posteriormente cassada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/jt-cidades/uniao-homossexual-vai-voltar-ao-stf/>> e <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/tj-go-cassa-decisao-que-anulou-uniao-estavel-de-casal-gay.html>>. Acesso em: 24 abr. 2014. Apesar dessas resistências, o caráter vinculante da decisão do STF ensejou a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Resolução nº 175/2013, segundo a qual: “Art. 1º. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Contra essa Resolução, o Partido Social Cristão (PSC) impetrou junto ao STF o Mandado de Segurança nº 32.077, o qual foi extinto sem julgamento de mérito pelo ministro Luiz Fux, que considerou essa via inadequada para questionar o ato normativo do CNJ e observou, ainda, que a Resolução do CNJ atendeu aos objetivos da Constituição, estando de acordo com o julgamento da ADIn nº 4.277.

Apesar desse ponto comum, podemos distinguir duas linhas de argumentos nas críticas à decisão do STF. A primeira delas considera que a Constituição Federal (CF) proíbe o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo³, enquanto a segunda afirma que, embora a Constituição não proíba o reconhecimento da união homoafetiva, o Judiciário não tem competência para tomar essa decisão⁴. Para a primeira crítica, somente uma emenda constitucional poderia incorporar a união estável homoafetiva ao nosso ordenamento; para a segunda crítica, caberia à lei promover esse reconhecimento.

Neste artigo⁵, pretendemos enfrentar ambas as críticas, utilizando como referência a teoria do direito como integridade, de R. Dworkin. A resposta à primeira crítica destaca que seu fundamento é a ideia de intenção do legislador e busca demonstrar que essa “intenção” não pode ser utilizada como critério de interpretação da Constituição. A resposta à segunda crítica destaca que a correta interpretação do direito à igualdade no caso autoriza o Judiciário a decidir nessa maneira⁶. Para sustentar esses argumentos, utilizaremos dados resultantes de pesquisas nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte e na legislação e jurisprudência sobre a matéria, visando interpretar a história que nos permite avaliar a decisão do STF.

306

INTENÇÕES

Não há dúvidas de que, ao se referir à união estável, o art. 226, § 3º da CF utiliza os termos “entre homem e mulher”, porém, tampouco pairam dúvidas quanto ao fato de que a Constituição não contém nenhum dispositivo que proíba o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Apesar disso, afirma-se que o legislador constituinte, ao optar pela expressão “entre homem e mulher”, pretendeu excluir as relações homossexuais do âmbito da união estável, o que significa dizer que a decisão do STF desrespeitou sua intenção.

3. Cf. VENOSA (2008, p. 42), para quem a Constituição afasta “qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual [...] por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, consequentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário”.

4. Cf. STRECK, BARRETTO E OLIVEIRA (2009), para quem a regulamentação das uniões homoafetivas pelo STF não estaria baseada em uma interpretação possível do texto constitucional, mas nos “valores” defendidos pelos juízes.

5. Artigo originalmente publicado em Sequência, nº 70, p. 135-162, jun. 2015.

6. Outros argumentos de defesa da decisão do STF se encontram em RIOS; GOLIN; LEIVA (2011), MOREIRA (2012), NIGRO (2012), MENEZES; OLIVEIRA (2012) e BAHIA; VECCHIATTI (2013).

No fundamento dessa crítica, encontra-se um fato psicológico: ela nos conduz à busca daquilo que haveria na “mente” dos constituintes quando votaram o art. 226, § 3º da CF, ou seja, quais teriam sido suas motivações para decidir dessa maneira o tema da união estável. Uma vez que esse fato psicológico ocorreu no passado, sua “descoberta” depende de uma investigação histórica, cujas fontes são os Anais da Assembleia Nacional Constituinte e quaisquer outros documentos relevantes para a identificação da intenção do legislador constituinte. Assim, a intenção do legislador é compreendida como a “ideia” que ele quis comunicar por meio da lei, tornando o ato de legislar semelhante a um ato de comunicação em que uma pessoa informa a outra, por meio de palavras, quais são suas intenções. O mais importante desafio a essa teoria foi lançado por R. Dworkin no decorrer de sua obra⁷, a qual tomaremos como referência nos parágrafos seguintes para refletir sobre sua validade no caso da união homoafetiva. Dworkin inicia sua análise destacando que há várias maneiras de compreender a intenção do legislador, o que impõe ao intérprete escolher uma determinada concepção para guiar sua busca. Essa escolha, por sua vez, condiciona as conclusões da investigação e torna mais polêmica a interpretação da Constituição baseada na intenção do legislador, pois diferentes concepções levam a respostas também diferentes no caso concreto (DWORKIN, 2005, p. 52). Mesmo quando se toma como objeto de análise um legislador individual, suas intenções podem ser entendidas de várias maneiras. Por exemplo, podemos considerar como intenção do legislador que a lei somente seja aplicada aos casos sobre os quais ele pensou ao formulá-la; ou, em sentido contrário, que sua intenção é que a lei seja aplicada também aos casos que ele não tinha em mente quando a formulou. Tratando-se da aplicação de uma norma proibitiva, a primeira concepção indica que nenhuma ação deve

307

7. A primeira crítica sistemática de Dworkin à ideia de intenção do legislador aparece em Uma questão de princípio (DWORKIN, 2005, cap. 2) e o tema é retomado em sua obra principal, O império do Direito (DWORKIN, 1999, cap. 9). O conjunto do textos fundamentais de Dworkin sobre a matéria se completa com o trabalho publicado em Justiça de toga (DWORKIN, 2006, cap. 5). Para Goldsworthy (2000), houve mudanças importantes no desenvolvimento do pensamento de Dworkin sobre a questão, o que o teria aproximado, no último texto citado, de uma concepção “originalista”, que valoriza a intenção do legislador na interpretação do direito. No entanto, Goldsworthy confunde com uma mudança de posição a ênfase que Dworkin dedica nesse trabalho à análise da interpretação textual da Constituição, a qual continua regida pelo cânone da interpretação construtiva e não diminui a importância da interpretação do conjunto da prática constitucional (DWORKIN, 2006, p. 117-118, 120 e 123). Para outras críticas à noção de legislação como ato de comunicação, cf. Ekins (2012).

ser proibida a menos que o legislador tenha pretendido fazê-lo; já a segunda concepção indica que as palavras do legislador devem ser entendidas de modo a alcançar situações similares àsquelas que ele imaginou (DWORKIN, 2005, p. 53-54). Quando se passa à análise da intenção de um grupo de legisladores, Dworkin demonstra que há vários outros obstáculos na busca de determinar quais seriam os estados psicológicos relevantes para a análise. Uma primeira dificuldade reside na definição dos indivíduos que devem ser levados em conta: todos os membros da constituinte ou somente aqueles que votaram a favor de determinada proposição? As intenções daqueles que se manifestaram durante os debates devem ter mais importância do que as intenções dos demais? As intenções dos cidadãos e cidadãs que participaram dos debates são relevantes? Devem ser considerados somente os eventos mentais presentes no momento em que a proposição é aprovada ou também os estados psicológicos posteriores dos legisladores? (DWORKIN, 1999, p. 382-390; DWORKIN, 2005, p. 57-64). Tais questões são muito importantes diante do contexto de elaboração da Constituição Federal de 1988. Forjada em um processo que contou, desde sua primeira fase, com a participação de todos os membros da Assembleia, o número de votações ocorrido durante o processo foi bastante alto, embora, no momento final das votações em plenário, os acordos que formaram as maiorias fossem feitos entre as lideranças, com menor participação dos demais membros dos partidos (LOPES, 2008; MAUÉS; SANTOS, 2008; PILATTI, 2008). Por outro lado, a expressiva participação popular, efetivada por meio de sugestões, audiências públicas e emendas populares, influenciou muitas das disposições finalmente aprovadas na Constituinte. Cabe lembrar, ainda, que após a promulgação da Constituição, os membros da Assembleia continuaram exercendo seus mandatos na Câmara dos Deputados e no Senado, sendo responsáveis pela regulamentação dos dispositivos constitucionais.

Caso o intérprete escolha restringir sua pesquisa aos legisladores que efetivamente votaram a favor da proposta, isso não significa que os problemas desaparecerão, uma vez que pode haver divergências entre as intenções dos integrantes da maioria (DWORKIN, 1999, p. 385-386; DWORKIN, 2005, p. 63-64), situação em que o intérprete se vê obrigado a estabelecer um critério para combinar essas várias opiniões diferentes e formar uma “intenção do grupo”.

Porém, vários critérios podem ser utilizados para produzir essa combinação. O intérprete pode escolher, por exemplo, basear-se na “intenção majoritária”, utilizando as intenções daquele grupo que seria suficiente para aprovar a proposta, ou pode se basear na “intenção representativa”, buscando uma “média” das opiniões que represente a maioria dos legisladores. Essas opções, no entanto, não conduzem necessariamente às mesmas conclusões.

Mesmo que o intérprete pudesse identificar uma opinião compartilhada por todos os constituintes que votaram a favor de uma proposta, isso não eliminaria a complexidade dos estados psicológicos que devem ser levados em consideração. Um exemplo dessa complexidade, indica Dworkin (1999, p. 386-390; 2005, p. 58-60), aparece quando há divergências entre as expectativas (expectations) e os desejos (hopes) do legislador. As expectativas são compostas pelo modo como o legislador prevê que as palavras da lei serão compreendidas; já os seus desejos são compostos pelo modo como ele gostaria que essas palavras fossem compreendidas. Embora seja comum que expectativas e desejos coincidam, o legislador pode se encontrar diante de uma situação em que ele prevê que a lei será aplicada de determinada maneira, embora preferisse que isso não viesse a ocorrer. Tal situação deriva do fato de que, no processo legislativo, o legislador individual não se coloca na mesma posição de uma pessoa que está conversando com outra e pode escolher as palavras que utilizará, esperando ser compreendido da maneira que deseja ser compreendido. Ao contrário, o legislador individual pode votar a favor de uma determinada proposição, mesmo que ela não corresponda exatamente aos seus desejos. Nessa situação, a qual dos dois estados deve ser dada prioridade para definir a intenção do legislador?

Imaginemos a seguinte situação: alguns constituintes entendem que não deve haver discriminação em razão da orientação sexual. Eles não tiveram a oportunidade de apresentar uma emenda ao projeto de Constituição que incluísse expressamente como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo e, portanto, sua opção é votar a favor ou contra a redação do art. 226, § 3º. No momento dessa votação, os constituintes podem compartilhar a expectativa de que o dispositivo será interpretado de maneira restritiva, sem alcançar as uniões homossexuais, porém, eles podem compartilhar também o

desejo de que ocorresse o contrário. Assim, esses constituintes não se encontram na mesma posição das pessoas que estão expressando suas ideias durante uma conversa, pois eles estão decidindo votar a favor de um texto cuja interpretação pode vir a ser contrária a seus desejos. Isso nos ajuda a concluir que a ausência de discussão sobre as relações homossexuais na Constituinte não é suficiente para comprovar que havia a “intenção” de excluí-las do âmbito da união estável. Imaginemos agora um constituinte que, nas fases iniciais da Assembleia, tenha defendido uma emenda estabelecendo que a família se constitui exclusivamente por meio do casamento. Após a derrota dessa proposição, ele vota a favor do texto final do art. 226, § 3º, na medida em que o dispositivo prevê que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Nesse caso, também pode haver um conflito entre expectativas e desejos: o constituinte pode desejar que a regulamentação da união estável não venha a ser feita, mantendo, na prática, a exclusividade do casamento como forma de constituição da família, embora ele preveja que o legislador regulamentará o dispositivo constitucional.

310

Nesses exemplos de disjunção entre expectativas e desejos, qual deveria ser a opção do intérprete? Seria fácil cogitar que os desejos manifestam de modo mais autêntico a intenção do legislador (DWORKIN, 1999, p. 388), porém, como vimos no segundo exemplo, alguns desses desejos podem não ser considerados válidos pelo direito, uma vez que negam eficácia à Constituição. De modo similar, também não poderia ser admitida uma interpretação fundada no argumento de que o constituinte, embora não se opusesse à união homoafetiva, votasse contra uma eventual proposta de reconhecimento porque seu desejo é que a rejeição da proposta o ajude a ser reeleito por um eleitorado fortemente conservador em temas envolvendo a família. Isso significa que o intérprete deve se orientar pelas expectativas do legislador? Essa conclusão tampouco pode ser obtida quando percebemos que essas expectativas representam, na maioria dos casos, uma previsão sobre como a norma será interpretada pelos juízes, o que nos colocaria em uma situação demasiadamente hipotética: o fundamento da decisão judicial seria aquilo que o juiz imagina que o legislador teria imaginado sobre como ele decidiria um caso (DWORKIN, 1999, p. 389). Além da possível divergência entre as expectativas e os desejos dos legisladores, outra situação é ainda mais previsível: os constituintes,

simplesmente, não pensaram na repercussão da criação do instituto da união estável sobre as relações homossexuais. Essa cogitação encontra apoio, inclusive, nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Os primeiros debates sobre o tema da união estável ocorreram no âmbito da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, que integrava a Comissão da Família, Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. A leitura dos Anais dessa Subcomissão demonstra que o tema da “natureza da sociedade conjugal” foi escolhido como um dos eixos de discussão, tendo sido objeto da primeira audiência pública por ela realizada. Nas discussões que levaram à aprovação da primeira proposta de reconhecimento das uniões estáveis na Constituinte, destacam-se os argumentos favoráveis à legalização das então chamadas “uniões de fato” ou “uniões livres”, de modo a oferecer a proteção do Estado a outras formas de família, muito presentes na sociedade brasileira, que não eram oriundas do casamento⁸. Em nenhum momento dos debates nessa Subcomissão, e nas fases posteriores do processo constituinte, a questão do reconhecimento das uniões homossexuais foi mencionada⁹.

8. Assembleia Nacional Constituinte, Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (Atas das Comissões), p. 22-36, 219-227, 249-250.

9. No âmbito da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, há um único momento em que a palavra “gays” é citada, em meio à discussão sobre a proteção da família constituída por um dos pais e seus dependentes, pelo seu Presidente, Nelson Aguiar: “Dois gays resolvem viver em sociedade – eles querem que o Estado reconheça o direito à proteção familiar. Então, essa redação ficaria: para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem, a mulher e seus dependentes como entidade familiar.” [Assembleia Nacional Constituinte, Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (Atas das Comissões), p. 249-250] Cabe observar que, nas fases posteriores da Constituinte, houve poucos debates sobre o tema da família no momento das votações. A Comissão da Família, Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação rejeitou os substitutos apresentados pelo Relator e deixou de aprovar seu anteprojeto, enquanto na Comissão de Sistematização os trabalhos foram encerrados sem votação dos destaques sobre família. Já no Plenário, a emenda de fusão sobre o capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso” foi aprovado por ampla maioria de 435 votos no 1º turno e resultou de um acordo entre os partidos políticos (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, nº 237, p. 684-687). Na votação dos destaques, as discussões limitaram-se aos temas do divórcio, do planejamento familiar, dos direitos dos idosos e da criação de um fundo de proteção à família carente (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, nº 237, p. 690-704). Em seu voto na ADIn nº 4.277, o ministro Ricardo Lewandowski afirma, equivocadamente, que “nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero da união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo inofensivo, que a união estável abrange única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto” (ADIn nº 4.277, p. 101-102). Para fazer essa afirmação, o ministro se baseia exclusivamente em uma manifestação do Constituinte Gastone Righi, que critica uma possível interpretação do art. 226, § 3º, que estendesse a união estável às pessoas do mesmo sexo, manifestando-se favorável a uma emenda que acrescentou os artigos “o homem e a mulher”. Além de se tratar de uma manifestação solitária, que recebe um contraponto irônico do Constituinte Gerson Peres (“A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo”) ela foi apresentada na Comissão de Redação da Constituinte, após o texto constitucional ter sido aprovado pelo Plenário em 2º turno (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento “B”, p. 209).

Diante dessa falta de elementos empíricos, somente por meio de um argumento contrafactual seria possível identificar a intenção do legislador (DWORKIN, 1999, p. 390-393). Um exemplo de argumento contrafactual poderia partir da seguinte questão: se houvesse uma proposta de emenda ao projeto de Constituição, estendendo o reconhecimento da união estável às relações entre pessoas do mesmo sexo, ela seria aprovada? Uma primeira tentativa de resposta a essa questão poderia buscar, em outras manifestações dos constituintes, evidências de sua opinião sobre a homossexualidade. Assim, caso a maioria dos constituintes partilhasse opiniões discriminatórias sobre os homossexuais, poderíamos deduzir que eles teriam votado contra a emenda. No entanto, esse caminho nos levaria de volta às dificuldades que enfrentamos para eleger entre as expectativas e os desejos dos constituintes, acentuadas pelo caráter hipotético do raciocínio.

312 O argumento contrafactual torna-se ainda mais difícil de ser admitido quando se reconhece que a decisão de voto dos constituintes depende de uma série de fatores que somente podem ser apreciados em situações reais. Por exemplo, é comum nos processos constituintes marcados pelo pluralismo, tal como o brasileiro, que as maiorias sejam formadas por meio de acordos baseados em concessões mútuas (MAUÉS; SANTOS, 2008). Nesses casos, o legislador aceita votar a favor de uma proposta, mesmo que ela lhe desagrade, para obter a aprovação por outro grupo de uma medida que ele considera tão ou mais importante que aquela. Fora dessas circunstâncias e sem saber de que maneira a possível emenda sobre união homoafetiva seria veiculada, não é possível responder à questão contrafactual.

O conjunto de problemas que surgem na busca da intenção do legislador (quais indivíduos devem ser levados em conta e como combinar suas intenções; quais estados psicológicos devem ser considerados para aferir a intenção do constituinte; como lidar com a situação em que o constituinte não pensou no caso) recomendam abandonar a noção de que a lei representa a comunicação de uma ideia do legislador e utilizar como ponto de partida a hipótese, muito mais provável, de que os constituintes possuem diferentes opiniões e pontos de vista sobre as matérias votadas. Dessa maneira, passamos a seguir um outro caminho de investigação, sugerido pela teoria da integridade: em vez de buscar a intenção do legislador, o intérprete deve solucionar suas

dúvidas sobre a Constituição por meio de uma interpretação que torne coerente as várias decisões tomadas pelos constituintes (DWORKIN, 1999, p. 399-403). Assim, busca-se eliminar as contradições que surgem da leitura isolada dos dispositivos constitucionais subordinando-os ao conjunto da Constituição, a fim de alcançar uma solução para o caso que represente a interpretação que guarde maior coerência com esse conjunto.

Para seguir esse caminho, em vez de buscar estados psicológicos, temos de reconhecer que o texto constitucional é o registro mais importante das decisões tomadas pelos constituintes (DWORKIN, 1999, p. 405-407; DWORKIN, 2006, p. 119-131). Sua leitura cuidadosa é a chave para formular os princípios morais e políticos que permitem reconstruir o conjunto das decisões constitucionais como um sistema coerente. São esses princípios, que devem fluir da Constituição, que fornecem a justificativas das decisões tomadas pelos constituintes e os argumentos para interpretar o texto constitucional. Portanto, a solução do problema de saber se a Constituição proíbe a extensão da união estável às relações entre pessoas do mesmo sexo deve ser buscada na interpretação dos princípios que justificam as decisões tomadas pelos constituintes sobre o tema. Essa interpretação deve começar pelos princípios pertinentes ao direito de família, uma vez que a Constituição contém várias normas acerca da matéria, que alteraram de maneira significativa sua regulação. Com efeito, a criação da união estável não foi a única inovação da Constituição de 1988 no direito de família. Ao contrário do que era previsto no art. 175 da Constituição de 1969, que dispunha que a família era “constituída pelo casamento”, o conjunto normativo apresentado no art. 226 da CF reconhece que a família é destinatária da especial proteção do Estado, independentemente de sua forma de constituição. Assim, a Constituição elenca, além da família constituída pelo casamento, dois outros tipos: a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

A partir dessas normas constitucionais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a debater quais as novas características do instituto jurídico da família¹⁰, o que se mostrou necessário para adequar a legislação civil às

10. Um fato importante nesse processo foi a criação, em 1997, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), cujos congressos e publicações se tornaram o centro das discussões sobre o tema no Brasil.

novas diretrizes¹¹. Desse modo, a família deixou de ser caracterizada pela sua forma de constituição, para se fundamentar em princípios como a afetividade, a estabilidade e a publicidade (LÔBO, 2002; PEREIRA, 2007), valorizando a pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais (LÔBO, 2011, p. 22-26). A proteção constitucional conferida à família passou a ser entendida sob um ponto de vista funcional, tendo como objeto as pessoas que a integram, cujos direitos devem ser promovidos no âmbito da família¹².

Tais reflexões também levaram a comunidade jurídica a questionar se os tipos de família expressamente previstos no texto constitucional eram os únicos a serem reconhecidos juridicamente ou se a Constituição conteria uma “cláusula de inclusão” que permitiria enquadrar outras entidades familiares formadas com as mesmas características daquelas explicitadas (de modo exemplificativo) nos parágrafos do art. 226 (LÔBO, 2002). Assim, a Constituição também tornaria possível proteger qualquer comunidade que pudesse ser definida como família, com base nos princípios acima anteriormente expostos¹³.

A recepção dessas teses pela jurisprudência, modificando os entendimentos sobre a família forjados no direito anterior à Constituição de 1988, nos permite concluir que o “pluralismo das entidades familiares” estabeleceu-se como um princípio chave para a interpretação das normas constitucionais pertinentes ao reconhecimento e à proteção da família, baseada em suas

314

11. LOBO (2002) destaca dois casos comuns que levaram à revisão da jurisprudência sobre a matéria: a inaplicabilidade às uniões estáveis e outras entidades familiares da Súmula 380 do STF, que enquadrava o concubinato como “sociedade de fato”, e a ampliação da impenhorabilidade do bem de família (lei 8.009/90) para outras entidades familiares, tal como aquela formada por irmãos solteiros. Cf. também MOREIRA (2012, p. 36-38).

12. “A Constituição de 1988 [...] altera o objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo [...]. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, 1999, p. 355). Outros dispositivos constitucionais, como aqueles referentes ao divórcio (art. 226, § 6º), à igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e a igualdade entre os filhos (art. 227) também contribuíram para a interpretação da família como instrumento para a realização pessoal de seus integrantes.

13. Em famoso trabalho sobre o tema, Lôbo (2002, p. 90-91) identifica, com base na PNAD, as seguintes formas de família presentes na sociedade brasileira: “união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefe, como no caso do grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou ambos os companheiros, com ou sem filhos; comunidade afetiva formada com ‘filhos de criação’, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.”

funções constitucionais, e não em sua forma de constituição. Tendo em vista seu caráter inclusivo, tal como reconheceu o próprio STF¹⁴, torna-se difícil utilizar esse princípio como fundamento da proibição do reconhecimento da união homoafetiva¹⁵.

Mas não apenas as disposições constitucionais sobre a família são relevantes para o caso. Tendo em vista a existência de uniões homossexuais em nossa sociedade, a negação de seu reconhecimento como família significa impedir que essas pessoas tenham os mesmos direitos que decorrem das uniões heterossexuais, o que caracteriza uma situação de discriminação. A questão, portanto, também envolve saber se a Constituição autoriza essa forma de discriminação, uma vez que ela estabelece como fundamentais o direito à igualdade (art. 3º, III e art. 5º, caput) e o princípio da proibição de quaisquer formas de discriminação baseada em preconceito (art. 3º, IV).

Tal como veremos, a decisão do STF abordou essa questão como um de seus pontos principais, o que nos levará a analisá-la de maneira mais detida na próxima seção. Porém, há um argumento contrário à invocação do direito à igualdade que deve ser logo enfrentado. Uma vez que o art. 226, § 3º, refere-se apenas à união estável entre homem e mulher, essa disposição particular deve prevalecer diante da disposição geral do direito à igualdade?

Para responder à pergunta, deve-se observar, em primeiro lugar, que ela não pode nos trazer de volta à concepção da intenção do legislador como um estado psicológico (DWORKIN, 1999, p. 395-399; DWORKIN, 2005, p. 64-70). Não se trata, aqui, de considerar que, embora o legislador tenha pretendido, no plano abstrato, reconhecer o direito à igualdade, sua intenção, no plano concreto das relações de família, foi a de não reconhecer as relações homos-

14. “O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar a expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem à formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Dispositivo que, ao utilizar a terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico” (ADIn nº 4.277, p. 3-4).

15. De modo similar, ao tratar do direito à previdência social, a Constituição também estabeleceu uma cláusula inclusiva, que reconhece o direito dos companheiros, e não apenas dos cônjuges, à pensão por morte do segurado (art. 201, V). Tal como veremos posteriormente, essa disposição contribuiu para o reconhecimento dos direitos previdenciários do companheiro ou companheira homossexual.

sexuais. Esse ponto de vista poderia estar correto se os constituintes tivessem deixado de votar na cláusulas gerais da igualdade caso previssem que esse direito iria possibilitaria, posteriormente, o reconhecimento das uniões homoafetivas. Além dos problemas do caráter contra-factual dessa afirmação, já expostos anteriormente, essa hipótese é tão plausível quanto a oposta: os constituintes, embora se opondo às uniões homossexuais, não deixariam de votar a favor do direito à igualdade, mesmo correndo o risco de que essas uniões viessem a ser reconhecidas¹⁶.

316

Assim, para sustentar a interpretação de que a Constituição veda o reconhecimento da união homoafetiva, seria necessário encontrar algum princípio constitucional que, na ausência de norma proibitiva expressa¹⁷, justificasse essa forma de discriminação, ou seja, que a negação desse direito aos homossexuais representasse a interpretação mais coerente do texto constitucional. Tal princípio inexistente na CF de 1988, uma vez que as disposições sobre o direito à igualdade foram nela inscritas de maneira ampla, ou seja, além das situações particulares de discriminação baseadas em preconceito que o texto constitucional expressamente rejeita, outras formas de discriminação também estão vedadas, cabendo ao intérprete identificá-las para fazer valer a Constituição. Essa interpretação também é mais coerente com a maneira aberta pela qual a CF consagra os direitos fundamentais, reconhecendo que aqueles que estão expressos no texto constitucional “não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (art. 5º, § 2º).

Para fundamentar ainda mais essa conclusão, devemos aprofundar de que modo o direito à igualdade vem sendo construído, no direito brasileiro, no campo da orientação sexual. Essa discussão, no entanto, está estreitamente

16. Dworkin (2005, p. 70-71) observa ainda que, mesmo que o legislador soubesse que uma concepção de igualdade diferente da sua poderia ser utilizada por outras autoridades, como os juizes, na solução de casos concretos, ainda assim ele poderia votar a favor da cláusula geral do direito à igualdade, por admitir que o direito seja transformado de acordo com a evolução da sociedade.

17. Embora sejam raras, há normas na CF de 1988 que não reconhecem a titularidade de direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Por exemplo, o art. 12, § 3º, estabelece os cargos privativos de brasileiro nato, excluindo do exercício desses direitos políticos não apenas os estrangeiros, mas também os brasileiros naturalizados. Em sua redação original, o parágrafo único do art. 7º limitava os direitos dos empregados domésticos em relação aos demais trabalhadores. Cabe observar um diferença entre os dois exemplos. O rol de cargos privativos de brasileiro nato limita-se àqueles que podem exercer a chefia de Estado ou a funções estratégicas para a defesa nacional, baseando-se portanto, no princípio da soberania (art. 1º, I). Já a discriminação dos empregados domésticos não encontra apoio nos princípios constitucionais, o que ajuda a entender sua revogação.

relacionada com a segunda questão que pretendemos enfrentar nesse trabalho: o Poder Judiciário é competente para reconhecer a união estável homoafetiva como família? É o que passaremos a examinar na próxima seção.

IGUALDADE

Ao julgar a Ação Penal nº 307, o STF decidiu que “escritórios profissionais” também estão protegidos pela inviolabilidade prevista no art. 5º, XI, da CF¹⁸, sendo indispensável o consentimento do proprietário para que qualquer pessoa possa ingressar no recinto, salvo as exceções previstas no mesmo dispositivo¹⁹. Essa decisão representou uma ampliação da hipótese prevista expressamente na CF, que se refere somente à “casa” como objeto da proteção constitucional.

De modo similar, o STF decidiu que “lotes vagos e prédios comerciais dados em locação” (RE nº 325.822), bem como “cemitérios” (RE nº 578.562), possuem imunidade tributária quando sejam de propriedade de instituições religiosas, embora o dispositivo constitucional invocado como fundamento dessa jurisprudência se refira somente a “templos de qualquer culto” (art. 150, VI, b).

317

Essas decisões demonstram que não estranha à jurisprudência brasileira fazer interpretações ampliativas dos direitos e garantias fundamentais. O aspecto comum desse tipo de decisão encontra-se no reconhecimento de que o sentido convencionalmente atribuído às palavras utilizadas no texto constitucional não elimina a possibilidade de atribuir novos sentidos às suas disposições²⁰.

A proximidade dessas decisões com o julgado da ADIn nº 4.277 é evidente. Também nesse caso, os termos expressos na CF não foram considerados

18. “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

19. A decisão citada exemplifica jurisprudência consolidada do STF, que também aplicou a garantia do art. 5º, XI, por exemplo, a “quarto de hotel” (RHC 90.376) e “consultório de cirurgião-dentista” (RE 251.445).

20. Esse tipo de decisão se baseia, muitas vezes, em analogias. Considera-se, por exemplo, que os elementos comuns entre “casa” e “escritório”, ou entre “templo” e “prédios comerciais dados em locação”, autorizam a extensão das normas constitucionais a casos que não estão previstos expressamente na Constituição. Tal raciocínio analógico, no entanto, deve estar baseado em algum princípio que justifique por que as semelhanças entre os casos devem ser consideradas mais relevantes do que suas diferenças. Nesses exemplos, os princípios que fundamentam a decisão são, respectivamente, o direito à privacidade e o direito à liberdade religiosa. Sobre a necessidade de utilizar princípios no raciocínio analógico. Cf. Sunstein (1996).

óbices para estender a união estável além das relações entre homem e mulher. Assim como o constituinte tinha conhecimento da existência de uniões homossexuais em nossa sociedade, ele também sabia que há outros espaços físicos em que as pessoas praticam atos da vida privada e onde as igrejas desenvolvem suas atividades, mas seu silêncio sobre essas situações não foi interpretado como uma vedação ao reconhecimento de novos direitos fundamentais.

Porém, reconhecer que esse tipo de interpretação ampliativa vem sendo utilizado pela jurisprudência brasileira sobre direitos fundamentais não significa que, no caso da união estável, o STF tenha exercido corretamente suas funções. Tal como admitimos acima, a conclusão de que a CF não proíbe o reconhecimento da união homoafetiva não implica, necessariamente, que o Poder Judiciário tenha competência para realizar esse reconhecimento. As semelhanças entre as uniões heterossexuais e homossexuais não elidem a existência de diferenças, o que repõe a questão no campo da igualdade: trata-se de decidir qual é a interpretação correta do direito à igualdade nesse caso, tendo em vista que seu caráter fundamental o coloca acima do legislador ordinário. Caso a ausência de reconhecimento das uniões homoafetivas contrarie o direito à igualdade, o Poder Judiciário deve reparar a situação; caso contrário, o legislador terá liberdade para regulamentar ou não essas formas de união.

318

Como é sabido, o STF fez um amplo uso do direito à igualdade na sua decisão, o que podemos exemplificar com o voto do relator, ministro Ayres Britto²¹.

O ministro inicia seu voto abordando as uniões homoafetivas como aquelas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público, continuidade e propósito de constituição de uma família, recordando ainda que, de acordo com a CF de 1988, o critério do sexo não pode ser utilizado como “fator de desigualação jurídica”, salvo “expressa disposição constitucional em contrário”. Isso implica reconhecer que está vedado o “tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos” e que o “bem de todos”, previsto pela CF, também se alcança por meio da “eliminação do preconceito de sexo”.

21. ADIn nº 4.277, p. 15-46.

No que se refere às relações de família, o ministro propõe uma interpretação “não reducionista” do instituto, que seria a mais condizente com a CF. Para fins da proteção do Estado, a CF não faria diferença entre a família constituída formalmente “e aquela existente ao rés dos fatos”. Por essa razão, o casamento torna-se somente uma das modalidades de constituição da família, modificando o regime anterior. A prova disso é a própria consagração constitucional do instituto da união estável, cuja referência, no texto do art. 226, § 3º, ao “homem” e à “mulher”, explica-se pela tradição do mundo ocidental e pela preocupação em ultrapassar o preconceito contra a “companheira”. Reconhecida a união estável como “entidade familiar” tão protegida quanto a família constituída pelo casamento, o ministro conclui: “tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroaletivos”²².

Nessas considerações, verificamos que a orientação sexual não pode ser utilizada como critério de discriminação no âmbito das relações de família. No entanto, sabemos que há discriminações que podem ser admitidas pela CF, a fim de viabilizar algum objetivo constitucional²³. Estaria correta a interpretação do direito à igualdade feita pelo STF?

Uma das maneiras de responder a essa pergunta busca identificar de que modo o direito à igualdade no campo da orientação sexual vem sendo construído no direito brasileiro²⁴. Nessa abordagem, o conteúdo normativo da igualdade

22. Sobre esse ponto, vale destacar a divergência na fundamentação adotada pela maioria e os votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso, para quem o reconhecimento da união homossexual pelo STF não deveria abarcar os mesmos efeitos da união heterossexual. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes, o Judiciário deveria dar uma resposta à questão, tendo em vista que a segurança jurídica estava prejudicada pela falta de legislação sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo, além de que cabe ao Poder Judiciário proteger os direitos das minorias. Porém, a decisão do STF seria uma “solução provisória”, que deixaria um “espaço reservado ao regramento legislativo”. Tendo em vista o caráter fundamental dos direitos envolvidos, a falta (“lacuna”) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva justifica a aplicação da norma existente “no que for cabível” (ADIn nº 4.277, p. 191-192). As diferenças entre essa posição e aquela adotada pela maioria do STF, explicitada no item 5 da ementa do acórdão, reforça o caráter central que o direito à igualdade assumiu na fundamentação da decisão da ADIn nº 4.277.

23. Em nosso direito, o principal exemplo disso são as ações afirmativas, as quais, cabe lembrar, não são discriminações baseadas em preconceito, mas, ao contrário, buscam combatê-lo. Cf. Rios (2008) e Brito Filho (2013).

24. Outra via importante para a discussão do tema, que não será abordada neste artigo, analisa o papel do Poder Judiciário na proteção dos direitos das minorias, cf. a bibliografia referida na nota 5.

encontra-se na prática constitucional desenvolvida a partir de 1988, o que inclui o conjunto de decisões legislativas, judiciais e administrativas que, consolidando-se no decorrer do tempo, demonstram qual interpretação desse direito é mais coerente em nosso ordenamento. Assim, a investigação tem como foco o conjunto de casos que, nas diferentes esferas de exercício do Poder Público, nos permitem dar conteúdo aos princípios constitucionais que as justificam.

Tal abordagem corresponde à ideia do “romance em cadeia”, que Dworkin (1999, p. 275-276) utiliza para apresentar sua teoria. Para a integridade, o direito é tratado como um conjunto coerente de princípios, explícitos e implícitos, cuja história fornece a estrutura do direito de uma determinada comunidade. Assim, o juiz deve escrever os capítulos que lhe cabem nesse romance fazendo com que suas decisões sejam adequadas a esses princípios e possam ser justificadas com base neles. Isso requer que a decisão judicial seja compatível com os precedentes pertinentes ao caso e represente um desenvolvimento coerente dessa história e dos princípios que a fundamentam.

320

Trata-se, portanto, de uma identificação de que maneira como a “história” da discriminação por orientação sexual foi escrita a partir de 1988. Somente a partir do exame dos capítulos anteriores à decisão do STF é que podemos julgar, de acordo com a integridade, se a união homoafetiva deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário com base no direito à igualdade.

Embora a Constituição de 1988 não contenha nenhuma referência à discriminação por orientação sexual²⁵, o tema não tardou a ingressar no sistema jurídico brasileiro, pela via das Constituições Estaduais (MAUÉS; ARRUDA, 2012). A Constituição do Estado do Mato Grosso, por exemplo, em seu art. 10, III, prevê “a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.” Disposições similares encontram-se nas Constituições dos Estados de Alagoas (art. 2º, I), Sergipe (art. 3º, II), Pará (art. 3º, IV) e na Lei Or-

25. Proposta de inclusão de disposição nesse sentido no atual art. 3º, IV, foi derrotada no Plenário da Constituinte por 130 votos a favor e 317 contrários (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, nº 173, p. 421-423). De acordo com o que vimos na seção anterior, essa votação não pode ser tomada como prova da “intenção” dos constituintes de permitirem a discriminação por orientação sexual.

gânica do Distrito Federal (art. 2º, parágrafo único). Ainda no nível estadual, foram editadas leis com o objetivo de promover a igualdade de direitos entre as diversas orientações sexuais. Tais leis podem ser divididas, de acordo com seu objeto, em três categorias:

a) combate à discriminação: estabelecem sanções às práticas discriminatórias baseadas na orientação sexual das pessoas²⁶;

b) educação sexual: tratam da inclusão de conteúdos sobre orientação sexual nos currículos escolares²⁷;

c) ações afirmativas: estabelecem políticas voltadas para a promoção dos direitos dos homossexuais²⁸. De volta ao plano federal, somente em 2001 teremos a primeira legislação que faz referência à orientação sexual, a Lei Nacional de Transtornos Mentais (lei nº 10.216/01)²⁹. Com maior repercussão, a Lei de Combate à Violência contra a Mulher (lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06) também proíbe expressamente a discriminação por orientação sexual, em dois de seus dispositivos³⁰. Nota-se, portanto, que o legislador, a partir de 1988, passou a explicitar que a orientação sexual não pode ser utilizada como critério de discriminação, reconhecendo, além disso, que os preconceitos e o tratamento discriminatório existentes na sociedade devem ser objeto de políticas públicas de promoção da igualdade³¹. Além dessas decisões tomadas no plano legislativo, vale destacar, também, a evolução ocorrida na esfera administrati-

26. Lei nº 2.615/00, Distrito Federal; lei nº 3.157/05, Mato Grosso do Sul; Lei nº 14.170/02, Minas Gerais; lei nº 7.309/03, Paraíba; Lei nº 5.431/04, Piauí; lei nº 3.406/00, Rio de Janeiro; lei nº 12.574/03, Santa Catarina; lei nº 10.948/01, São Paulo.

27. Lei nº 3.576/05, Distrito Federal; lei nº 1.592/95, Mato Grosso do Sul; lei nº 12.491/97, Minas Gerais; lei nº 12.284/06, São Paulo.

28. Lei nº 7.901/05, Paraíba; lei nº 8.225/02, Rio Grande do Norte; lei nº 11.872/02, Rio Grande do Sul.

29. “Art. 1º. Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos, e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra”.

30. “Art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” e art. 5º: “Para os efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

31. O principal exemplo dessas políticas encontra-se no plano federal, com a criação do Programa Brasil sem Homofobia, a realização das Conferências LGBT e a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT.

va³². Assim, a igualdade de direitos entre uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas foi reconhecida em diversos campos:

a) direitos previdenciários: adotada a partir de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, a Instrução Normativa nº 25/00, do INSS, disciplinou o pagamento de pensão por morte e auxílio-reclusão a companheiro ou companheira homossexual. O conteúdo dessa Portaria foi ratificado pela Portaria nº 513/2010, do Ministério da Previdência Social, que estabeleceu que os dispositivos que tratam de dependentes no âmbito do Regime Geral da Previdência Social “devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (art. 1º)³³;

b) direito à educação: a Portaria Normativa nº 5/2009, do Ministério da Educação, que regulamenta o processo seletivo do Programa Universidade para Todos (PROUNI), de concessão de bolsas em instituições particulares de ensino superior, estendeu o conceito de grupo familiar, para apuração da renda familiar (art. 6º, § 5º), “aos grupos familiares nos quais ocorra união estável, inclusive homoafetiva”. Tal norma foi mantida nos anos seguintes;

322 c) direito à saúde: a Agência Nacional de Saúde Suplementar, invocando “os princípios dispostos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente o da igualdade (art. 5º, caput), o da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), o da liberdade (art. 5º, caput) e o da proteção da segurança jurídica”, editou a Súmula Normativa nº 12/2010, estabelecendo que “Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo” (art. 1º);

d) direitos dos contribuintes: respondendo a pedido de uma servidora pública federal, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do Parecer nº 1503/2010, reconheceu a possibilidade de inclusão do companheiro ou companheira homossexual como dependente para efeito de apura-

32. Para uma análise mais detalhada das inovações no plano administrativo cf. Camargo (2011).

33. Cabe observar que o próprio STF, por meio do Ato Deliberativo 27/2009, reconheceu como dependente econômico de seus servidores “o companheiro ou a companheira de união homoafetiva estável” (art. 1º), decisão esta tomada antes do julgamento da ADIn nº 4.277. No Estado do Rio de Janeiro, a inclusão de companheiros do mesmo sexo como dependentes dos servidores públicos foi admitida pela lei nº 5.034/2007.

ção do Imposto de Renda. Esse conjunto de decisões demonstra que, também na esfera administrativa, incorporou-se a ideia de que a orientação sexual não pode ser utilizada como critério de discriminação para negar direitos aos homossexuais, o que representou uma aplicação direta do direito à igualdade pela administração. Por fim, no âmbito judicial, além de várias decisões que reconheciam a união estável homoafetiva³⁴, vale lembrar o importante precedente firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em aplicação do art. 14, § 7º, da Constituição da República, segundo qual o cônjuge de titular de cargo executivo é inelegível no território de sua jurisdição. Em 2004, ao julgar o Resp nº 24.564/PA, o TSE decidiu que, verificada a convivência contínua e duradoura, essa norma também se aplicava à relação estável homossexual, tendo em vista sua similitude com as relações estáveis entre pessoas de sexo diferente, bem como as de concubinato e casamento.

Na fundamentação de seu voto, o ministro Gilmar Mendes, Relator, afirmava que, embora o ordenamento jurídico brasileiro ainda não houvesse admitido a “comunhão de vida” entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, esse relacionamento deveria ter reflexo na esfera eleitoral, tendo em vista a existência nele de “forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns”. Em defesa dessa tese, o TSE aduzia ainda decisões judiciais anteriores que haviam reconhecido os efeitos patrimoniais e previdenciários dessas relações. Assim, embora a decisão do TSE impusesse, na prática, uma restrição de direitos como decorrência da convivência homossexual, ela também afirmava o igual tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo e pessoas de diferentes sexos.

323

34. A primeira decisão reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2001. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o primeiro precedente significativo, de 1998, reconheceu o direito do “parceiro homossexual” receber metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal, aplicando ao caso a jurisprudência sobre sociedade de fato criada para o concubinato (Resp nº 148.897). Apesar de representar um avanço, essa jurisprudência não reconhecia as uniões homossexuais como família, o que foi mantido em outros julgados do STJ (Resp nº 323.370 e REsp nº 502.995). Em 2008, o STJ mudou seu entendimento e passou a admitir a possibilidade jurídica do pedido da ação de reconhecimento de união homoafetiva (Resp nº 820.475) (DIAS, 2011; OPPERMANN, 2011). Após a decisão do STF, o STJ julgou, em 2011, o Resp nº 1.183.378, reconhecendo a possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Todas as decisões citadas foram tomadas pela 4ª Turma do STJ. Moreira (2012, cap. 1 e 2) apresenta uma análise completa do desenvolvimento da jurisprudência brasileira sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo, identificando três fases: reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedade de fato; reconhecimento de direitos previdenciários aos casais homossexuais; classificação como união estável e reconhecimento de direitos matrimoniais.

É verdade que a jurisprudência encontrava-se dividida sobre a questão, sendo inevitável, portanto, que o STF definisse qual linha de precedentes deveria ser confirmada. A decisão tomada pelo tribunal está de acordo com as exigências do direito como integridade, que impõe ao Estado respeitar os princípios do ordenamento jurídico em todos os seus atos³⁵. Tendo sido paulatinamente eliminada do sistema jurídico brasileiro a discriminação por orientação sexual, não subsistiam mais razões para manter essa discriminação no âmbito das relações de família. Assim, o STF definiu que uma parte dessa história já não servia mais aos princípios constitucionais e reafirmou a linha de precedentes que continha os capítulos mais coerentes com o desenvolvimento do direito à igualdade no Brasil³⁶.

CONCLUSÃO

324 Ao iniciar esse texto, identificamos duas críticas à decisão do STF sobre união homoafetiva: a primeira afirma que essa decisão desrespeitou as intenções do legislador constituinte; a segunda afirma que o Judiciário não tem competência para reconhecer esse tipo de união.

Com base na teoria do direito como integridade, buscamos refutar essas críticas. Em relação à primeira, demonstramos que não é possível identificar que os constituintes tiveram a intenção de proibir o reconhecimento das uniões homoafetivas, uma vez que não sabemos como combinar as intenções dos vários legisladores, quais de seus estados psicológicos devem ser considerados, nem como lidar com a situação em que os constituintes não pensaram no caso. Em substituição a essa abordagem, buscamos interpretar as decisões dos

35. Cabe observar, ainda, que um dos argumentos utilizados pela jurisprudência para não equiparar as uniões homossexuais às uniões heterossexuais baseava-se na consideração de que a diversidade dos sexos seria um elemento central da instituição da família, justificando uma discriminação fundada no interesse estatal da promoção da procriação (MOREIRA, 2012, p. 103). Contudo, tal como vimos, as normas constitucionais sobre a família foram interpretadas para proteger as famílias independentemente da procriação e mesmo aquelas em que isso não é possível, tal como as comunidades de irmãos.

36. Após a decisão do STF, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011, visando “sustar a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal [...] que reconhece a estabilidade da união homoafetiva”. Essa proposição foi devolvida pela Mesa por versar sobre matéria “evidentemente inconstitucional”, nos termos do art. 237, § 1º, II, b, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Segundo o entendimento da Mesa, “uma suposta intromissão indevidas do Poder Judiciário sobre as prerrogativas do Legislador só é sanável pelo próprio exercício do poder de legislar ou, conforme o caso, de reformar a Constituição”. Como sabemos, nenhuma das duas medidas foi aprovada pelo Congresso Nacional até agora.

constituintes a partir dos princípios que emanam da Constituição, verificando que o pluralismo das entidades familiares e o direito à igualdade permitem o reconhecimento das uniões homoafetivas como família.

Em relação à segunda crítica, demonstramos que a maneira como o STF interpretou o direito à igualdade no caso, excluindo o uso da orientação sexual como critério de discriminação, encontra apoio na interpretação da igualdade desenvolvida na prática constitucional brasileira a partir de 1988. Assim, verificamos que uma série de decisões legislativas, administrativas e judiciais foi paulatinamente eliminando esse critério de discriminação da ordem jurídica brasileira, cabendo ao STF confirmar que essa também é a interpretação mais coerente com os princípios constitucionais no campo do direito de família.

Dessa forma, construímos uma fundamentação da decisão da ADIn nº 4.277 que permite concluir que ela representou uma interpretação correta da Constituição Federal, afastando as críticas inicialmente apontadas. Podemos observar, ainda, que o caso traz um ensinamento para outras demandas por direito fundamentais. Nele, a luta pelo reconhecimento de direitos utilizou todas as vias institucionais do Estado brasileiro, obtendo conquistas que, embora pontuais, vão acrescentando novos capítulos à história, até o momento em que ela passa a ser contada de outra maneira, mais compatível com o que recomeçou a ser escrito em 1988.

325

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI nº 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, vol. 9, nº 1, p. 65-92, jan-jun/2013.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

CAMARGO, Sérgio Alexandre. Conquistas administrativas do direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

EKINS, Richard. *The nature of legislative intent*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Dworkin as an originalist*. *Constitutional Commentary*, vol. 17, nº 1, p. 49-79, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.

326 _____ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A carta da democracia*. O processo constituinte da ordem pública de 1988. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

MAUÉS, Antonio Moreira; SANTOS, Élide Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). *Revista Direito GV*, v. 4, p. 349-387, 2008.

_____. MAUÉS, Antonio Moreira; ARRUDA, Paula. Instituições. Formações sociais diversas da família e condição dos homossexuais no Brasil. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SCAFF, Fernando Facury. (Org.). *Discriminação por orientação sexual*. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 191-204.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. ADI 4.277: uma discussão sobre a legitimidade do STF. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 17, nº 3, p. 501-515, set-dez/2012.

MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. *Direito, Estado E Sociedade*, nº 41, p. 157-183, jul-dez/2012.

OPPERMANN, Marta Cauduro. Competência das varas de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

____RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

____RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Orgs.). *327*
Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, nº 2, p. 75-83, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRÍTICA À EXPANSÃO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS E A NOVA AMEAÇA À LIBERDADE DE CÁTEDRA

CYNARA MONTEIRO MARIANO

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

329

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto uma reflexão crítica acerca das repercussões da expansão do controle judicial sobre as políticas públicas e sobre a teoria geral dos atos administrativos, em especial, sobre os limites do controle judicial da discricionariedade ou do mérito dos atos administrativos.

Essa reflexão se mostra importante porque, com a evolução da normatividade dos princípios constitucionais, estabelecida pelo giro hermenêutico pós-88, que substituiu a noção de legitimidade do direito como fundamento legal/racional/positivista pela noção de uma legitimidade valorativa ou pós-positivista, o âmbito da interpretação judicial no Brasil se expandiu para além da legalidade/positividade. Isso resultou, como se observa na cena política nos dias atuais, em um Poder Judiciário mais ativista, que abandonou a tradicional postura de autorrestrição em face da separação dos poderes para assumir um considerável protagonismo, até então inexistente, na implementação (e não mais apenas de defesa) da Constituição. Essa postura ativista tem abalado

a harmonia entre os poderes constituídos, notadamente quando se trata da implementação de políticas públicas, dos julgamentos de contas e dos gastos públicos e até mesmo da crescente onda da criminalização dos adversários do capital, onde as intervenções judiciais adentram em esferas de competências típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, em claro desvirtuamento da política para o direito.

O estudo analisa também o Projeto de Lei n.º 1.411/2015, de autoria do Deputado Federal Rogério Marinho, do PSDB/RN, que, ao criminalizar a liberdade de cátedra, parece abrir outro caminho para a intervenção judicial na tradicional autonomia dos ambientes escolares e universitários.

Tem-se observado nos dias de hoje um protagonismo indisfarçado do Poder Judiciário no centro decisório das grandes questões políticas. Mais por obra da perda da ingenuidade entre uma separação estabelecida entre a política e o direito do que por força da hermenêutica, de *per si*. O que se pode brevemente dizer é que o avanço do Poder Judiciário sobre a política também decorre daquilo que bem detectou Hirschl:

330 O Poder Judiciário não cai do céu; ele é politicamente construído. Creio que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle da constitucionalidade são resultado de um pacto estratégico liderados por elites políticas hegemônicas, sempre ameaçadas, a procurarem isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis. (HIRSCHL, 2004, p. 49)¹

A dilatação de influência do Poder Judiciário em quase todos os sistemas democráticos da modernidade evidencia a clara disputa de poder e de ideias no âmbito interno de uma sociedade política. Por incrível que se possa parecer, e numa perversa simbiose, tem sido exatamente em países a exibirem sistemas autoritários aqueles onde se percebe a menor influência do Poder Judiciário nos processos políticos. Em outras palavras: o protagonismo do Poder

1. No original: "Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests".

Judiciário alia-se à existência de constituições democráticas², de sociedades que procuram garantir liberdades fundamentais, como a de locomoção ou a de expressão; onde não se observa este protagonismo, têm-se experiências autoritárias. O que um primeiro – e superficial – olhar sugere atualmente é que a judicialização dos processos políticos atua positivamente na democracia, ao mesmo tempo em que a inibição dessa judicialização traduziria deficiência democrática. Nada mais falso e deficiente.

É possível que parte da hermenêutica constitucional muito provavelmente tenha dado o substrato inicial para o ativismo do Poder Judiciário. Com a expansão do conteúdo do direito operada pela mudança do paradigma constitucional, que introduziu a ideia de legitimidade mais associada a uma juridicidade, conceito mais amplo do que o da antiga legalidade, o Poder Judiciário passou a ganhar destaque no cenário político, uma vez que rogou para si a competência para interpretar a Constituição com referência a valores e princípios, alterando livremente os conteúdos legislativos e invadindo o mérito dos atos administrativos.

Desse modo, muitas das decisões políticas fundamentais da sociedade brasileira vêm sendo agora tomadas por juízes e tribunais com naturalidade, o que faz ressurgir na realidade sociopolítica brasileira um novo governo de homens togados, em oposição ao desejável e avançado estágio iluminista já alcançado outrora, de governo das leis.

O papel desempenhado pelos Poderes Legislativo e Executivo, no entanto, não se tornou mais tímido em virtude de um ativismo judicial, por si só, nem perdeu espaço exclusivamente em função das novas teorias da Hermenêutica Constitucional. No tocante ao Legislativo, outra causa que influenciou a expansão do ativismo judicial foi a perda paulatina de efetividade e legitimidade do processo político, que se deixou absorver por interesses partidários de disputa/continuidade do poder e pela participação na gestão. Esse fenômeno não é novo, nem peculiar do Brasil. No sistema norte-americano, acontece algo semelhante. Desde a década de 1980, o Legislativo por lá con-

2. No que pese ser bastante discutível a qualificação de democracia apenas para constituições que não somente garantam a plenitude do livre-mercado e dos pressupostos do liberalismo, como ainda aquelas que procuram, nos dias atuais, praticar um mínimo de dirigismo constitucional econômico e financeiro.

some a maior parte de seu tempo em atividades outras, que não o processo de produção normativa (ELY, 1980, p. 131). Quando esta (a produção normativa) ocorre, ao menos por aqui, há também a problemática da legislação com efeitos simbólicos (NEVES, 2007).

A interferência da atuação judicial não vem ocorrendo, contudo, somente na seara parlamentar. Juízes e tribunais parecem agora fazer tábula rasa da legalidade, que constitui (ainda) o maior vetor da atuação do Poder Executivo e da Administração Pública. A obediência à legalidade, à “reserva do possível” ou às célebres “razões de Estado”, não encontram mais a guarida de outrora no Judiciário. Este libertou-se da tradicional postura positivista de autorrestrição em face da separação dos poderes para assumir outra, pós-positivista, agora em defesa e implementação da Constituição. O resultado dessa mudança foi a interferência judicial nas políticas públicas, nos serviços públicos, no orçamento e na realização do gasto público, áreas até então imunes ao controle judicial tanto por se tratar de prerrogativas/competências exclusivas do Executivo e do Legislativo como também por pertencerem ao domínio do mérito dos atos administrativos.

332

No campo do Direito Penal, em que a legalidade, com muito mais razão, deve imperar, veem-se também infrações éticas e a legislações especiais tratadas agora pelo Direito Penal comum e o uso de instrumentos processuais duvidosos para servir de fonte a prisões preventivas que superam a razoabilidade dos prazos. Isso pode estar sinalizando mais um desvirtuamento da política para o direito, demonstrando que o Judiciário brasileiro pode estar encampando os interesses do capital, utilizando-se da tática da criminalização e controle dos “indesejáveis” pelo direito penal (ZAFFARONI, 1984). Com uma forte crítica, especialmente efetiva em diversos momentos por Lênio Streck, passaram a exercer papel determinante na aplicação do Direito Penal o recurso à “consciência do juiz” ou ao chamado “princípio da livre apreciação das provas”. Como resultado, restou diminuída a força das garantias políticas constitucionais a consolidarem, há mais de 300 anos, o devido processo legal para fins de condenação de alguém com sua privação de liberdade.

Além de debruçar-se sobre o abandono da legalidade e sobre o avanço do controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos, este trabalho

também pretende tecer crítica ao Projeto de Lei (PL) n.º 1.411/2015, de iniciativa do deputado federal Rogério Marinho, do PSDB/RN, titular da Comissão de Educação da Câmara dos Deputados, por representar uma abertura para uma judicialização da liberdade de cátedra.

O citado PL torna crime o “assédio ideológico” em ambiente escolar, caracterizado pela conduta de “expor aluno a assédio ideológico, condicionando o aluno a adotar determinado posicionamento político, partidário, ideológico ou constranger o aluno por adotar posicionamento diverso do seu, independente de quem seja o agente”. O projeto prevê pena de detenção de três meses a um ano e multa, com possibilidade de aumento da punição, caso o ato seja praticado por educadores ou “afete negativamente a vida acadêmica da vítima”. Sugere ainda alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para que seja incluído, entre os direitos da criança e do adolescente “adotar posicionamentos ideológicos de forma espontânea, livre de assédio de terceiros”.

Ora, o assunto torna-se ambíguo justamente quando se aceita que os educadores devem apresentar diferentes visões de mundo. Então qual será o critério para decidir se, ao fazer isso, haverá ou não a “doutrinação”? Se a resposta será dada pelos tribunais, então agora os tribunais decidirão sobre a liberdade de cátedra. Judicializado estará o conteúdo do ensino, em clara afronta à separação dos poderes, por invadir competências típicas dos demais. Sem falar do atentado à tradicional e desejável autonomia universitária.

A aprovação do Projeto de Lei n.º 1.411/2015 é perturbadora. Não se trata apenas de mais um projeto de lei que visa coibir atos de violência física ou moral nos ambientes escolares e universitários. Ele traz consigo a marca da censura e do controle do pensamento.

DO CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE AO NOVO CONTROLE DA “JURIDICIDADE”: EVOLUÇÃO?

O controle judicial dos atos administrativos, quanto ao aspecto da legalidade, não se reveste de maiores controvérsias porque se insere dentro do próprio conceito de *jurisdição* ou é resultado do Estado de Direito (DI PIETRO, 2001, p. 137). Todavia, desde a edição da Súmula n.º 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial [...]

Em sessão plenária de 3 de dezembro de 1969, estabeleceu-se a controvérsia quanto o controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, aparentemente alcançados pela redação final do verbete.

334 A legalidade de que aqui se fala não se deixa revelar apenas argumento de força retórica. A vinculação de um julgado de qualquer juízo atinge, como não poderia deixar de ser, a todos, e aqui começa o maior problema de teoria da democracia que se pode extrair a partir da objetividade da Constituição da República. O inciso II do Art. 5º da Constituição consolida uma das unânimes conquistas do constitucionalismo liberal democrático, qual seja, o princípio da legalidade, que consiste na determinação de que de ninguém será exigida conduta não prevista em lei. Referido princípio é antecedido somente pelo elemento fundante do conteúdo da democracia na modernidade: a igualdade de todos perante a lei, com ênfase à inequívoca condição de igualdade entre homem e mulher. Esta ordem de princípios constitucionais não nos parece aleatória, porém como produto da “razão da história”. Os outros princípios constitucionais a precederem àquele da legalidade ratificam-no. É que a objetiva definição constitucional de que o Estado brasileiro é uma república democrática não deixa espaço para incertezas: somente se pode pensar uma república democrática numa ambiência de igualdade e legalidade democráticas. Assim, a valoração da legalidade por meio de “sopesamentos”, “livre convencimentos do julgador”, é absolutamente incompatível com a legalidade da Constituição Federal de 1988. Não há necessidade de maior esforço para se concluir dos riscos com a relativização pessoal da legalidade.

A esse despeito, e a partir da edição da Súmula nº 473 do STF, a doutrina administrativista foi se consolidando no sentido de admitir o controle da discricionariedade ou do mérito dos atos administrativos, quando estes se revelarem abusivos ou ilegítimos. Na lição de Hely Lopes Meirelles, poder discricionário não se confunde com poder arbitrário:

[...] discricionabilidade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido [...]. (MEIRELLES, 1978, p. 90).

Dessa distinção entre discricionabilidade e ilegalidade é que surgiu a possibilidade de o Poder Judiciário controlar/anular os atos administrativos que, embora decorrentes do poder discricionário, são, na realidade, arbitrários e, conseqüentemente, ilegais. Assim, a possibilidade do controle judicial solidificou-se na extensão de todos os atos administrativos, vinculados ou discricionários, como sintetiza José Alfredo de Oliveira Baracho:

[...] nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação [...]. (BARACHO, 1984, p. 83).

No sistema político português, por exemplo, o Tribunal Constitucional somente pode apreciar a constitucionalidade das normas jurídicas emanadas dos órgãos do Estado com competência legislativa típica, ou seja, não pode, portanto, apreciar a constitucionalidade dos atos políticos, das políticas públicas ou dos atos administrativos. Tampouco pode concretizar os direitos fundamentais por meio de uma ação direta junto ao próprio tribunal nem pode sancionar os demais titulares dos poderes constituídos pela violação à Constituição (NUNES, 2011, p. 12-13).

No Brasil, tem sido diferente, tanto em função da expansão da atividade interpretativa que o Supremo Tribunal Federal conquistou para si, com apoio de parcela considerável da doutrina jurídica, quanto em função da renúncia paulatina de prerrogativas/competências dos demais poderes. Isso não significa, contudo, que o crescente controle judicial sobre as políticas públicas e os atos administrativos seja ilegítimo por si só. Por aqui, em terras brasileiras, o império da estrita legalidade na Administração Pública necessita de alguns abrandamentos há muito tempo para se compatibilizar com a Teoria da Cons-

tituição e a sua força normativa, em que, aliás, a ação administrativa encontra a sua fonte de validade e de legitimidade.

Como já salientava Lucia Valle Figueiredo, o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a ideia de mera sujeição do administrador à lei, pois este também deve necessariamente se submeter ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais. Portanto, a atuação da Administração Pública deve seguir também os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar (FIGUEIREDO, 2008, p. 42).

Assim, à míngua de razoabilidade e de proporcionalidade, o ato administrativo pode padecer de legitimidade, o que autoriza a sua invalidação judicial. Essa foi a conclusão a que chegou a doutrina administrativista, contando com a defesa de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2010).

Logo, a “juridicidade”, e não mais a estrita legalidade, é que passou a conferir a plena legitimidade e validade dos atos administrativos. Com isso, o conteúdo do princípio da legalidade expandiu-se, não mais se encerrando na lógica positivista, como disserta Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade. (ROCHA, 1994. p.79).

Também no entender de Juarez Freitas:

[...] a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a te-

leologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada. (FREITAS, 2004, p. 43-44).

A nova “juridicidade” dos atos administrativos exige agora o respeito para além da legalidade, compreendendo, portanto, a necessidade de se promover um juízo de razoabilidade e de adequação entre meios e fins, em cada situação concreta que é posta diante da atuação da Administração Pública. Ou seja,

[...] o que legitima a Administração Pública – como, de resto, qualquer das atuações do Estado Democrático de Direito – é a realização efetiva e eficiente em cada situação administrativa e que se identifica, na maioria das vezes, com a prestação do serviço público, (ROCHA, 1994, p. 110).

Novamente nesse sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha entende que:

A Administração Pública tem como finalidade fazer com que os efeitos determinados pelas normas jurídicas se concretizem. Por isso, a atividade administrativa é função, ou seja, por ela se faz “funcionar” a norma jurídica que, quando de sua produção, põe-se estaticamente e ainda sem vida efetiva. É apenas um instrumento, que somente cumpre a finalidade quando operacionalizada.

A aplicação do princípio da juridicidade administrativa tem o seu conteúdo marcado pela adequação perfeita entre o quanto posto no Direito e o quanto realizado pela entidade competente na sequência daquela disposição. (ROCHA, 1994, p. 83).

Por outro lado, no Direito Constitucional, com o reconhecimento da densidade normativa dos princípios constitucionais operada pelo giro hermenêutico pós-88, a atuação da Administração Pública não ficou mais comprometida agora apenas com a legalidade.

A ideia de constituição dirigente (CANOTILHO, 1994) também passou a obrigar a Administração Pública e o Poder Executivo a envidar todos os esforços necessários à plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais,

especialmente os sociais e econômicos. Logo, segundo os atuais parâmetros democráticos e dirigentes, a fonte da autoridade política não encontra mais lugar na racionalidade da lei. Assim, a ação administrativa não mais se legitima no seu enclausuramento na burocracia. Apesar de o mesmo Canotilho ter se voltado contra o constitucionalismo dirigente, entre nós, ainda não perdeu ele a força política e legitimadora da ação desenvolvimentista do Estado, logo de seu protagonismo administrativista. A “virada” de Canotilho e de outros intelectuais também contribuiu para novas versões que, em nome de um ideologicamente desarmado desejo de efetivação de normas constitucionais, operou a rendição da política e dos políticos para o Judiciário. Evidente que há uma articulação de poder entre o projeto de esvaziamento da constituição dirigente, o que conduz também ao esvaziamento da política, que passa a ser produzida pelos atores “não políticos”, ou dito de outra forma, pelos juízes. Este mecanismo foi bem entendido por Gilberto Bercovici:

338

Na realidade, o que pretendem os atuais críticos da Constituição é a volta ao Estado mínimo do liberalismo do século XIX. Pretendem eles relegar o poder do Estado a simples garantidor, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, do funcionamento das três instituições fundamentais do Direito Privado e da economia de mercado: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil. [...] As soluções dadas pelo intérprete e pelo aplicador da Constituição devem estar adequadas e ser coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada, que os vincula. A Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade. São os princípios fundamentais da Constituição, como vimos, os consagrados nos seus artigos 1º e 3º. São esses os princípios constitucionais que constituem o “cerne da Constituição” e que devem servir de diretriz, por meio do princípio da unidade da Constituição, para a interpretação coerente das normas da Constituição de 1988 sem isolá-las do seu sistema e contexto. A perspectiva jurídica da Constituição precisa ser completada por considerações de política constitucional dirigidas para manter, possibilitar ou criar os pressupostos de uma realização legítima da Constituição. O grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional. E, como vimos acima, não faltam meios jurídicos para tanto. (BERCOVICI, 2009, pp. 42-46).

Na concepção dirigente, traduzida para o Direito Administrativo, é preciso, portanto, compatibilizar, dentro da Administração Pública, a conquista iluminista do Estado de Direito e do império da lei com a força normativa da Constituição e dos seus princípios, especialmente para garantir a dignidade da pessoa humana.

Assim, o Direito Administrativo vem humanizando-se. Humanizando-se, contudo, pela ação dos tribunais. Não há dúvidas de que isto representa, como sempre, a influência do direito comunitário europeu e do direito norte-americano. Antes fortemente influenciado pelo direito francês, o Direito Administrativo, diante da nova realidade da União Europeia, agora sofre influências decorrentes do encontro entre sistemas jurídicos distintos: o sistema europeu continental, de um lado; e o sistema da *commom law*, de outro.

Os Estados Unidos, que seguem o sistema da *commom law*, como se sabe, só muito tardiamente aceitaram a existência do Direito Administrativo como ramo autônomo do direito. Quando o fizeram, porém, não incorporaram todos os institutos do direito francês, como a ideia de serviço público de titularidade do Estado ou a sujeição dos contratos administrativos ao regime de direito público. Como consequência, muitos dos institutos tradicionais do Direito Administrativo do sistema continental europeu agora vêm passando por transformações, como é o caso do conceito de serviço público, que a Corte de Justiça europeia exige seja substituído pelo de “serviço de interesse econômico geral”, e de contrato administrativo e suas cláusulas sexorbitantes, cuja extinção já se defende.

Com essas alterações, analisadas e criticadas por Maria Sylvia Di Pietro, parte de nossa doutrina e de nossas instituições estão se deixando influenciar pelas lições do estrangeiro, tensionando, como nunca, a dicotomia clássica do Direito Administrativo: autoridade e liberdade. Essa tensão, contudo, que vem se estabelecendo em nome da centralidade da pessoa humana, está sendo travada apenas com o objetivo de defender os interesses econômicos, representados pela liberdade de iniciativa, liberdade de competição e liberdade de indústria e comércio. Face à liberdade, a autoridade e as prerrogativas do Estado são ameaçadoras (DI PIETRO, 2010).

Portanto, é possível afirmar que por trás da ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos, em busca da dignidade da pessoa humana, pode

estar o avanço dos ideais neoliberalizantes. Não se está com isso a dizer que a dignidade da pessoa humana não deva ser valorizada. A crítica é feita no sentido de que a expansão do conteúdo da legalidade administrativa, ao gerar a expansão do controle judicial sobre a Administração Pública, pode ter como efeito a concretização dos matizes neoliberais, para os quais a supremacia do interesse público e as prerrogativas estatais contrariam a liberdade de iniciativa.

Por esta razão, é preciso conter a expansão da intervenção judicial sobre a Administração Pública. Somente o Estado tem condições de prestar determinadas atividades essenciais à coletividade e garantir um mínimo de vida digna e de igualdade de oportunidades aos cidadãos, no sentido defendido por John Roemer (1998). Apoiado na perspectiva *rawlsiana*, Roemer propõe dois elementos principais que determinariam o resultado auferido pelos indivíduos: o *esforço* exercido por estes e as *circunstâncias* em que estão inseridos, ou seja, seus atributos inatos, como gênero, raça e *background* familiar. Tais circunstâncias seriam responsáveis por determinar as oportunidades a que os indivíduos possuiriam acesso. A abordagem de Roemer, baseada nas oportunidades, aponta que uma sociedade justa não é aquela em que a igualdade de resultado é necessariamente observada, mas sim aquela em há plena igualdade de acesso aos bens e serviços básicos necessários para o desenvolvimento de cada indivíduo.

No plano do Direito Constitucional, por sua vez, é igualmente necessário estabelecer onde e quando ainda deve prevalecer a legalidade, e quando e onde a legalidade deve dar lugar à Constituição. É indissociável estabelecer também os limites e a legitimidade do controle judicial sobre a discricionariedade e o mérito dos atos administrativos, pois a atuação do Judiciário, na tentativa de concretizar os direitos fundamentais, conformando, e muitas vezes até submetendo, os demais poderes da República, além de afrontar o equilíbrio no agenciamento dos poderes republicanos e sepultar conceitos e princípios fundantes da teoria geral dos atos administrativos, pode ainda subverter a titularidade do poder constituinte e a legitimidade majoritária.

Como o princípio da separação de poderes é uma das construções mais importantes do Estado Moderno e fundamental para a vida democrática, o estudo e a crítica dos limites da atuação judicial nas áreas de competências

típicas dos demais poderes constituídos constitui assunto de singular relevância teórica e prática. Porque o papel do Judiciário em muitos dos sistemas jurídicos se limita à defesa da Constituição, enquanto a sua implementação compete ao Legislativo e ao Executivo. No Brasil, isso parece certo no plano constitucional, todavia, assim não o tem sido nas arenas política e processual.

A NOVA AMEAÇA À LIBERDADE DE CÁTEDRA E A PROPOSTA DA EDUCAÇÃO BANCÁRIA: O CASO DO PL Nº 1.411/2015

O Projeto de Lei nº 1.411/2015 torna crime o “assédio ideológico” em ambiente escolar, caracterizado pela conduta de “expor aluno a assédio ideológico, condicionando o aluno a adotar determinado posicionamento político, partidário, ideológico ou constranger o aluno por adotar posicionamento diverso do seu, independente de quem seja o agente”. O projeto prevê também pena de detenção de três meses a um ano e multa, com possibilidade de aumento da punição, caso o ato seja praticado por educadores ou “afete negativamente a vida acadêmica da vítima”.

Observa-se, inicialmente, pela mensagem do citado PL, que aparentemente imbuído pelo espírito democrático e republicano de garantir a pluralidade, a iniciativa do Deputado Rogério Marinho parece ser dirigida ao debate e à abordagem de teses de vieses socialistas ou “esquerdistas” nos ambientes escolares e acadêmicos. Na mensagem do projeto, Rogério Marinho, autor da proposta, cita trechos de material de apoio elaborado para o V Congresso Nacional do Partido dos Trabalhadores, intitulado “Caderno de Teses”, para a sua justificativa. Segundo o Deputado, o documento apresenta passagens que instigam uma suposta “doutrinação” nos ambientes escolares.

Sob o prisma jurídico, é evidente que o projeto é inconstitucional. Viola regras de competência legislativa (CF/88, arts. 22, XXIV e art. 24, IX) e atenta contra a liberdade de cátedra, também protegida constitucionalmente (“Art. 206 da Constituição: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, [...]”).

A liberdade de cátedra constitui, portanto, um valor constitucional, e a mesma só foi objeto de controle e criminalização por aqui nos períodos obscuros de nossa história política, como no macartismo e na ditadura militar. Em épocas em que a violência e o arbítrio subvertem a racionalidade, a história já mostrou que o controle dos ambientes escolares (e especialmente, dos universitários) é tática de importância vital para a instalação da nova (des)ordem.

Nesses tempos difíceis, foram alvos de perseguição não apenas os militantes de esquerda, mas também os intelectuais suspeitos de difundir ideias socialistas ou considerados adversários do regime. Na visão dos vitoriosos do golpe de 1964, as universidades haviam se tornado ninhos de proselitismo das propostas revolucionárias e de recrutamento de quadros para as esquerdas. Os elementos deflagradores do controle do ambiente universitário foram, assim, o medo, a insegurança e a reação ao processo de “esquerdização” ou de “comunização” supostamente em curso no país (MOTTA, 2014).

342 Inclusive, com o recrudescimento da ditadura militar, ocasião da edição do AI-5 e do AC-75, o expurgo de professores teve impacto bem superior ao de 1964. Nesse segundo ciclo repressivo, os desligamentos foram mais sofisticados, atingindo, em proporção maior, “professores e pesquisadores com liderança nas respectivas áreas, em fase madura de produção e, em certos casos, com reconhecimento internacional” (MOTTA, 2014, p. 165).

Os intelectuais sempre são alvo de perseguição porque, conhecedores dos processos por meios dos quais atuam as forças conservadoras e reacionárias, não aceitam que o jogo democrático seja suplantado pela cruzada dos ricos contra os pobres ou da violência e da irracionalidade sobre a liberdade. É impossível que um educador não revele as suas preferências pessoais e as suas opções políticas, estéticas ou religiosas etc. Não existe neutralidade na academia, mas sim compromisso com a verdade.

Nesse sentido (aliás, em todos), o Projeto de Lei do deputado Rogério Marinho significa uma anulação da subjetividade e da crítica. Implica em transformar os ambientes escolares em meros reprodutores do conhecimento, confinando-os no obscurantismo. Uma ameaça ao “esclarecimento”, que escancara as portas para o dogmatismo e o autoritarismo.

Paulo Freire, em sua *Pedagogia do oprimido*, alertou para os perigos de uma “educação bancária”, tal qual propõe o Deputado Rogério Marinho. Frei-

re buscou mostrar como a educação no Brasil, sem a consciência e a libertação do oprimido, produz e reproduz a desigualdade, a marginalização e a miséria. O não pensar (o não “doutrinar”) é algo puramente planejado pelos que estão no poder, para que possam ter em suas mãos a maior quantidade possível de oprimidos. Como, então, poderá o homem sair da opressão se os que “ensinam” são também aqueles que oprimem? No desenvolver de sua obra, Freire procura conscientizar o docente (e a todos) do seu papel problematizador da realidade do educando.

Do ponto de vista das temáticas tratadas neste trabalho – separação dos poderes e judicialização da Administração Pública, o Projeto de Lei nº 1.411/2015 demanda crítica porque também propõe uma intervenção judicial sobre o mérito dos atos administrativos, no caso, na tradicional liberdade de cátedra. Como a “doutrinação” por ele criminalizada consiste em conceito indeterminado, até diante da indefinição de seu conteúdo ideológico (“doutrinação” à esquerda ou “doutrinação” à direita?), tem-se como certa a sua indesejável definição nos tribunais.

CONCLUSÕES

343

As críticas que hoje em dia são dirigidas à efetividade do processo político majoritário e do sistema representativo no Brasil não devem resultar no descrédito geral quanto ao papel desempenhado pelo Legislativo e pelo Executivo na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Muito menos devem conduzir à conclusão de que o Poder Judiciário é melhor e mais neutro no exercício de suas funções, de modo a legitimar a paulatina transferência do centro decisório para os tribunais. A busca determinada por um “poder neutro” é que justificava, na visão tradicional da teoria política, a entrega da função de defesa da Constituição ao Judiciário, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo, especialmente o primeiro, são, por sua essência, os lugares em que tem assento a representação dos mais variados interesses da sociedade, ao passo que o Judiciário, justamente por ser não representativo, seria neutro e, portanto, mais apto a desempenhar a delicada função de defesa e implementação da Constituição. Não é que a neutralidade não seja desejável, é que ela é impossível em qualquer poder.

Os tempos atuais vêm demonstrando que não existe neutralidade no Judiciário.

Obviamente, a legislação é falha (“seriam necessários os deuses para dar as leis aos homens”, já dizia Rousseau), o orçamento é insuficiente e, por consequência, as políticas públicas não são plenamente eficazes. Muito menos são hábeis a realizar e concretizar os direitos fundamentais no ritmo urgente das necessidades da dignidade da pessoa humana. Isso, contudo, não significa que, sob o fundamento de imprimir uma marcha mais forte nessa busca, qualquer dos poderes constituídos, especialmente o não representativo, possa abalar a obra constituinte quanto o agenciamento dos poderes e as regras de distribuição de competências.

344 A lição “maquiavélica” e de parte considerável da teoria política mais recente ensina que a aparente neutralidade e o tecnicismo do Poder Judiciário, ou de qualquer outro poder, não é mais salutar do que o pluralismo e a representatividade do parlamento ou da legitimidade majoritária do Executivo (MACHIAVELLI, 1996). Não se pode olvidar, contudo, que, como toda instituição política, o Legislativo e o Executivo são falhos e imperfeitos. Apenas algo parece certo: é que alguns dos obstáculos à eficácia da sua atuação não podem ser superados com a expansão do controle judicial (MAUS, 2009; NUNES, 2011; PEREZ ROYO, 1988; TUSHNET, 1999).

Demonstrada a fragilização do arranjo democrático e republicano com o ativismo crescente do Poder Judiciário, outra não pode ser a conclusão, relativamente ao Projeto de Lei n.º 1.4117/2015, do Deputado Federal Rogério Marinho, do que a sua rejeição. Pavimentar o caminho para que os tribunais decidam agora também sobre o conteúdo do ensino, isto é, aquilo que pode ser ou não “doutrinação”, é algo hostil à democracia, eis que fragiliza os seus mais importantes braços da construção coletiva da cidadania brasileira: as escolas e as universidades.

REFERÊNCIAS

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, abr/jun 1999. Brasília: a. 35, pp. 35-52.

Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1998.

345

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HIRSCHL, Ran. *Toward Juristocracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press 2004.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Discourses on livy*. Tradução: Harvey C. Mansfield e Nathan Tarcov. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

MAUS, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6. ed. atual. São Paulo: RT, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *et all* (org.). *Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Discrecionariiedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *As universidades e o regime militar*. Rio de Janeiro, Zahar, 2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Antônio José Avelás; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo*. O princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

346 PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010.

ROEMER, J.E. *Equality of opportunity*. Harvard University Press, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contract social ou principes du droit politique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1966.

ROYO, Javier Perez. *Tribunal constitucional y división de poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (primer informe). Buenos Aires: Depalma, 1984.

IRRESPONSABILIDADE INSTITUCIONAL NO BRASIL: EQUÍVOCOS E OMISSÕES ANTE UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

347

INTRODUÇÃO

O horizonte da justiça de transição no Brasil ainda ressonante de transformações importantíssimas, principalmente no que respeita aos pilares da reforma institucional e da responsabilização por crimes contra a humanidade¹. O relatório da Anistia Internacional divulgado em agosto de 2015, intitulado “Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar (PM) na cidade do Rio de Janeiro”, indicou o número de 8.466 vítimas de homicídios decorrentes de intervenções policiais em todo o Estado do Rio de Janeiro,

1. Para a uma análise destes e outros aspectos da justiça de transição brasileira, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Crimes Contra a Humanidade Praticados pela Ditadura Brasileira de 1964-1985: Direito à Memória e à Verdade, Dever de Investigação e Inversão do Ônus da Prova.” Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK (2014), acesso em: 10 set. 2015, <http://verdadeaberta.org/relatorio/>; MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

entre 2005 e 2014². O quadro de violência institucionalizada extrema na repressão policial anda de mãos dadas com uma efetiva e ampla impunidade que é resguardada por instituições como as próprias polícias (militar e civil), o Ministério Público e o Poder Judiciário³. Ainda que a associação entre a persistência de um aparato repressor lesivo de direitos humanos e a ausência de responsabilização criminal individual possa ser debatida, é possível arriscar que a situação não poderia ser pior se acaso enfrentássemos devidamente os obstáculos criados pela ausência de um tratamento normativo dos crimes contra a humanidade praticados no Brasil entre 1964 e 1985⁴.

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), ao publicar seu relatório final em dezembro de 2014, deu um importante passo no sentido de busca inserir o Estado brasileiro entre aqueles que não tolerariam uma anistia em branco para crimes contra a humanidade. Explicitamente ela assim se referiu às graves violações de direitos humanos praticadas por agentes públicos durante a última ditadura, recomendando que a Lei de Anistia de 1979 não mais servisse de obstáculo à responsabilização criminal por tais atos⁵. Mais do

2. ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 31.

3. “O quadro de violência e a alta taxa de homicídios no Brasil são agravados pelo elevado índice de impunidade. Estima-se que apenas de 5% a 8% dos homicídios no país sejam elucidados. Nos casos registrados como “homicídio decorrente de intervenção policial”, a impunidade é ainda maior devido às graves falhas no processo de investigação. Essa impunidade alimenta o ciclo de violência e revela problemas na investigação criminal e no sistema de Justiça Criminal como um todo, o que inclui a Polícia Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário” (ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 65).

4. Para a uma defesa da correlação direta entre ausência de responsabilização criminal individual por graves violações de direitos humanos e persistência da violência de Estado em períodos transicionais, cf. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Co., 2011. Para uma crítica desta direta associação, cf. OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington: Unite States Institute of Peace Press, 2010.

5. “Para a fundamentação de sua posição, a CNV considerou que, desde meados do século XX, em decorrência da investigação e do julgamento de violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a crescente internacionalização dos direitos humanos, com a consolidação de parâmetros de proteção mínimos voltados à proteção da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina internacionalistas são unânimes em reconhecer que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e mesmo de tratados sobre direitos humanos. A elevada relevância do bem jurídico protegido – nas hipóteses de crimes contra a humanidade, a abranger as práticas de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – requer dos Estados o cumprimento da obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º)” (BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Volume I. Brasília: CNV, 2014, p. 914).

que isto, procurou deixar clara a inserção do Estado brasileiro em uma ordem normativa internacional preocupada com o asseguramento de obrigações erga omnes e normas de jus cogens. Em um sentido semelhante, foi essa a posição defendida pelo Procurador-Geral da República no parecer que apresentou no procedimento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 320, ação proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) visando a exigir o cumprimento pelo Estado brasileiro do que foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso Gomes Lund.⁶

A posição do Procurador-Geral da República externou uma clara preocupação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos – ainda que se possa questionar o modo como se procedeu à distinção entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade⁷. Mas mesmo esta crítica não se compara ao “estado da arte” do Poder Judiciário brasileiro no que concerne à transição brasileira e seus desdobramentos normativos. E nem mesmo ao Poder Legislativo.

Neste breve artigo, resgataremos dois atos – um judicial e outro legislativo – que bem denunciam, a nosso ver, tal situação. Ela chama a atenção para um total descolamento em relação a o que tem acontecido na normativa internacional dos direitos humanos, assim como em relação às concepções que procuram relacionar tais acontecimentos ao Constitucionalismo contemporâneo. Será a ocasião, portanto, para trazer à lume questionamentos que podem iluminar mais um dentre os vários focos de crítica em relação aos três poderes – sem, contudo, perder de vista uma concepção normativa e constitutiva adequada ao Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988.

349

PODER JUDICIÁRIO E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Poder Judiciário tem chamado a atenção nos últimos anos não só por suas querelas e pretensões de cunho patrimonial, como também por conta das

6. Para uma análise da relação entre a decisão do STF na ADPF 153 e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Gomes Lund, cf. MEYER. Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

7. Para esta crítica, cf. PATRUS, Rafael Dilly. Articulação constitucional e justiça de transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

decisões que toma – protagonizando a cena aquelas travestidas de argumentos de combate a uma “generalizada corrupção” aceitos sem qualquer preocupação com o sistemas de garantias processuais penais⁸. Auxílios das mais variadas espécies concorrem com decisões que primam pela falta de compromisso com normas constitucionais e, no que toca ao objeto deste artigo, normas internacionais de direitos humanos. Na linha do parecer do Procurador-Geral da República na ADPF 320 acima mencionado, o Ministério Público Federal tem instaurado diversos procedimentos investigatórios criminais e ajuizado ações penais públicas para responsabilizar agentes e ex-agentes públicos por crimes contra a humanidade praticados na ditadura de 1964-1985.⁹

350

Na data de fechamento deste texto, 14 ações penais tramitavam no Poder Judiciário brasileiro, várias delas com percalços e, principalmente, enfrentando o obstáculo de suspensões determinadas pelo Supremo Tribunal Federal em reclamações ali ajuizadas pelos acusados. Destacam-se os argumentos de uma suposta confusão de objeto com o que será decidido na ADPF 320 e de violação de autoridade do julgado na ADPF 153, por exemplo, na Reclamações 19.760 e 18.686, referentes aos casos Edgar de Aquino Duarte e Rubens Paiva. Para além dos inúmeros problemas constantes das decisões mencionadas, deslocaremos o foco para uma decisão de primeira instância.

O Ministério Público Federal ajuizou, perante a 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, ação penal contra Audir Santos Maciel e outros pela suposta prática dos crimes de homicídio e falsidade ideológica contra a vítima Manoel Fiel Filho. Caso rumoroso ocorrido em 1976, os crimes se deram com o emprego de vários agentes do Destacamento de Operações Internas (DOI) do II Exército, tudo em um contexto de um ataque sistemático e generalizado. Os autos da referida ação penal, de número 0007502-27.2015.4.03.6181, consistiram de

8. Para algumas críticas a alguns aspectos da Operação Lava Jato, cf. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. Lava Jato é sintoma de que nem as palavras têm mais valor no Direito. Conjur, <http://www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito>, acesso 10 de Agosto, 2015; ROSA, Alexandre Morais da. Como é possível ensinar processo penal depois da Operação Lava Jato? Conjur: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>. Acesso em: 10 ago. 2015.

9. Para a um acompanhamento dessas ações, verifique-se o projeto desenvolvido pelo CJT – Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<http://ctj.ufmg.br>).

cerca de 20 volumes e somavam-se a testemunhos de direito à memória e à verdade constantes de documentos oficiais como o relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV).¹⁰

Diante destas circunstâncias, pareceu bastar que a decisão proferida pelo Juiz Federal Alessandro Diaferia, em suas 54 páginas, se ativesse a transcrever 22 páginas da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 153. Nenhuma consideração foi feita a respeito do que decidido no Caso Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – esclareça-se que tal decisão não se restringe aos casos da Guerrilha do Araguaia, estabelecendo que nenhum instituto de afastamento da incidência da norma penal poderá obstaculizar responsabilizações por graves violações de direitos humanos.¹¹ Em uma comparação claramente descabida, a decisão judicial refuta o argumento do Ministério Público Federal de que haveria, no contexto da ditadura, um ataque generalizado e sistemático contra a população brasileira, salientando que tal ataque estaria, em verdade, presente em situações como o genocídio de Ruanda ou o genocídio armênio.¹² Ora, isto equivaleria a ressuscitar o velho

10. O tomo “Mortos e desaparecidos políticos – maio de 1974, outubro de 1985” do relatório final da CNV informa (p. 276): “A conjuntura em que este evento ocorreu é indicativa de que a morte de Manoel integrava o quadro de assassinatos empreendidos pela “Operação Radar”, desencadeada pelo DOI do II Exército entre março de 1974 e janeiro de 1976, com vistas a dizimar a direção do PCB. Em 1978, o legista José Antônio de Mello, que integrava a equipe do IML/SP quando o corpo do operário chegou, afirmou em matéria da Folha de São Paulo que as possibilidades de auto estrangulamento são raríssimas e que a versão dada no laudo por estrangulamento indicava homicídio e não suicídio. No mesmo ano, Thereza entrou com um processo contra a União, por meio da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, requerendo a elucidação das circunstâncias da morte de Manoel.

A sentença proferida pelo então juiz Federal Jorge Flauquer Scartezzini, em 1980, inferiu à existência de responsabilidade objetiva da União, pela conduta de agentes do DOI/CODI do II Exército, relativamente à prisão, tortura e morte de Manoel, por meio de depoimentos anexados que comprovavam tal versão”.

11. “As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha Do Araguaia) v. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em www.cidh.or.cr; acesso em: 10 set. 2015, p. 114).

12. “Encontramos, com muito mais propriedade (sic!), um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 500 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado genocídio armênio, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a ocorrência de 600 mil a 1,8 milhão de vítimas” (BRASIL. 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais. 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Rejeição de denúncia. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf>, acesso em: 10 set. 2015, p. 45-46).

argumento de que tivemos no Brasil uma suposta “ditabranda” – ou seja, a força de uma repressão seria medida em números e direitos humanos tornar-se-iam meramente quantificáveis.

Pior ainda: ignora-se toda a sistematicidade da repressão trazida à tona pelo relatório da CNV. No que interessa precipuamente a este artigo, verifica-se também que há um total desconhecimento do sentido jurídico dos crimes contra a humanidade. A decisão confunde este conceito jurídico com o de genocídio: como assinala David Luban, uma das características distintivas dos crimes contra a humanidade é que eles são praticados com o uso de uma força política, isto é, eles apontam para uma responsabilidade institucional.¹³ Já o crime de genocídio independe do aspecto organizacional, podendo ser praticado por um único agente. Além disto, trata-se de crimes voltados para vítimas identificadas por sua filiação ou vinculação a um grupo, por serem quem são, independentemente do que fazem. Mais do que isto, crimes contra a humanidade surgem como uma categoria jurídica que visa controlar o que governos ou grupos detentores de poder político podem fazer com outros grupos ou populações (nacionais e estrangeiras) a partir do aparato que detêm. A partir da Carta de Nuremberg, o cerceamento à soberania estatal por meio de tais espécies de crimes fundamentou-se justamente na não oponível escusa de que questões de “menor dimensão” seriam assuntos nacionais¹⁴.

352

Este argumento viria a ser somado à já embolorada ideia de que a ordem internacional não atua sobre a ordem interna, devendo haver prevalência de princípios como “independência nacional”, “autodeterminação dos Estados” ou “estabelecimento da paz mundial”. Ora, como mencionar supostos princípios e não discutir a adesão do Estado brasileiro à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – bem como a decisão em Gomes

13. LUBAN, David, “A theory of crimes against humanity,” *Yale J. Int’l L.* 29 (2004), p. 97-98. Segundo Luban, pode-se mesmo dizer que o crime de genocídio foca no caráter plural das vítimas, ao passo que os crimes contra a humanidade focam no caráter plural dos agentes. Em sentido semelhante, AMBOS, Kai. WIRTH, Steffen, “The current law of crimes against humanity: an analysis of untaet regulation 15/2000,” *Criminal Law Forum* 13, no. 1 (2002), p. 21 e CHESTERMAN, Simon, “An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity,” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10, n. 2 (2000), p. 315.

14. “To decline to prosecute a perpetrator because his attack on a civilian population had “only” a few victims diminishes the value of the victim” (LUBAN, “A theory of crimes against humanity”, p. 107-108). Tradução livre: “Refutar-se a processar um perpetrador porque seu ataque a uma população civil teve “apenas” algumas vítimas diminui o valor da vítima”.

Lund? Qual a coerência de tal argumentação que, aliás, parece muito mais se confundir com ausência de argumentação? No mesmo sentido, estaria a ideia defendida de suposta aplicação retroativa das normas internacionais de jus cogens e obrigações erga omnes sobre os crimes contra a humanidade.

Ocorre que, como postulado pelo Ministério Público Federal (MPF), a vigência de tais normas antecede a prática dos crimes imputados aos acusados nesta ação penal. Como bem apontou o Procurador-Geral da República em seu parecer na ADPF 320, podemos arrolar como normas de jus cogens vigentes no período de exceção: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2.184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2.202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2.338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2.712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2.840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão, Exatidão e Punição de Pessoas Condenadas por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (Resolução 3.074 da Assembleia Geral da ONU, 1973); i) Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade, que, acrescente-se, incidiria como norma costumeira no caso brasileiro.

Naomi Roht-Arriaza sustenta, desde pelo menos o início da década de 1990, que há uma responsabilidade estatal internacional de investigação e perseguição de desaparecimentos, esquadrões da morte e outras graves violações de direitos humanos praticadas por regimes opressores¹⁵. Já naquele momento, ela destacava a incidência de um direito costumeiro internacional capaz de fundamentar um dever para com a verdade. Ele estaria assentado em: a) tratados internacionais que poderiam gerar obrigações mesmo para Estados não signatários, reconhecendo tais normas um direito a uma solução judicial

15. ROHT-ARRIAZA, Naomi, "State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law," *California Law Review* (1990), p. 449 e ss.

(right to a remedy); b) práticas estatais, tais quais a perseguição de perpetradores, a formação de um direito doméstico conforme as normas internacionais de direitos humanos, as declarações de representantes governamentais, resoluções e declarações de organizações internacionais; e, c) a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes que consistam em graves violações de direitos humanos.

Em sentido equivalente, Cherif Bassiouni também defendera, em meados da década de 1990, uma estrutura normativa a partir da qual teríamos a formação de direitos e obrigações estatais concernentes à prática de crimes contra a humanidade.¹⁶ Tal estrutura tem caráter de norma imperativa de jus cogens e determina obrigações erga omnes. Especificamente, ela determinaria:¹⁷

- > a obrigação de perseguição ou extradição;
- > fornecimento de assistência jurídica;
- > a eliminação de cláusulas de afastamento da norma penal (statutes of limitations, como as auto-anistias);
- > a eliminação de imunidades estatais;
- > e, adicionaríamos com Roht-Arriaza, a obrigação de inversão do ônus

354 da prova em favor da vítima e em desfavor do Estado¹⁸.

Portanto, a única “novidade” é que decisões do Poder Judiciário brasileiro parecem ter mais força do que normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, normas de jus cogens e obrigações erga omnes válidas para o Brasil e às quais ele não formulou qualquer oposição formal. Para além da ironia, o que resta é a insatisfação com a constatação de que ou há um total desconhecimento do Direito Internacional ou ele é deliberada e solenemente solapado. As velhas desculpas de “pacificação social” e “segurança jurídica”, contraditoriamente, valem mais para tal decisão judicial do que a “sensação de impunidade” por ela cinicamente mencionada (com o perdão da expressão, mas não haveria outra mais adequada).

16. BASSIOUNI, M. Cherif, “Searching for peace and achieving justice: the need for accountability,” *Law and Contemporary Problems* (1996), p. 17.

17. Cf., também, BASSIOUNI, M. Cherif, “International crimes: “Jus cogens” and “Obligatio erga omnes,”” *Law and Contemporary Problems* (1996), p. 63 e ss.

18. ROHT-ARRIAZA, “State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law,” p. 506.

PODER LEGISLATIVO E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Se o Poder Judiciário não tem apresentado melhores motivos para se pensar em instituições vinculadas a um projeto constituinte democrático e de asseguramento de direitos humanos, o Poder Legislativo também fica a dever. É notório que uma legislatura extremamente conservadora como a que foi eleita em 2010 trouxe consigo enormes dificuldades para referido projeto: elevações irresponsáveis de gastos públicos, manutenção e fortalecimento do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, discussões atropeladas sobre a redução da maioria penal, deliberações ao arpejo das normas constitucionais do processo legislativo, tudo isto somado à manutenção de um discurso totalmente desvinculado das exigências internacionais de direitos humanos. Fiquemos no seguinte exemplo.

O Senador Randolfé Rodrigues propôs o Projeto de Lei nº 237/2013, projeto este visava definir legalmente o significado da expressão “crimes conexos”, constante do art. 1º, § 1º, da lei 6.683/1979, a Lei de Anistia. A proposição buscava excluir da incidência do referido dispositivo normativo crimes praticados por agentes públicos contra opositores do regime de exceção, afastando, ainda, a prescrição dos referidos casos. Ainda que este não nos pareça ser o caminho adequado – uma vez que, por se tratar de questão normativa de direitos humanos, o Poder Judiciário seria competente para interpreta-la à luz do sentido estabelecido pelo art. 8º do ADCT da Constituição de 1988¹⁹ – vale registrar um momento importante da tramitação legislativa. Após ter recebido parecer favorável na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, o projeto viria a receber o parecer de rejeição na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da mesma casa legislativa.

O parecer, da lavra do senador relator Antonio Anastasia, chama a atenção, como a decisão judicial acima, pelo modo com que refuta dar aplicação

19. Para uma compreensão que leve a sério as demandas constitucionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos a respeito da adequada interpretação da Lei de Anistia no contexto da Constituição de 1988, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. TORELLY, Marcelo D. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II. *Conjur* (2014): <http://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte>. Acesso em: 10 set. 2015.

aos sistemas internacional e regional de direitos humanos²⁰. O parecer chega a mencionar a fundamentação da proposição legislativa, que exige a adequação da ordem jurídica interna à Constituição Federal de 1988 e aos “sistema de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário”. Mas, em seguida, toda a fundamentação retoma e busca reforçar argumentos das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. A questão já teria sido “eloquentemente decidida”: a fundamentação do voto do ministro Eros Grau, no sentido de que a lei seria uma “lei-medida” é recordada. Mas há mais.

356

Sustenta o parecer, também na linha do voto do ministro Eros Grau, que a Lei de Anistia teria sido elevada à categoria de pressuposto para a realização da Assembleia Constituinte de 1987-1988, nos termos do art. 4º da Emenda Constitucional (EC) nº 26/1985. Um argumento que constaria também do voto do ministro Gilmar Mendes na ADPF 153. Teria ocorrido uma suposta identidade entre poder constituinte e poder constituído, em um tipo de confusão teórica, conceitual e política difícil de elucidar. Descendo alguns degraus a mais, o parecer chega a afirmar que “[...] a anistia para os crimes cometidos pela repressão política da ditadura consistiu em um dos pilares para a construção da nova ordem constitucional advinda com a Constituição Federal de 1988”.²¹

Ora, haveria um modo mais claro de embasar uma ordem democrática e de direitos humanos em uma total lesão desses mesmos direitos humanos? O que dizer de toda a normativa internacional que rechaça as auto-anistias e anistias em branco, verdadeiras tentativas de tornar impunes crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos? Amarrar a Constituição de 1988 a esta tentativa torpe de manter impunes atos tão graves significa não compreender o projeto instituído por essa mesma Constituição ou, pior, reduzi-lo a uma tentativa espúria de mais grave se pôde fazer em nome do Estado brasileiro.

Repensar os limites do poder constituinte originário tem sido, sim, uma das preocupações da teoria constitucional contemporânea. Mas nunca

20. BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mate-web/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

21. BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mate-web/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>, p. 6. Acesso em: 10 set. 2015.

para aceitar lesões a direitos humanos e sim para refuta-las. Já tivemos ocasião de discutir a temática em outros trabalhos²². Por ora, registremos a reivindicação de que as bases do constitucionalismo têm sido erigidas sobre o respeito as normas básicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelecidas em favor do asseguramento de obrigações erga omnes, normas de jus cogens e costumes internacionais lógica e frontalmente opostos à prática de crimes contra a humanidade, não ao seu acobertamento²³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além das preocupações com o reclamo irracional de saudosos da ditadura brasileira, parece se descortinar um contexto institucional em que o trabalho de afirmação e consolidação do projeto constituinte da Constituição de 1988 se torna cada vez mais árduo. Se levarmos a sério a pretensão de um jurista norte-americano de que Poder Judiciário e Poder Legislativo devem primar pelo cumprimento da virtude política da integridade, o problema se torna ainda mais evidente em relação ao sistema constitucional e à normativa internacional de direitos humanos que este mesmo sistema exige cumprimento²⁴.

357

Procuramos apresentar apenas duas situações em que Poder Judiciário e Poder Legislativo trataram o problema da auto-anistia, a nosso ver, de modo irresponsável. Refletir criticamente e denunciar os desmandos de nossas instituições é o primeiro passo para consolidar de forma republicana nosso sistema constitucional de direitos humanos. Muitos outros movimentos ainda são necessários: um maior engajamento da sociedade civil pode advir justamente da difusão crítica das atividades judicial e legislativa. No que respeita à temática aqui ventilada, a mal resolvida situação de perpetradores de crimes contra a

22. MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virginia Prado. Direitos Humanos Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

23. Sensível a um processo de “constitucionalização internacional” (em um sentido restrito aos direitos humanos, poderíamos acrescentar, Ulrich Preuss afirma que tantas obrigações erga omnes como normas de jus cogens são fontes de obrigações e responsabilidades de Estados em geral, como integrantes de uma comunidade internacional, detendo um status normativo diferente das regras que atingem relações apenas entre Estados (PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions From Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept. In: DOBNER, Petra. The twilight of constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 46).

24. Cf. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

humanidade na ditadura de 1964-1985 continuará a ser um obstáculo para uma efetiva reforma de nossas instituições; é uma exigência do nosso próprio sistema normativo constitucional que exijamos responsabilidade institucional no trato de tão graves violações de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. WIRHT, Steffen. *The current law of crimes against humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*. Criminal Law Forum 13, n. 1, 2002, p. 1-90.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International crimes: “ x z”*. Law and Contemporary Problems. 1996, p. 63-74.

BASSIOUNI, M. Cherif. “Searching for peace and achieving justice: The need for accountability.” Law and Contemporary Problems. 1996, p. 9-28.

358 BRASIL. 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais. 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Rejeição de denúncia. Disponível em: www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” 2015. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

CHESTERMAN, Simon. “An altogether different order: Defining the elements of crimes against humanity.” Duke Journal of Comparative & International Law 10, n. 2, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em www.cidh.or.cr. Acesso em: 10 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUBAN, David. *A theory of crimes against humanity*. Yale J. Int'l L. 29, 2004, p. 86-167.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____. “Crimes contra a humanidade praticados pela ditadura brasileira de 1964-1985: Direito à memória e à verdade, dever de investigação e inversão do ônus da prova.” Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK. 2014. Disponível em: <http://verdadeaberta.org/relatorio/>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

_____. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. TORELLY, Marcelo D. SILVA FILHO, José Carlos Moreita da. Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II. Conjur, 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte. Acesso em: 10 set. 2015.

359

OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. *Transitional justice in balance: Comparing processes, weighing efficacy*. Washington: Unite States Institute of Peace Press, 2010.

PATRUS, Rafael Dilly. Articulação constitucional e justiça de transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting constitutions from statehood: Is global constitutionalism a viable concept. In: DOBNER, Petra. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law*. California Law Review, 1990, p. 449-513.

ROSA, Alexandre Morais da. Como é possível ensinar processo penal depois da operação “lava jato”? *Conjur.* Disponível em: www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato. Acesso em: 10 ago. 2015.

SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Co., 2011.

STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. “Lava jato” é sintoma de que nem as palavras têm mais valor no Direito. *Conjur.* Disponível em: www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito. Acesso em: 10 ago. 2015.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição e estado constitucional de direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL E PLURALISMO PRODUTIVO

GIOVANI CLARK

LEONARDO ALVES CORRÊA

SAMUEL PONTES DO NASCIMENTO

INTRODUÇÃO

361

O trabalho é fruto de reflexões desenvolvidas na companhia do professor Washington Peluso Albino de Souza, entre os anos de 1998 e 2009, nas reuniões científicas, da Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE), na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Na ocasião de elaborar o presente artigo, os autores retornaram aos registros e atas de nossos encontros acadêmicos com o objetivo de resgatar os diálogos com o mestre e suas inquietações sobre os temas relevantes para a evolução científica do Direito Econômico.

Ao lado de alunos de graduação e professores de pós-graduação, o professor Washington Albino apresentava seus questionamentos sobre o desenvolvimento nacional brasileiro, entre eles: o papel estratégico da política energética, a relação entre intervenção estatal e redução das desigualdades sociais, os limites e possibilidades do Direito Econômico em face ao Poder Econômico Privado etc. Em alguns momentos, valendo-se de sua sabedoria de décadas em sala de aula, o pensador ubaense temperava o debate com lições sobre o

barroco mineiro, histórias da campanha do “Petróleo é nosso”, suas pesquisas e publicações no Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, casos e histórias pitorescas presenciadas em décadas de relação com professores e alunos da Vetusta Casa de Afonso Pena.

As inesquecíveis reuniões na pequena e modesta sala de nossa Fundação Brasileira de Direito Econômico foram também marcadas por períodos de dificuldades e incertezas. De fato, entre 1990 e 2008, o movimento neoliberal de regulação havia promovido radicais reformas no ordenamento jurídico-econômico com o objetivo de aniquilar as políticas de bem-estar social e, conseqüentemente, implantar um modelo de ação estatal predominantemente normativo (regulador) centrado na desestatização e na criação de agências, no fim das proteções constitucionais aos empreendimentos de capital nacional, no afrouxamento da domesticação jurídica do sistema financeiro e na redução dos direitos sociais.

362 A onda regulatória estava fundamentada em uma base ideológica de matriz liberal-extremista. No âmbito teórico, o novo formato jurídico se sustentava a partir de um conjunto de pressupostos ultraliberais construídos a partir da segunda metade do século XX. De Friedrich Hayek, em *O Caminho da servidão*, de 1944, retiram-se o manifesto contra o planejamento estatal e a exaltação do mercado como lócus de expansão das liberdades individuais; em Milton Friedman, *Capitalismo e liberdade*, de 1962, a tese da indissociabilidade entre liberdade econômica e liberdade política; em *Anarquia, Estado e Utopia* (1974), Robert Nozick propõe uma teoria da justiça “libertária” e o fundamento moral do mercado como instrumento justo da distribuição de riquezas. A despeito das diferenças teóricas, a identidade comum unificadora dos “libertários” é a hipótese segundo a qual o Estado Mínimo seria o único apto a respeitar as liberdades individuais e, conseqüentemente, viabilizar a produção e distribuição das riquezas por meio da livre ação dos agentes de mercado, realizando assim, supostamente, através dele, a justiça social.

No Brasil, a onda liberal-reguladora emerge no final dos anos 1980 do século XX e consolida-se em um contexto histórico sui generis: por um lado, a afirmação de um projeto democrático e emancipatório de afirmação de direitos sociais e econômicos cristalizados na Constituição Econômica e no extenso rol

de direitos fundamentais; e, por outro, a ascensão de um modelo de liberalização regulada da economia e, por conseguinte, a subordinação do projeto nacional aos desmandos de uma elite política e financeira internacional [Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial, Estados do norte interessados em garantir a execução de seu projeto de exploração por meio da desregulamentação de quaisquer barreiras ao livre fluxo do seu capital privado].

Do ponto de vista da ciência jurídica, a afirmação do modelo liberal e regulatório provoca a “mutilação” parcial da disciplina Direito Econômico, na medida em que um de seus objetos centrais de estudo – a política econômica estatal – passa a ser interpretada como ultrapassada (isto é, ligado ao passado nacional-desenvolvimentista da primeira metade do século XX) ou antidemocrática (na medida em que alguns institutos do Direito Econômico – planejamento estatal, empresa estatal, estatização, tabelamento/congelamento – estariam ligados ao modelo político-econômico castrense).

Em termos objetivos, pode-se identificar a “mutilação” do Direito Econômico nos aspectos “institucional” e “hermenêutico”. No primeiro, a “mutilação” ocorreu no âmbito da política acadêmica/universitária, uma vez que a disciplina experimentou uma considerável diminuição de importância do espaço científico com medidas administrativas (diminuição de créditos, extinção de linhas de pesquisa em programas de pós-graduação) e acadêmicas (redução do conteúdo programático da disciplina apenas ao estudo do Direito Concorrencial). O segundo aspecto, o hermenêutico, diz respeito ao modelo interpretativo/constitucional que busca amoldar a Constituição a um modelo econômico radicalmente liberalizante. Trata-se do fenômeno, nas palavras de Bercovici (2011, p. 262), da interpretação fundamentalista do livre-mercado.

Voltando ao início de nosso texto, em que discorríamos sobre do resgate das atas e registros dos debates da Fundação Brasileira de Direito Econômico, ao longo das reuniões de pesquisas, tornava evidente o esforço do professor Washington Peluso Albino de Souza em analisar o processo de expansão do modelo liberal-regulador à luz dos fundamentos científicos do Direito Econômico.

Nesse contexto, uma das mais originais contribuições do mestre Washington Albino girava em torno da proposta de uma categoria hermenêutica capaz de fundamentar o processo de interpretação das normas de Direito

Econômico, independentemente de valores e visões de mundo de cunho particular: trata-se da “ideologia constitucionalmente adotada”, isto é, um parâmetro hermenêutico segundo o qual o intérprete, ao analisar a juridicização da política econômica, deve condicionar-se aos fundamentos normativo-axiológicos positivados na Constituição Econômica. Inegavelmente deve-se admitir que a defesa de um parâmetro hermenêutico plural constitui um elemento estratégico contra as argumentações anarcoliberais que insistiam em promover uma interpretação “mercadologicamente adequada” da Constituição Econômica. Ademais, outra significativa contribuição do homenageado é a explicitação das duas fases do neoliberalismo: de regulamentação e o de regulação.

Ao fim da primeira década do século XXI, entretanto, os ventos políticos e econômicos têm alterado as rotas de navegação da história dos países semiperiféricos da América do Sul. No âmbito social, o dogma liberalizante do Estado Mínimo perde sua suposta força e credibilidade junto aos cidadãos das ditas Nações. De fato, as “certezas científicas” que afirmavam que a desregulamentação da econômica geraria crescimento e prosperidade socioeconômica não se concretizaram para a grande maioria da população. Por sinal, pelo contrário, gerou a pandemia reguladora.

364

No campo político, o crescimento de partidos de esquerda e centro-esquerda que conquistam o controle dos principais países da América do Sul representa um afastamento da tese do “Estado Mínimo” como modelo idealizado de ação estatal. Ainda que se reconheça a complexidade e diversidade desse novo fenômeno político – inclusive posturas contraditórias e ambíguas em relação à efetivação dos direitos fundamentais – o repúdio ao discurso de demonização da ação do Estado no domínio econômico representa uma significativa alteração em face ao cenário anterior.

No que se refere ao objeto de estudo de nossa disciplina, a política econômica, as mudanças ocorreram, ainda que gradualmente, em vários setores da economia. No Brasil, as medidas de intervenção ocorreram no âmbito da distribuição direta da renda por meio de programas sociais (instituto da reparação), aumento de investimento estatal em obras de infraestrutura (instituto da circulação), a criação de novas empresas estatais (Empresa Brasil de Comunicação, Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada, a Empresa

Brasileira de Serviços Hospitalares, Empresa de Pesquisa Energética, INFRAERO Serviços, Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A., a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A, e a Empresa Brasileira de Planejamento e Logística), também a postura ativa de bancos públicos de investimento (BNDES) na condução da política econômica, além das famosas políticas indutoras via redução de tributos.

A grave crise internacional de 2008 abalou fortemente os alicerces teóricos do modelo econômico liberal-regulatório. Após a crise do subprime, simbolizada pela insolvência do tradicional banco de investimento estadunidense Lehman Brothers, acadêmicos, tecnocratas, empresários e, em especial, o cidadão comum presenciaram – alguns estarecidos, outros com uma leve sensação de *déjà vu* – uma rearquitectura institucional da relação entre Estado e mercado.

Nas reuniões da Fundação Brasileira de Direito Econômico, as discussões permaneciam acaloradas. Nesse período, os debates giravam em torno das reflexões sobre as múltiplas e variadas medidas intervencionistas dos Estados nacionais em busca da estabilização e proteção dos fundamentos do modo de produção capitalista.

Além disso, novos alunos de graduação e pós-graduação, recentemente integrados aos quadros da citada Fundação, questionavam a relação entre neodesenvolvimentismo e novas demandas de grupos sociais excluídos. Perguntava-se: em que medida um novo modelo de desenvolvimento seria capaz de incentivar/conviver com outros modelos de produção e consumo em uma sociedade caracterizada pela diversidade cultural? Como modelos alternativos de produção seriam contemplados no discurso normativo da Constituição Econômica e conseqüentemente do Direito Econômico? E, por fim: como a noção de “ideologia constitucionalmente adotada” poderia ainda representar um adequado instrumento hermenêutico apto a compreender a diversidade cultural-produtiva?

O falecimento de Washington Albino, infelizmente, ocorrido em meados de 2011, interrompeu uma possível resposta do precursor de nossa disciplina no Brasil. O presente artigo visa representar a continuação de um diálogo aberto com o homenageado no que se refere aos limites e possibilidades

da utilização da categoria “ideologia constitucionalmente adotada” na compreensão da relação entre o Direito Econômico e a pluralidade de modelos de produção não capitalistas.

A IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA

Nessa secção, pretendemos apresentar algumas reflexões sobre a noção de “ideologia constitucionalmente adotada” a partir de três ângulos de análise: (I) a evolução histórica do conceito; (II) atualidade e relevância da interpretação da ideologia constitucionalmente adotada à luz da Constituição Econômica; (III) limites da proposta original da “ideologia constitucionalmente adotada”.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO

Em outubro de 1956, a Revista da Faculdade de Direito da UFMG publica um extenso artigo de Washington Peluso Albino de Souza intitulado O princípio da “ambiguidade” na configuração legal da ordem econômica. Conforme pesquisado, no artigo seminal, o autor desenvolve os fundamentos da noção de “ideologia constitucionalmente adotada”.

366

No referido artigo, o homenageado cita estudo anterior de sua autoria, no qual o seu objetivo era propor um diagnóstico jurídico-comparativo do tratamento do fato econômico nas Constituições de 55 países. Parece-nos que o objeto do referido estudo proposto – a reflexão sobre a juridicização do fato econômico nas Constituições estrangeiras e brasileira – deve ser visto como um ato de extrema audácia e originalidade intelectual.

Preliminarmente, deve-se recordar que nos idos de 1956, aos 39 anos de idade, o então jovem pesquisador se propõe a estudar e sistematizar os fundamentos jurídicos sobre uma nova realidade no campo do Direito: a Constituição Econômica. De fato, a investigação sobre “Constituição Econômica” ou “ordem econômica” representava não apenas uma tentativa de interpretar um novo texto constitucional, mas a busca por compreender as bases teóricas – e seus respectivos efeitos jurídicos e institucionais – da ruptura e a conversão do antigo modelo jurídico-liberal para o novo sistema jurídico-social-intervencionista.

Em segundo, ao sugerir a análise do fenômeno econômico a partir dos textos constitucionais, o homenageado não apenas define um novo objeto de

pesquisa, mas principalmente um método de trabalho do Direito Econômico. Inaugura, assim, um novo campo de estudo e investigação: a interpretação da dogmática jurídico-econômica à luz da ordem jurídico-econômica constitucional. Nesse sentido, o Direito Econômico idealizado e produzido pelo professor Washington Albino antecipa, em pelos menos 30 anos, o discurso da constitucionalização do Direito e da Hermenêutica Constitucional no Brasil.

No texto O princípio da "ambiguidade" na configuração legal da ordem econômica, o jurista mineiro afirma que a adequada compreensão das constituições de 55 países dependerá, essencialmente, do exame da noção de "ordem econômica".

Mas afinal, indaga o jovem autor, qual o alcance do significado da expressão "ordem"?

À luz das lentes sociológicas de Weber – pensador determinante na formação da obra do mestre mineiro – "ordem" e "ação social" são conceitos interdependentes. Como sabemos, em Weber "ação social" é aquele ato ou omissão dotado de sentido, sendo que o compartilhamento coletivo do significado dessa ação é designado de relação social. Uma "ordem" apresentará ao sujeito a prescrição de modelos de conduta, sendo considerada uma "ordem legítima" na medida em que um maior número das ações dos indivíduos se oriente por ela.

367

Do ponto de vista filosófico, o homenageado apresenta um valioso inventário de autores e escolas que enfrentam a análise da "ordem" como fundamento filosófico para a compreensão do sujeito. Nesse sentido, o autor passa pela relação entre "ordem natural" e Direito Natural, na Idade Média, à identificação do "bem comum", em Maquiavel, como expressão da noção de "ordem". Também o sentido de ordem na constituição do protestantismo, a associação entre "ordem" e unidade totalitária no Leviathan de Hobbes, o binômio ordem/desordem na filosofia de Bergsons, dentre outros autores e escolas de pensamento.

Nesse contexto, o jus-economista ubaense questiona se as variadas concepções do sentido de "ordem" – e eventuais contradições entre as visões – devem ser tomadas como um objeto de estudo. O próprio professor Washington Peluso Albino de Souza sugere uma resposta ao questionamento, nos seguintes

termos: “O elemento assim surgido para a pesquisa com tanta eloquência e força de presença assumiu foros de motivo central de explicações e interpretações e se nos apresenta, não propriamente sob a forma de contradição, pois que em verdade assim não deve ser definido, porém como ambiguidade”. (SOUZA, 1956, p. 68-69).

No que se refere à “ordem jurídica” e a “ordem econômica”, Washington Albino entende que a compreensão do lícito/ilícito (econômico e jurídico) depende do reconhecimento da interinfluência ou justaposição das referidas ordens, como condição para se falar em uma “ordem normativa econômica”.

Para fins de nosso propósito, o fato é que o jovem pesquisador já perceberá que a “ambiguidade” não se dá apenas nas múltiplas visões sobre o conceito de “ordem”, mas principalmente que a referida “ambiguidade” estará presente no processo de constitucionalização do “fato econômico” a partir do século XX. Entender essa ambivalência e pluralidade constitucional como um elemento constitutivo da “ordem normativa econômica” representa um grandioso avanço em nossa disciplina.

368 Ora, se remontamos à nossa primeira tentativa de classificação das Constituições pelas suas respectivas datas e pelo modo de tratamento do fato econômico, logo deparamos com a possibilidade de ali encontrar a predominância de diferentes ideologias: o liberalismo estrito, até a primeira guerra, certo Intervencionismo, a partir desse conflito, e uma tendência intervencionista mais acentuada, depois da crise de 1926-1929, que se consolidará, ainda mais, nas Constituições posteriores de 1945. (SOUZA, 1956, p. 85).

Ainda nas trilhas dos trabalhos de natureza jurídico-comparativa, o mestre Washington Albino, em 1958, publica na Revista Brasileira de Estudos Políticos o artigo A economia nas Constituições vigentes – pesquisa em torno da técnica de legislar sobre “A ordem econômica”. No trabalho, o homenageado buscava compreender a técnica de constitucionalização dos temas econômicos após a Segunda Guerra Mundial. A sistematização apresentada pelo mestre Washington Albino pretendia registrar as semelhanças e especificidades da Constituição Econômica de cada Estado nacional, no que se refere aos institutos da livre-iniciativa, liberdade de contratar, propriedade, nacionalização.

Em 1961, o autor publica *Do econômico nas Constituições vigentes*, obra na qual finaliza o grandioso trabalho de sistematização dos seus estudos comparativos sobre as Constituições Econômicas. A partir dessa obra, a “ideologia constitucionalmente adotada” receberá o status de categoria analítica fundante no discurso científico da vasta obra do pesquisador.

Não é tarefa fácil identificar a obra na qual a noção de “ideologia constitucionalmente adotada” teria sido apresentada pelo professor Washington Peluso Albino de Souza, pois essa categoria representa, em verdade, um “eixo argumentativo” construído lentamente no decorrer dos anos. No terreno da hipótese, talvez seja possível imaginar a relação entre a origem do conceito de “ideologia constitucionalmente adotada” e método jurídico-comparativo utilizado pelo pensador em seus primeiros trabalhos.

Ao situarmos o autor homenageado em seu tempo – a década de 1950 – e o caldeirão político efervescente de um mundo polarizado entre a ideologia capitalista e socialista, incluindo suas variações, a categoria “ideologia constitucionalmente adotada” torna-se um filtro hermenêutico apto a depurar as impurezas das “ideologias puras” e levar o jurista a um objeto de estudo: a ideologia econômica constitucionalizada em um dado texto constitucional. A partir de meados do século XX, portanto, torna-se regra desatar o vínculo entre os discursos “ideológicos puros” e as Leis Fundamentais dos países ocidentais, de modo que os juristas passam a interpretar e aplicar na vida real as Constituições Econômicas a partir de seus comandos mistos.

369

O DEBATE SOBRE A ATUALIDADE DA
 “IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA”
 NO ATUAL QUADRO HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL

Como ficou evidenciado no item anterior, a noção de “ideologia constitucionalmente adotada” permeou a vasta obra do professor Washington Peluso Albino de Souza ao longo das décadas de suas pesquisas no Direito Econômico. Uma questão importante, entretanto, consiste em debater sobre a atualidade da teoria proposta pelo jurista mineiro.

Em termos gerais, “ideologia constitucionalmente adotada” refere-se ao processo jurídico-político de conversão de “ideologias econômicas puras” (ca-

pitalismo, nacionalismo, socialismo) em uma ordem juridicamente positivada mesclando-as em um único texto a ser aplicado. Trata-se de um mecanismo de juridificação do discurso ideológico construído, no plano econômico-político, pelo Poder Constituinte. Em última análise, a constitucionalização de fatos econômicos significa uma alteração do tipo de “ordem”, isto é, a transmutação de institutos do sistema econômico – e por isso aberto a quaisquer ideologias – para uma ordem jurídico-econômica.

O interessante é perceber que a constitucionalização de um fenômeno econômico – e, portanto, a refutação do discurso ideológico puro – representa a ressignificação axiológica do instituto econômico, de acordo com os demais princípios orientadores da Constituição Econômica.

O discurso sobre o fundamento de legitimidade da “propriedade dos meios de produção”, por exemplo, recebe a influência de diversas matrizes ideológicas. É o caso de justificá-la como um direito natural ou, em outro extremo, repudiá-la como uma usurpação. O jus-naturalismo lockeano ou o socialismo libertário proudhoniano representam, em sua essência, ideologias puras. Ao constitucionalizar a “propriedade dos meios de produção”, o discurso jurídico apto a fundamentá-la é ressignificado com base no entrelaçamento dos valores fundantes do modelo de produção constitucionalmente adotado. Em resumo, um instituto puramente econômico, uma vez constitucionalizado, transforma-se em um instituto jurídico-econômico-constitucional e, portanto, refundado pela Constituição Econômica.

A presença de temas econômicos, quer esparsos em artigos isolados por todo o texto das Constituições, quer localizados em um de seus “títulos” ou “capítulos”, vem sendo denominada Constituição Econômica.

Significa, portanto, que o assunto econômico assume sentido jurídico, ou se “juridiciza”, em grau constitucional. (SOUZA, 2005, p. 209).

Uma vez compreendido, em termos gerais, a noção de “ideologia constitucionalmente adotada”, poder-se-ia indagar a real pertinência em utilizarmos tal categoria analítica décadas após a publicação desse conceito, isto é, em que medida a proposta do mestre Washington Albino representa um conceito aplicável no atual estágio de desenvolvimento científico do Direito.

Como modo de testar a validade ou não da hipótese sobre a atualidade da “ideologia constitucionalmente adotada”, poderíamos, então, sugerir a

seguinte questão: a “ideologia constitucionalmente adotada” representa um argumento jurídico-constitucional apto a fundamentar a legitimidade das políticas econômicas?

A Constituição como fundamento de legitimidade e a “ideologia constitucionalmente adotada”

Parece-nos que o debate sobre o “fundamento de legitimidade” do Direito Econômico pode ser identificado como um critério científico apropriado para testarmos a hipótese sobre a atualidade e validade da categoria “Ideologia constitucionalmente adotada” nos dias de hoje.

Em um primeiro plano, a proposta de reflexão sobre o fundamento de legitimidade das políticas econômicas impõe a questão do *déficit* dos argumentos de natureza puramente formal, segundo o qual há uma identificação simplificadora entre a legalidade e legitimidade das políticas econômicas.

Nas últimas três décadas, duas visões acadêmicas divergem sobre a questão do fundamento de legitimidade das políticas econômicas. A primeira corrente, representada em larga medida pelos adeptos da corrente da Análise Econômica do Direito, pode ser identificada a partir dos postulados teóricos da “justiça como eficiência” e como defensores da regulação (ora mais ou menos fundamentalistas) sendo, para fins desse trabalho, classificados como autores do pragmatismo-eficientista. A segunda visão, por sua vez, aqui denominada de normativista-dirigente, advoga a tese segundo a qual a Teoria da Constituição Econômica representa o único modelo capaz de apresentar fundamentos justificadores das políticas econômicas e do processo de intervenção do Estado no domínio econômico.

Diante do fenômeno da ação estatal intervencionista, autores vinculados ao pragmatismo-eficientista formulam suas avaliações sobre a legitimidade da juridicização das políticas econômicas (controle de capitais, incentivos fiscais, criação de empresas estatais) a partir de uma análise das consequências da ação estatal no ambiente econômico. Nesse sentido, a interpretação da legitimidade de uma política econômica estará condicionada ao impacto no comportamento dos agentes econômicos privados e, por conseguinte, os efeitos na alocação e distribuição de recursos.

Em sentido contrário, a visão teórica normativista-dirigente rejeita a proposta de compreender o Direito Econômico e, conseqüentemente, os fundamentos de legitimidade das políticas econômicas a partir dos postulados do pragmatismo-eficientista, uma vez que a Constituição Econômica representa o único vetor normativo-axiológico adequado ao processo de fundamentação das políticas econômicas. A corrente normativista-dirigente é representada, por exemplo, pelos trabalhos de Clark (2008), Dantas (2009), Grau (2010), Bercovici (2011), Camargo (2011).

372

O normativismo-dirigente apoia-se em duas matrizes teóricas fundamentais: por um lado, a tese do constitucionalismo dirigente; e, por outro, a ideia de ideologia constitucionalmente adotada. Para os juristas do normativismo-dirigente, a Constituição despe-se do véu de neutralidade e assume um discurso de natureza instrumental-transformadora, na medida em que a norma constitucional visa estabelecer um programa de alteração das estruturas sociais e econômicas para o Estado e para a sociedade. Nesse sentido, o discurso de fundamento de legitimidade passa de um aspecto puramente jurídico-formal – como é o caso da legitimidade do ordenamento jurídico em Kelsen ou Hart – para uma justificação de cunho material, uma vez que a Constituição Dirigente determina a vinculação da ação política (incluindo a vida econômica e social) ao projeto jurídico-social positivado na Constituição. Os autores vinculados ao normativismo-dirigente entendem que os princípios constitucionais da ordem econômica, isto é, a ideologia constitucionalmente adotada, representam um “argumento forte” no processo de racionalização do discurso econômico.

Além do “constitucionalismo dirigente”, os autores da corrente do normativismo-dirigente apoiam-se na ideia de “ideologia constitucionalmente adotada”, na medida em que as políticas econômicas devem estar fundamentadas no conjunto de preceitos positivados na Constituição Econômica, isto é, a “ideologia constitucionalmente adotada” deve funcionar como um filtro hermenêutico no processo de justificação das “políticas econômicas”. Em verdade, as duas matrizes de pensamento do normativo-dirigente – “Constitucionalismo dirigente” e “ideologia constitucionalmente adotada” – possuem uma racionalidade complementar e convergente em termos teóricos.

Nesse sentido, a “ideologia constitucionalmente adotada” possui importância central no atual debate do Direito Público no Brasil. Ao lado da teoria do “constitucionalismo dirigente”, a categoria analítica proposta pelo professor Washington Albino de Souza representa o principal alicerce teórico para os autores vinculados à corrente do normativismo-dirigente.

LIMITES DA PROPOSTA ORIGINAL DA “IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA”

Apesar da atualidade e relevância da categoria “ideologia constitucionalmente adotada”, dois aspectos merecedores de crítica poderiam ser apontados: o primeiro, a vinculação entre ideologia constitucionalmente e o texto constitucional positivado; o segundo, a visão da aplicabilidade da ideologia constitucionalmente adotada apenas aos aspectos da economia de mercado. Expliquemos melhor. Ao longo de sua obra, o jurista Washington Peluso Albino de Souza afirma que, ao interpretar uma política econômica, não se deve relacionar aos preceitos de uma “ideologia pura”, mas aos mandamentos da ideologia positivada no texto constitucional, isto é, o conjunto de princípios e regras (de cunho liberal e socializante) que integram o texto da Constituição Econômica.

373

A Constituição, entretanto, não se resume ao texto, uma vez que o significado e o alcance das normas constitucionais são reinventados permanentemente pelos intérpretes e instituições. O conteúdo da “ideologia constitucionalmente adotada”, portanto, não nasce exclusivamente do ato formal de promulgação de uma nova Constituição, mas também das práticas institucionais e interpretativas.

A “ideologia constitucionalmente adotada” está relacionada ao texto constitucional, mas não se resume ao texto. Ao interpretar os preceitos da “ordem econômica” e seus princípios, o jurista reinterpreta os seus significados linguísticos, de modo a propor um novo horizonte semântico ao texto constitucional. Em uma sociedade aberta e plural, a relação hermenêutica não se manifesta estritamente na relação sujeito-texto, mas no ciclo dialógico entre sujeito-texto-sociedade. Em resumo, o texto constitucional é apenas o ponto

de partida para a interpretação da ordem econômica. O processo de concretude do texto representa também um cíclico processo de abertura aos novos significados do próprio texto.

Ora, caso concordemos com essa tese, a questão central consiste em compreender que a “ideologia constitucionalmente adotada” é uma categoria aberta a novas significações e sentidos, pois o conteúdo da ideologia constitucionalmente adotada não se restringe a leitura e interpretação literal dos princípios de ordem econômica.

Em segundo lugar, a “ideologia constitucionalmente adotada” não constitui apenas um conjunto de princípios e normas de cunho liberal e social que visam prescrever um modelo normativo-axiológico ao sistema econômico capitalista. Ao contrário do conceito original, a “ideologia constitucionalmente adotada” deve estar aberta ao conceito de “economia” em seu sentido lato, no qual constam relações mercantis (típicas de uma economia de mercado) e relações não mercantis (relações nas quais outros princípios organizadores da vida econômica estão presentes, tais como a solidariedade, a dádiva etc.). Desta forma, não se concebe a possibilidade da existência de antinomia da norma jurídica entre os comandos originais da constituição econômica.

374

A presença das antinomias aparentes impõe que não se considere o método puramente gramatical suficiente. Embora não se vá ao ponto de dizer que o intérprete estaria autorizado a negar o texto, sob pena de, ao invés de atuar como garante da eficácia do produto da vontade geral, autoinvestir-se autoritariamente em monocrático modificador de tal produto, o fato é que cada um dos valores por ele consagrado tem igual peso e merece ser realizado sem que possa falar em qualquer nulificação de um por outro. (CAMARGO, 2011, p. 162-163).

Em resumo, a aplicabilidade da “ideologia constitucionalmente adotada” dependerá, por parte dos seguidores do mestre Washington Albino, um constante trabalho de renovação dos fundamentos dessa importante categoria analítica. Para fins desse trabalho, entendemos que a “ideologia constitucionalmente adotada” não deve ser identificada como os preceitos positivados no texto da Constituição Econômica, uma vez que a constituição é um organismo vivo e em constante mutabilidade hermenêutica. Além disso, a “ideologia

constitucionalmente adotada” não está vinculada apenas a lógica mercantil, pois a noção de economia deve compreender uma rede de complexas relações e significações de natureza mercantil e não mercantil.

No próximo item, “Estado de Direito e modelos de produção: entre a economia de mercado e a pluralidade produtiva não capitalista”, pretendemos explicar a relação entre o Estado de Direito, o mercado e outras formas de organização econômica.

ESTADO DE DIREITO E MODELOS DE PRODUÇÃO: ENTRE A ECONOMIA DE MERCADO E A PLURALIDADE PRODUTIVA NÃO CAPITALISTA

O sistema econômico capitalista tem sido dominante em todas as sociedades que se organizaram politicamente sob a forma de Estado de Direito (incluindo-se o Estado social e o Estado Democrático de Direito). Ainda no século XIX, Karl Marx observou que as primeiras manifestações daquele tipo de Estado davam guarida normativa a determinadas políticas econômicas que favoreciam um pequeno grupo, os proprietários dos meios de produção. Essa observação deu início na teoria econômica a uma posição crítica que busca revelar, por detrás de uma autodeclarada neutralidade do discurso jurídico, a conformação do regime político a apenas um tipo de organização dos fatores de produção ao garantir aos proprietários do capital uma posição privilegiada na proteção de seus direitos.

Na perspectiva de Weber, o capitalismo representa um meio de atendimento de necessidades baseada nas empresas capitalistas. Quer dizer, no capitalismo moderno, a cobertura das necessidades cotidianas se dá por meio do uso da contabilidade racional e, ainda, a) permite a apropriação, por empresas industriais e comerciais, privadas e autônomas, de todos os meios materiais de produção; b) não impõe restrições à circulação de mercadorias; c) adota técnica calculável e mecanizada dos custos de produção e movimentação de bens; d) garante um judiciário e uma administração calculável, ou seja, um direito previsível e racional; e) obriga (com o chicote da fome) as pessoas a venderem livremente sua força de trabalho; e f) promove o uso de títulos de valor para direitos patrimoniais e de participação em empresas. (WEBER, 2006, p. 15-17).

Na relação entre Estado de Direito e economia, é comum se defender que uma das virtudes do capitalismo seria sua identidade com regimes políticos democráticos. Porém, nem mesmo a contingência histórica da relação entre capitalismo e democracia nos Estados Unidos da América do Norte – considerados o melhor exemplo de uma sociedade capitalista e democrática – não é razão para que se atribua alguma identidade ou cooriginalidade entre esses dois aspectos do Estado de Direito. O ponto de partida do capitalismo anglo-saxão foi o imperialismo, ou seja, a liderança econômica liberal de acumulação capitalista sustentada pela ampliação contínua de territórios e posições de poder internacional. Segundo Fiori, a primeira economia nacional capitalista (Inglaterra) se formou da necessidade de financiamento das guerras, e foi a associação entre o poder do Estado e os bancos que proporcionou o surgimento dos “Estados economias nacionais”. (FIORI, 2004, p. 34).

Capitalismo é a denominação de uma forma de organização social e econômica que oferece garantias de proteção ao capital e a seus detentores, sob uma perspectiva individualista e concorrencial. São considerados direitos de sustentação do capitalismo, as liberdades individuais, a propriedade privada, o livre-mercado, a liberdade de contratar e a livre-concorrência.

376

A primeira fase do Estado de Direito (conhecido como Estado liberal e possuidor de políticas econômicas de mesmo nome) criou o ambiente adequado para a consolidação da economia industrial e propiciou uma grande transformação nas relações sociais. Ao fim do século XIX, a instabilidade social, a exploração do proletariado e os consequentes conflitos nos países ocidentais eram tão alarmantes que a Igreja católica resolveu intervir para manifestar sua preocupação com o que chamou de a “Condição dos Operários”. A Igreja se viu obrigada a reconhecer que “[...] os trabalhadores, isolados e sem defesa, tem-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada”. (IGREJA CATÓLICA, 1965).

O capitalismo industrial conseguiu sustentar a essência dessa ordem jurídica excludente até o momento em que precisou enfrentar uma grande crise sistêmica e combater movimentos políticos reformistas e revolucionários de inspiração socialista. O reposicionamento do Estado de Direito teve início após

a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), quando as Constituições passaram a reconhecer como dignos de proteção estatal os direitos dos trabalhadores, mas principalmente estabeleceram parâmetros normativos para as políticas econômicas públicas e privadas, de modo que o Estado se tornou responsável por agir em defesa do equilíbrio das relações econômicas e da distribuição equitativa das riquezas. Vital Moreira lembra sobre a histórica Constituição de Weimar de 1919 de que a “ela se deve a constitucionalização dos direitos sociais e da economia”. (MOREIRA, 1999). Surge então as Constituições Econômicas de forma expressa e os Estados sociais.

O professor Washington Peluso Albino de Souza descreve esse movimento como o de constitucionalização do neoliberalismo de regulamentação. Durante todo o século XX, viu-se a expansão desse novo modelo jurídico-constitucional. Foi o período em que a posição neoliberal do Estado conseguiu amainar os conflitos através da ampliação das proteções de direitos humanos (com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e da extensão ao setor público as competências da ação direta na economia, como empresário e prestador de serviços públicos essenciais, bem como normatizando as relações múltiplas entre capital e trabalho. No pós-Segunda Guerra Mundial, novas constituições foram promulgadas em seguimento do padrão neoliberal de regulamentação, e a presença do Estado (agora social e arremedos) na economia visava claramente atacar os abusos do poder econômico privado; promover a melhoria das condições de vida; e “afastar” o perigo da implantação do socialismo real com a reorganização/manutenção do capitalismo abalado pelas políticas econômicas liberais anteriores e por duas grandes guerras.

Todavia, a partir dos anos 1980, o neoliberalismo entra em outra fase, digo, de regulação, tendo como arquitetos na Ciência do Direito os doutrinadores da escola da análise econômica do direito. Aliás, uma das grandes contribuições científicas recentes do mestre Washington Albino foi a demonstração das duas fases do neoliberalismo: a primeira, de regulamentação, a partir dos anos 1940, tendo o Estado empresário como um elemento estruturante no processo produtivo capitalista; e a segunda, de regulação, em que a intervenção estatal é dirigida para indução econômica e regulação do mercado (via

agências), em que o Estado empresário é levado para o gueto, sobretudo na nações de economia periférica, durante os anos 1990.

Essa mudança do papel interventivo do Estado (Democrático de Direito) na vida socioeconômica não foi motivada por ineficiência estatal ou pelos gastos públicos, como pregam fervorosamente os reguladores e sua grande mídia, nem por ser o mercado e os agentes privados mais capazes/eficientes na satisfação das necessidades individuais e coletivas, em face aos meios escassos, mais sim pela luta entre capital e trabalho – em que o primeiro viabilizou a redução dos custos do sistema produtivo capitalista dismantelando o Estado social e os seus direitos a fim de aumentar as margens dos lucros. O fim da Guerra Fria, a queda do socialismo real, a evolução tecnológica e a fragilização/cooptação dos movimentos sociais também são causas para implantação da segunda fase do neoliberalismo.

No fim do século XX e no início do século XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial do fim da Guerra Fria, queda do socialismo real e de alta evolução tecnológica resulta em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos detentores do capital. Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades econômicas estatais à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da Guerra Fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não tinham, e estavam nas mãos do Estado.

[...] o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através das normas legais (leis, decretos, portaria); assim como de forma intermediária, via agências de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens ou insumos nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços/tarifas etc. (CLARK, 2008, p. 70).

A regulação, sempre criticada pelo homenageado em sua obra (SOUZA, 2005), imposta geralmente no dito Estado Democrático de Direito ocidentais, não tem preocupação com a implementação das Constituições, mas somente de realizar a concentração de empresas em escala mundial, dilatando os abusos contra médias/pequenas empresas nacionais e consumidores; assim como dilapida os bens da natureza e implanta o desespero no tecido social por intermédio do desemprego estrutural, das guerras econômicas e da fome endêmica. Recentemente, a regulação entrou em pandemia, e o capitalismo não entrou totalmente em colapso graças às “ações salvadoras” dos Estados nacionais (agora alguns também foram arrastados para a crise).

O movimento regulador atingiu o Brasil a partir dos anos 1990, e como colônia pós-moderna copiamos/implantamos as agências de regulação, acabamos com as proteções constitucionais aos empreendimentos de capital nacional, implementamos um vigoroso plano de desestatização, retiramos certos controles sobre o sistema financeiro e transferimos para o setor privado lucrativo os principais serviços públicos (CLARK; NASCIMENTO, 2011), além de retrocedermos os direitos trabalhistas, previdenciários, dentre outras medidas. A onda regulatória tinha uma base ideológica de matriz liberal extremista e seu receituário ficou oficialmente conhecido através dos programas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, que impunham aos Estados nacionais (Brasil, por exemplo) o seu afastamento do exercício direto das atividades econômicas, tanto em relação às atividades econômicas em sentido estrito quanto dos serviços públicos (GRAU, 2010) quando estes solicitavam empréstimos.

Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira-se atribuir-se ao Estado, para que este desenvolva, não de modo especulativo, o maior número possível atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, respectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro,

capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõe: intervenção é atuação na área da atividade econômica em sentido estrito; exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos. (Arts. 173 e 175 da Constituição de 1988), (GRAU, 2010, p. 108-109).

Por fim, é importante reforçar que a ascensão do Estado/mercado protegido e regulado pelo Direito positivo e pela burocracia estatal nesses tempos de neoliberalismo regulador significa outro estágio da disputa entre capital e trabalho, assim como uma “opção” impositiva da forma de vida consumista capitalista. Todavia, advertimos que antes da implantação da base produtiva de bens e serviços centrada nas mãos de alguns indivíduos (agentes privados da economia), dentro de um suposto mercado em concorrência, com a exploração do trabalho humano e tutela estatal, existiam outras formas de produção. Afinal o capitalismo nasceu sufocando a forma produtiva anterior (feudal) e utiliza-se de todas as armas econômicas, midiáticas e jurídicas para liquidar/desestimular outros estilos de vida em sociedade, bem como de produção, distribuição, reparição e consumo, que sempre estiveram presente na realidade social e convivem teimosamente com aquele – inclusive tais modos produtivos alternativos são garantidos por algumas constituições como a brasileira.

SISTEMAS DE PRODUÇÃO ALTERNATIVOS

É preciso observar que desde o início do século XIX, há um forte movimento de crítica da sociedade capitalista que começou a reivindicar alternativas, especialmente através das obras de Henri de Saint-Simon, Owen, Fourier, Proudhon, Marx e Bakunine. Mas o ataque mais importante contra a economia política clássica – esta desenvolvida no século XVIII com Adam Smith e David Ricardo – foi feito na segunda metade dos oitocentos, quando

Marx publicou seu *O Capital* – crítica da economia política (1867), criando dentro dos Estados modernos a aspiração por uma existência social sem exploração, cujas necessidades individuais e coletivas fossem atendidas por um “modo de produção” distinto do capitalista. (QUIJANO, 2002, p. 477).

As linhas de pensamento crítico costumam sublinhar três características negativas das economias capitalistas: 1) a produção de desigualdades de recursos e de poder (em Marx, a preocupação aponta para a desigualdade entre as classes sociais) sustentada pela separação entre capital e trabalho e pela apropriação privada dos bens públicos; 2) o empobrecimento das formas de sociabilidade provocado pelas relações de concorrência/competição/disputa exigidas pelo mercado, e que se baseiam no benefício individual em lugar da solidariedade; 3) a exploração exaustiva dos recursos naturais em nível global sustentada por um crescimento modernizante ilimitado e irrefletido. (SANTOS, 2002, p. 27-28).

Nesse movimento crítico, surgiram ao longo do tempo ideias e experiências de organização da produção que buscam superar esses problemas, as quais não conseguiram (nem pretendem propriamente) substituir o capitalismo de um só golpe, mas acabaram tornando incômoda a sua reprodução e hegemonia, uma vez que criam espaços em que predominam os princípios da igualdade, solidariedade e respeito à natureza.

Segundo a visão de alguns cientistas sociais, entre as formas de produção não capitalistas, é possível destacar três correntes: a do associativismo, a do desenvolvimento alternativo e a das alternativas ao desenvolvimento. Nenhuma dessas formas de produção tem a pretensão de eliminar a propriedade privada dos meios de produção, um dos pilares do capitalismo, como defende a tradição marxista-leninista, tornando-as estatais em uma primeira fase socialista e depois coletivas na fase comunista, em que o Estado já se definiu. Portanto, as formas alternativas de produção convivem e concorrem com o sistema produtivo capitalista.

Com origem no século XIX, a teoria social do associativismo é baseada em dois postulados, a defesa de uma economia de mercado caracterizada pela cooperação, mutualidade e a crítica ao Estado centralizado. Ou seja, o pensamento associativista e a prática cooperativa desenvolveram-se como alternativas tanto ao individualismo liberal quanto ao socialismo centralizado.

Santos (2002, p. 33) cita o professor escocês Johnston Brichall para afirmar que o cooperativismo inspira-se nos valores de autonomia, democracia participativa, igualdade, equidade e solidariedade, e que são sete os princípios que têm guiado o seu funcionamento:

[...] o vínculo aberto e voluntário – as cooperativas estão sempre abertas a novos membros –; o controle democrático por parte dos membros – as decisões fundamentais são tomadas pelos cooperados de acordo com o princípio “um membro, um voto”, ou seja, independentemente das contribuições de capital feitas por cada membro ou a sua função na cooperativa –; a participação econômica dos membros – tanto como proprietários solidários da cooperativa quanto como participantes eventuais nas decisões sobre a distribuição de proveitos –; a autonomia e a independência em relação ao Estado e a outras organizações; o compromisso com a educação dos membros da cooperativa – para lhes facultar uma participação efetiva –; a cooperação entre cooperativas através de organizações locais, nacionais e mundiais; e a contribuição para o desenvolvimento da comunidade em que está localizada a cooperativa. (SANTOS, 2002, p. 34. Grifos nossos).

382

Por sua vez, a ideia de um desenvolvimento alternativo surgiu como reação ao *modus operandi*, habitual dos programas de desenvolvimento econômico, deflagrados após a Segunda Guerra Mundial para acelerar o crescimento econômico dos países subdesenvolvidos e aproximá-los das condições alcançadas pelos países centrais. As políticas econômicas de desenvolvimento que predominaram, em mais de meio século, buscavam o crescimento econômico fundado predominante no setor industrial. Contra essa visão, surge na década de 1970 um intenso debate sobre a necessidade de teorizar a respeito de formas alternativas de desenvolvimento. Afinal, a ênfase no crescimento com suporte na indústria marginalizou outros objetivos sociais, econômicos e políticos, como a participação democrática na tomada de decisões, a distribuição equitativa dos frutos do desenvolvimento e a preservação do meio ambiente. (SANTOS, 2002, p. 45). Em resumo, transformou-se em crescimento modernizante. (BERCOVICI, 2005).

Contra a ideia de que a economia é uma esfera independente da vida social, cujo funcionamento requer o sacrifício de bens e valores não econômicos – sociais (v.g., igualdade), políticos (v.g., participação), culturais (v.g., diversidade étnica), naturais (v.g., o meio ambiente) –, o desenvolvimento alternativo sublinha a necessidade de tratar a economia como parte integrante e dependente da sociedade e de subordinar os fins econômicos à proteção destes valores. (SANTOS, 2002, p. 46).

Por último, e ao contrário da visão de desenvolvimento alternativo, existem as propostas de alternativas ao desenvolvimento, que radicalizam a crítica à noção de crescimento, e passam a explorar alternativas pós-desenvolvimentistas. Defende-se aqui, por exemplo, que o crescimento econômico é impossível de sustentar sem destruir as condições de vida sobre a Terra. A produção econômica, portanto, deve partir de uma nova concepção de desenvolvimento, esclarece Santos (2002, p. 54), ou seja, um “desenvolvimento sem crescimento – melhoria qualitativa da base física econômico que se mantém num estado estável [...] dentro das capacidades de regeneração e assimilação do ecossistema”. As atividades econômicas precisam, então, desenvolver-se sem crescer.

Esse panorama demonstra que as alternativas de produção (associativismo, desenvolvimento alternativo ou alternativas ao desenvolvimento) não são apenas econômicas, mas uma proposta de integração entre transformação econômica e processos culturais, sociais e políticos.

CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E PLURALISMO PRODUTIVO: POR UMA NOVA LEITURA DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA

Os comandos jurídicos plurais do texto constitucional brasileiro, incluindo a sua Constituição Econômica, possuidor de normas vinculantes de diversas matrizes de ideologias políticas que participaram da sua elaboração, constroem uma ideologia constitucionalmente adotada a ser implementada necessariamente na realidade socioeconômica e ambiental nacional, seja pela sociedade (incluindo os agentes privados da economia), seja pelo aparelho estatal. A nossa Constituição Econômica, portanto, não adotou, logicamente,

somente o capitalismo como forma de produção, mas apenas o admite como uma delas, e dentro de limites constitucionais – inclusive com o dever/poder estatal de atuar na vida social, econômica e ambiental. Aliás, bem ao contrário do que pregam os defensores da escola da análise econômica do direito, que desvirtuam a aplicação e interpretação do direito.

Temos assim, nos conteúdos jurídicos da nossa ordem econômica constitucional, comandos (expressos e implícitos) que admitem/apoiam outras formas de produção (as anteriormente citadas, por exemplo), convivendo entre si, não se limitando ao reducionismo da forma produtiva baseada nos meios privados e a exploração paga do trabalho. Em síntese, adotamos o pluralismo produtivo em decorrência lógica de termos garantido constitucionalmente uma sociedade plural.

A constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. Assim, toda sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder. (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 373).

384

Em uma sociedade plural, o desenvolvimento constitucionalmente adequado possui uma natureza pluridimensional, isto é, uma relação interdependente entre as esferas normativas da dimensão socioeconômica (art. 170 da CR), ambiental (art. 225 da CR) e cultural (art. 215 e 216 da CR) da Constituição, conforme propõe Leonardo Corrêa (2011). Nesse sentido, a implementação de um novo desenvolvimento nacional – democrático e participativo – inclui a promoção de novas práticas produtivas, inclusive as atividades de natureza não mercantil.

No Brasil, portanto, o pluralismo produtivo deve ser implantado de forma planejada, incentivado e protegido pela União, Estados e municípios, ou seja, as diversas formas de produção, circulação, repartição e consumo, possíveis dentro dos parâmetros constitucionais, não podem ser desprezados ou excluídos, e sim conviverem entre si (inclusive os baseados nos meios de

produção privada). O que a nossa Constituição Econômica veda é a eliminação total dos meios de produção privados, assim como a omissão interventiva estatal no âmbito social e econômico e o desplanejamento público. (CLARK; COSTA, 2012).

A Constituição de 1988 não define nenhum modelo econômico que possa ser considerado excludente. Pelo contrário, sua ordem econômica é aberta, suscetível de ser moldada a diversos sistemas econômicos. Esta abertura da constituição econômica não significa, obviamente, que ela seja vazia ou carente de força jurídica. A Constituição de 1988 não admite qualquer forma de organização econômica nem permite toda e qualquer conduta dos agentes econômicos, pelo contrário, seu texto estabelece os fundamentos e regras essenciais da atividade econômica, seja a atividade econômica em sentido estrito, sejam os serviços públicos. (BERCOVICI, 2011, p. 260).

Mesmo sem esgotar o tema, pelo contrário, apenas para iniciar, o referido pluralismo produtivo já é percebido no caput do art. 170 da CR e nos princípios elencados por ele. Vejamos:

Os fundamentos da ordem econômica constitucional, a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa objetivam assegurar a todos seres (humanos) ocupantes do território brasileiro a existência digna, conforme ditames da justiça social, e abre espaços para que os indivíduos e o Estado, mediante a criatividade humana e as experiências passadas e presentes, possam produzir e viver digna e justamente fora do sistema capitalista. Assim valorizar o trabalho não é somente pelo emprego (trabalho mercadoria pago pelos patrões), mas é muito mais amplo – envolve todo o gênero trabalho. Outrossim, dar asas à liberdade de iniciativa não é restringi-la aos negócios privados das empresas. Aliás, o nosso Código Civil (incluindo o anterior) já até prevê entidades sem fins lucrativo que podem atuar na realidade socioeconômica.

Os princípios da Constituição Econômica, como a soberania nacional e a propriedade privada também merecem uma interpretação na mesma linha. Para possuímos uma sociedade justa e digna, que atenda aos mencionados princípios, dentre outros, não podemos, nem devemos, nos isolar em um sistema produtivo que liquida a soberania política e econômica das Nações latinas e africanas mantendo-as constantemente dependentes do grande ca-

pital e das nações ricas, aos moldes coloniais com contornos pós-modernos. Limitar, ainda, o direito de propriedade privada (manutenção/aquisição) a uma minoria, principalmente as de produção, e não raramente as de consumo, em detrimento do acesso de uma maioria que não as tem, também contrariam tais princípios.

Por outro lado, outros princípios como a função social das propriedades, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais possuem uma tensão ao serem aplicados em um sistema produtivo enclausurado na busca infinita de lucros e baseado nos meios de produção privados, já que aqueles restringem o referido sistema produtivo. A fim de os citados princípios terem efetividade no tecido social, temos de incentivar e implantar outros modelos produtivos e de vida mais harmônicos com os mesmos – criando paralelamente concorrência ao próprio capitalismo.

386 Também não podemos deixar de considerar o art. 174, parágrafo segundo da CR, em que textualmente impõe a legislação estatal o apoio e o incentivo ao cooperativismo e ao associativismo, que devem operar políticas econômicas privadas fora dos padrões de lucro e de exploração do trabalho humano, e, portanto, é um dos caminhos institucionais para implantar o pluralismo econômico.

Logicamente, o Estado brasileiro, dentro dos comandos da Constituição Econômica, pode/deve intervir planejadamente no domínio econômico em prol das formas alternativas de produção por intermédio: de empresas estatais, normas jurídicas protetivas, créditos a fundo perdido, concessão de terras públicas, obras, serviços etc. Aliás, como já se faz há séculos para manter, expandir e modernizar o capitalismo, inclusive em tempos de crises agudas, como a atual, em que medidas de políticas socioeconômicas estatais são executadas, tais como: estatizações, controle de preços, aumento ou diminuição de tributos, expansão dos serviços públicos, tudo dentro de uma ótica interventiva keynesiana combinada com a neoliberal reguladora, a fim de “salvar” a pandemia recente do capitalismo – isso sem maiores contestações da grande mídia conservadora e dos teóricos do mercados que, por sinal, não encontram ou levantaram qualquer inconstitucionalidade em ditas medidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde meados de 2011, não temos mais as respostas do mestre Washington Albino às nossas inquietações. Todavia, temos sua extraordinária e volumosa obra jurídica e suas lições orais, bem como o gosto pela pesquisa transmitido por ele, para evoluirmos cientificamente o Direito Econômico, dando respostas às suas demandas e necessidades recentes. Dessa forma, a disciplina renova a sua importância, sobretudo para regenerar a sua parte mutilada (planejamento, Estado empresário, controle de preço, estatização, pluralismo produtivo) pelos implementadores do neoliberalismo de regulação. O Direito Econômico na pós-modernidade continua indispensável como escreveu sabiamente o jurista Fabio Konder Comparato no século passado.

Os ensinamentos sobre ideologia constitucionalmente adotada, introduzido e desenvolvido pelo homenageado, continuam essenciais e estruturantes para a interpretação e efetivação da Constituição Econômica brasileira atual e do próprio texto Constitucional de 1988. Assim sendo, fica afastada a miragem conservadora e ultraliberal de que adotamos apenas comandos políticos ideológicos puros no texto normativo da ordem econômica constitucional fechando-se a outras formas de organização da produção.

387

Reafirmamos que a forma produtiva capitalista não foi a única admitida pela nossa Constituição Econômica de 1988, ela é apenas uma delas. Ademais, de acordo com a nossa interpretação, outros modos de produção (pluralismo) podem e devem ser implementados, incentivados e mantidos, convivendo-se harmonicamente a fim de implementar na realidade nacional – injusta e perversa – os desejos e os valores da nossa Constituição, dentre eles: bem-estar social e desenvolvimento.

O amplo e democrático processo da Assembleia Constituinte de 1987 a 1988 representou um marco na história da Nação, no que se refere ao reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos de grupos marginalizados e excluídos da vida jurídico-política da sociedade brasileira. Do ponto de vista jurídico-econômico, a Constituição Econômica admite modelos de produção centrados na dignidade humana, em que as liberdades econômicas públicas e privadas são amplamente reconhecidas, desde que subordinadas aos interesses

da sociedade brasileira. Logicamente, em face da multiplicidade de interesses e de classes representados na dita Assembleia, impregnamos conteúdos normativos plurais no texto da Lei Maior brasileira, devendo ser eles garantidos e estimulados pela legislação e conseqüentemente pelas políticas econômicas públicas. O que é vedado por nossa ordem constitucional econômica é a omissão interventiva estatal no domínio socioeconômico, a eliminação completa dos meios de produção privados e o desplanejamento estatal.

Por fim, encerramos esse ensaio em homenagem ao pai, introdutor e construtor científico do Direito Econômico no Brasil, o mestre Washington Peluso Albino de Souza, com a certeza de termos cumprido parcialmente a nossa tarefa de debater e pesquisar os conteúdos da referida disciplina, já que ela continuará impondo novos e inúmeros desafios nesses tempos pós-moderno.

REFERÊNCIAS

AVELÁS NUNES, António José. *As duas últimas máscaras do Estado Capitalista*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Custos dos direitos e reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. *O direito exaurido: A hermenêutica da Constituição econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

_____. *Curso elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Núria Editor, 2014.

CLARK, Giovani. *O município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Política econômica e Estado. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 2008

_____. *O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado – A regulação e a Constituição de 1988*. Lisboa: Lusíada: Economia & Empresa, n. 9, 2009, p. 9-30.

_____. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Política econômica privatizante: o caso da Educação Superior Brasileira. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani (coord.). *Direito Econômico e a ação estatal na pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. COSTA, Gustavo Vidigal. *Desplanejamento estatal: o exemplo da Copa do Mundo de 2014 no Brasil*. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012. Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 3.785-3.808.

_____. CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do (orgs). *Direito Econômico em Debate*. São Paulo: LTr, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 353, ano 54, p. 14 -26, mar. 1965.

CORRÊA, Leonardo Alves. *Direito Econômico e desenvolvimento: uma interpretação a partir da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Publit, 2011.
DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva. 2009.

FIORI, José Luís (org.). *O poder americano*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO. *Novo Dicionário de Direito Econômico*. Porto Alegre: Fabris e FBDE, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

IGREJA CATÓLICA (1878-1903: Leão XIII); LEÃO. *Rerum Novarum*: carta encíclica de sua santidade o papa Leão XIII sobre a condição dos operários. 8. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1965.

LIMA, Vinícius Moreira de. *Relação de trabalho versus relação de emprego: A luta pela nova Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MÉSZÁROS, István. *A crise estrutural do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

MOREIRA, Vital. 50 Anos da Lei Fundamental Alemã. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, vol. 1, n. 2, junho 1999.

QUIJANO, Aníbal. Sistemas alternativos de produção? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O princípio da “ambiguidade” na configuração legal da ordem econômica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 21 outubro de 1956.

_____. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

390

_____. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. CLARK, Giovani (coords.). *Direito Econômico e a ação estatal na pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. São Paulo: Ática, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Pensar. Fortaleza, v. 16, p. 371-408, jul/dez 2011.

A AUDIÊNCIA PÚBLICA E O JULGAMENTO DAS QUEIMADAS NOS CANAVIAIS:

O STF, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586224 E A SOCIEDADE DE RISCO

JOSÉ RIBAS VIEIRA

MARGARIDA LACOMBE

SIDDHARTA LEGALE

FATIMA AMARAL

JAQUELINE SEVERO

391

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é analisar, de modo interdisciplinar, o impacto efetivo da audiência pública realizada sobre as queimadas nos canaviais, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 586224. O Tribunal julgou um recurso extraordinário contra ADI no plano estadual. O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, no caso, pela constitucionalidade da Lei do Município de Paulínia que determinou a imediata proibição do uso do fogo como método para despalhar e facilitar o corte da cana-de-açúcar.

O caso será contextualizado em uma perspectiva da sociedade do risco, atentando tanto para os riscos ambientais gerados pela queimada, e outros modos alternativos, quanto aos riscos sociais gerados pelos impactos da proibição aos trabalhadores e produtores locais. Em seguida, será destrinchado o processo legislativo da Lei do Município de Paulínia, com vistas a ressaltar o

processo e os argumentos que lhe deram origem, para, ao final, verificar até que ponto a decisão tomada pela Corte serve como precedente para situações futuras.

O artigo percorrerá os seguintes tópicos: na primeira, contextualiza a questão do ponto de vista teórico e sociológico sob a perspectiva da sociedade de risco e, do ângulo jurisprudencial, a partir de outros julgados do STF que poderiam ser facilmente incluídos dentro da mesma perspectiva. Na segunda parte, serão sintetizadas as exposições dos especialistas que participaram da audiência pública que antecedeu à votação. Na terceira, serão resumidos, tão fielmente quanto possível, os principais argumentos dos votos proferidos de cada um dos ministros no caso, atentando para a realização de uma análise crítica da incorporação (ou não) dos argumentos científicos dos especialistas nos votos, para, em seguida, sugerir um aperfeiçoamento sobre a forma de captar tais informações com mais qualidade à luz das premissas do debate sobre *law and science*. Passa-se, por fim, a uma análise crítica do acórdão publicado, abordando tanto a qualidade da argumentação jurídica para produção do precedente, que é um recurso extraordinário dotado de repercussão geral, quanto da qualidade do processo legislativo da lei municipal em questão.

392

O STF, A SOCIEDADE DE RISCO E AS QUEIMADAS EM CANAVIAIS

A compreensão das queimadas dos canaviais apresenta um adequado alcance teórico e prático com base em duas variáveis. Uma delas está articulada ao pensamento social formulado por Ulrich Beck (2003). Este sociólogo alemão, ao refletir criticamente sobre o acidente na Ucrânia da usina atômica de Chernobyl em 1986, teorizou a noção de “sociedade de risco”. O argumento central dessa concepção é que a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada para a sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade. (BECK, 1998).

O desenvolvimento da ciência e da técnica não poderiam mais dar, completamente, conta da predição e controle dos riscos. Pelo contrário, contribuiu decisivamente para criá-los, com consequências – de alta gravidade

para a saúde humana e para o meio ambiente – desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis. Entre os riscos, Beck inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Mais recentemente, incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais. Esse conjunto de riscos geraria uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade.

Nesse contexto social e político, delineado por Ulrich Beck, é que se aponta para enquadrar outra variável importante no exame do caso da queima dos canaviais. É fácil constatar que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado determinados julgamentos passíveis de reflexão nesse contexto da sociedade de risco. Essa tentativa de antever os riscos para decidir apoiado em premissas empíricas mais consistentes não se deu apenas no caso das queimadas em canaviais.

Na ADPF nº 101, (STF, ADPF 101, Rel. Min. Carmen Lúcia, J. 24.06.2009, DJe 01.06.2012), julgada em 25 de junho de 2009, que também foi precedida de outra audiência pública, foi proibida a importação de pneus usados, salvo os do Mercosul, tendo em vista o impacto que a importação de carcaças poderia trazer para o meio ambiente e saúde dos brasileiros, por exemplo, servindo como agentes que proliferariam mosquitos e doenças, como a dengue.

Já na ADI 3.937 e 3.257, (STF, ADI 3.937 e 3.257, Rel. Min. Marco Aurélio), foram impugnadas leis estaduais que proibam o uso, transporte e/ou comercialização do amianto. O julgamento da ação também foi precedido de uma audiência pública que se encontra pendente de julgamento. Adiante-se, porém, que foram objeto de exposição na audiência pública, dentre outros, o risco de a exposição ao amianto possuir efeitos cancerígenos para a saúde humana.

A esse conjunto de decisões do STF relacionadas à sociedade de risco soma-se a questão da queima dos canaviais e os diversos riscos sociais, econômicos e ambientais envolvidos. A decisão no caso exigiria padrões não mera-

mente formais ou limitados a conflitos de competência, que levassem em consideração mais explicitamente tais riscos. A Corte deveria decidir de natureza incisiva questões como de meio ambiente, levando em consideração soluções postas pelo STF amparadas a partir de um maior diálogo social e institucional e de premissas empíricas mais consistentes.

BREVE SÍNTESE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

394 A audiência pública sobre queimadas em canaviais, segundo o ministro Luiz Fux que a convocou, teve como objetivo verificar a possível afronta ao meio ambiente, direitos do trabalhador e direito à saúde da coletividade. Destacou que as audiências públicas em geral contribuem para a decisão ser legitimada democraticamente pela confiança popular nas decisões do STF. Destacou, ainda, que alguns conhecimentos interdisciplinares escapam ao conhecimento dos juízes. Por exemplo, alguns sustentam que a mecanização é inviável; e outros, que é possível. Até por isso, não travariam debates jurídicos nas audiências públicas, mas apenas aspectos técnicos porque o direito não vive desvinculado de outras áreas do conhecimento. Sem dúvida, a peculiaridade do que batizamos de “modelo Luiz Fux” de audiências públicas é sua potencialidade para esclarecer questões de fato por *experts*, técnicos e cientistas, buscando subsídios interdisciplinares para aprimorar a decisão a ser tomada¹.

Na abertura da audiência pública, o ministro Luiz Fux destacou que vivemos sob Estado Democrático de Direito. Disse que não era comum a sociedade participar da tomada de decisões antes da Constituição de 1988, especialmente para além do processo político. Desejou-se que a sociedade tivesse uma participação mais ampla na casa do povo, mas também no processo judicial. O juiz deve conhecer o direito por dever de ofício. Conhecemos as

1. Não desejamos expor sistematicamente aqui aspectos constitucionais, legais ou normativos das audiências públicas, tampouco a sua história recente que revela um crescimento vertiginoso. Para uma abordagem mais ampla, Cf. LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos Modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; MARQUES, Gabriel Lima (orgs.). *Democracia e suas instituições* – V Fórum de grupo de pesquisa em direito constitucional e teoria do direito. Rio de Janeiro: Imós, 2014, p. 181 e ss. Não se ignora a literatura que enxerga o papel de diálogos sociais e institucionais nas audiências públicas. Cf. VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; BERMAN, José Guilherme *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

regras constitucionais. Mas há determinados temas que envolvem questões interdisciplinares, como a questão da lei seca em que ouvimos especialistas sobre a questão do álcool e a capacidade de percepção, as células-tronco e a antecipação do parto de feto anencefálico, o mercado nacional e se ele seria capaz de prover isso para TV por assinatura e, ainda, teremos uma para o financiamento de campanha.

Relembrou o dever de ofício de julgar uma lei que tem repercussão geral para todo o Brasil e vai alcançar questões sobre a saúde do trabalhador, o meio ambiente e os efeitos sobre a dignidade das comunidades locais e até o consumo de água e efeitos reflexos das queimadas nos canaviais. Como destacou o ministro Luiz Fux, esses conhecimentos escapam ao suposto conhecimento enciclopédico da magistratura, que os juízes têm por ficção o conhecimento do material jurídico – cerca de 13 mil leis e, no mínimo, cinco mil artigos com parágrafos e alíneas da Constituição federal. Considerou que a tarefa do magistrado não é só decidir, mas sim ouvir e analisar todas as questões que interessam à sociedade brasileira. Para ordenar os trabalhos, esclareceu que o debate não é jurídico, porque é dever do juiz conhecer o direito. O debate foi técnico, porque se desejou ouvir sobre questões sociais, ambientais, técnicas etc. sobre as queimadas nos canaviais.

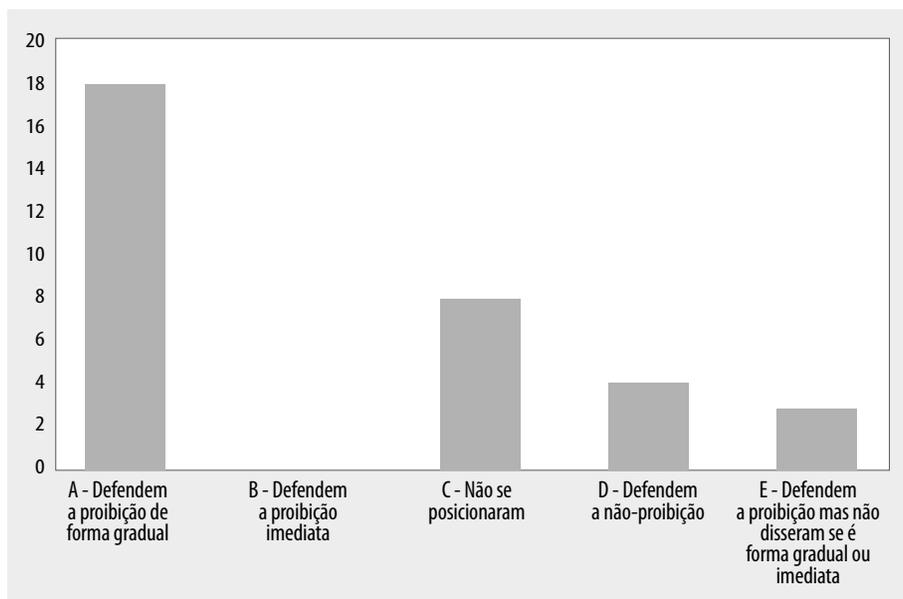
395

Serão destacadas, a seguir, as principais linhas de exposição dos especialistas na audiência. Diversas questões foram formuladas pelo ministro Fux no edital de convocação, tais como se o uso de fogo como método detalhado nos canaviais está ou não em conformidade com o código florestal, o instrumento levantou algumas dúvidas que a tal prática trazia, como se afeta a ordem econômica estadual, se é viável a substituição pela colheita mecânica, as mortes dos trabalhadores etc. Chegou-se a determinar a intimação de órgãos e entidades que “[...] pudessem contribuir para o esclarecimento de questões de fato pertinentes ao caso, bem como para prognosticar as possíveis consequências sociais e econômicas das soluções aventadas [...]”², por exemplo, a Agência Nacional de Águas, da EMBRAPA, do Ministério do Meio ambiente, do Centro de Tecnologia Canavieira, entre outras. Simplificando para fins expositivos, a

2. Despacho disponível em: www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?, de 29 nov. 2012. Acesso em: 20 fev. 2016.

principal questão da audiência pública versou sobre a possibilidade de a lei determinar a imediata proibição das queimadas como método despalcador ou, se diante das consequências, seria melhor a proibição gradual. A conclusão dos especialistas pode ser bem sintetizada no seguinte gráfico.³

396



De 32 especialistas, nenhum se posicionou de forma favorável à proibição imediata (B). É verdade que sete deles não se posicionaram sobre o tema da proibição (C)⁴. Descontadas essas duas situações, percebe-se o seguinte

3. O gráfico apresentado aqui decorre, com pequenos reparos, da sistematização originalmente desenvolvida pelos alunos da UFJGV, Bruna Freitas do Valle Dias e João Pedro Gomes Coutinho para trabalho da disciplina de direitos fundamentais do prof. Siddhartha Legale. O trabalho foi apresentado e publicado em Anais do Congresso da USP. Vale conferir o seguinte trabalho, Cf. DIAS, Bruna Freitas do Valle; COUTINHO, João Pedro Gomes. O Poder Judiciário e a concretização dos direitos individuais e sociais previstos na Constituição de 1988: audiência pública – queimadas em canaviais. In: TRENTINI, Flávia (org.). *Desafios do Direito Agrário Contemporâneo*. Ribeirão Preto, 2014, p. 515. “Como resultado, obteve-se que uma parcela significativa de 53,12%, relativa a dezessete participantes, apoia a proibição da queimada de forma gradual. Em segundo lugar, com 25%, oito participantes não se posicionaram em relação ao assunto. Quatro integrantes, referentes a 12%, defenderam a não proibição do uso do fogo, enquanto três expositores, representados pela porcentagem de 9,37%, expuseram que a proibição deve ocorrer, mas não manifestaram se esta deve se dar de maneira gradual ou imediata”.

4. Miguel Rubens Tranin (ALCOPAR), Christina Pacheco (ORPLANA), Carlos Gustavo Jacoia (ASCANA), Bernardo Rudorff (Instituto De Pesquisas Espaciais – INPE), Carlos Eduardo de Siqueira Cavalcante (BNDEx), Rafael Frigério (Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB), Carlos Eduardo Beduschi (Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB).

quadro: (i) 18 defenderam a proibição gradual (A)⁵; (ii) 4 defenderam a manutenção indefinida/ não proibição das queimadas (D)⁶; e (iii) 3 defendem a proibição, sem se posicionar se seria de forma imediata ou gradual (E)⁷.

A maioria dos especialistas da audiência pública sustentou a proibição gradual, de modo que parece interessante nos reportar a, pelo menos, um ou alguns dos especialistas representativos de cada uma dessas teses a seguir. Escolhemos algumas falas que consideramos representativas de tais posições em uma espécie de metonímia das correntes na audiência pública. Vejamos.

Em defesa da proibição gradual da queimada ou da substituição progressiva do fogo pelas máquinas, destaca-se a fala da especialista Dra. Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes, representante e professora da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo ESALQ/USP. A professora foi a única mencionada expressamente no acórdão do STF, mais precisamente, no voto do relator, ministro Luiz Fux, razão pela qual se destacou a sua fala para posterior contraste dos argumentos da deliberação do STF.

A especialista buscou trazer uma análise da balança entre a melhoria ambiental decorrente da proibição da queima e o impacto negativo na geração de emprego. Em um primeiro momento, questiona a dimensão das restrições do mercado externo com relação às importações do etanol, sob o fundamento do impacto socioambiental das queimadas. Entende que são em parte legítimas e funcionam como barreiras comerciais às exportações brasileiras.

397

5. Adriana Coli Pedreira (Cooperativa Agroindustrial do Estado do Rio De Janeiro LTDA – COAGRO), Ismael Perina Junior (ORPLANA), Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes (ESALQ/USP), Rodrigo Fernando Maule (ASCANA), Paulo Sérgio Leal (FEPLANA), Elimara Aparecida Assad Sallum (União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo – UNICA), Zilmar José de Souza (União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo – UNICA), Tânia Maria do Amaral Dinkhuysen (Federação da Agricultura do Paraná – FAEP e Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado do Paraná – SIAPAR), Paulo Junqueira (Confederação Nacional de Agricultura – CNA), Antônio Cândido de Azevedo Sodré Filho (ASSOMOGI), Jadir Silva de Oliveira (Associação das Indústrias Sucroenergéticas do Estado de Minas Gerais), Gérson Cameiro Leão (SINADAÇUCAR), André Luiz Baptista Lins Rocha (Sindicato da Indústria de Fabricação de Etanol do Estado de Goiás – SIFAEG – e Sindicato da Indústria de Fabricação de Açúcar do Estado de Goiás – SIFAÇUCAR), Paulo Henrique Córrea (Vereador do Município de Barretos), Hélio Gurgel (ABEMA), Carlos Eduardo Chaves Silva (CONTAG), Antônio Lucas Filho (CONTAG), Renato Augusto Pontes Cunha (presidente do SINDAÇUCAR)

6. Alexandre Araújo de Moraes Andrade Lima (Engenheiro Agrônomo da União Nordestina dos Produtores de Cana – UFRPE), Gylvan Meira Filho (Instituto de Estudos Avançados – IEA – e Instituto Tecnológico Vale – ITV), e Djalma Euzébio Simões Neto (SINDAÇUCAR), Noel Montenegro Loureiro (Federação da Agricultura de Alagoas – FAEAL).

7. Moisés Savian (Gerente de Políticas Agroambientais do Ministério do Meio Ambiente), Robert Michael Boddey (Embrapa), Simone Oliveira Teixeira (Ministério Público do Trabalho – MPT).

Afirmou que os biocombustíveis, para atingir o mercado, devem ser capazes de reduzir a emissão de gases do efeito estufa em relação à gasolina. Neste sentido, o etanol de cana-de-açúcar, mesmo com a queima da cana, provou ser uma excelente alternativa aos combustíveis fósseis. Esta conclusão é inclusive aceita pelo Estado da Califórnia, cujas restrições ambientais são fortíssimas, acrescentou. Dessa forma, considerou o combustível avançado e ressaltou que muitas empresas hoje não impõem restrições ao corte manual da cana. Salientou o grande número de empregados na cadeia produtiva de cana-de-açúcar e etanol, reportando-se aos dados do Ministério do Trabalho que apontam cerca 1.350.000 empregos gerados no Brasil. Alguns impactos seriam notados com a mecanização imediata: em 2001, foram produzidas aproximadamente 300 toneladas de cana com 450 trabalhadores. No período final de 2011, dobrara a capacidade de cana, mas os postos diminuiriam por conta da mecanização. Afinal, entende que a mudança para a mecanização deve ser feita de forma gradual para que não haja prejuízos intensos a esses trabalhadores.

398

Em relação à fala dos especialistas defendendo a manutenção indefinida das queimadas, destaca-se o do presidente da União Nordestina dos Produtores de Cana, Alexandre Araújo de Moraes Andrade Lima. Em sua exposição, destacou que o Ceará possui 12% da produção, onde o custo de produção é um dos menores do mundo. Se, hipoteticamente, o Nordeste fosse um país, seria o quinto maior produtor de cana do mundo. Aponta alguns dados estatísticos para mostrar que a industrialização no restante do país e nordeste ainda têm muito a dever do setor primário. A estratificação mostra, porém, que a receita bruta mensal desses produtores está em uma faixa de 800 reais e tiveram uma participação do programa em 91%.

Expõe ainda algumas imagens, topografia do perfil do produtor e uma panorâmica da área das regiões que se encontram na seca. Foram avaliados vários tipos de solos diferentes, sempre considerando após a queima da palha da cana, neste caso foi avaliado principalmente a poeira respirável, ou seja, aquela que pode atingir a saúde do trabalhador. Nesse sentido, as metodologias que foram utilizadas levaram a todos esses parâmetros, equipamentos de avaliação da respiração do trabalhador, que mostram a presença efetiva nos trabalhadores durante sua atividade. Dentre várias colheitas, a poeira respirável foi de

2,3 miligramas por m³, com limite de tolerância de 3,0. Por fim, afirma que a concentração dos agentes químicos se apresenta abaixo dos limites de tolerância, considerando todos os aspectos técnicos que nossa legislação brasileira nos recomenda e a confederação americana na ausência de resultados.

Há ainda aqueles que defendem a proibição, sem se posicionar se seria de forma imediata ou gradual, como a especialista e médica do Ministério Público do Trabalho (MPT), Simone Oliveira. A expositora dispõe sobre a relação do Ministério Público do Trabalho em relação à cana. Mostra que a partir de visita aos canaviais e às usinas alguns fatos, como a ocorrência de acidentes nas queimadas, as mortes por exaustão de corte de cana, os acidentes na colheita manual e também na mecanizada. Quanto à questão do por que ocorrem mortes por exaustão, cita perícia realizada sobre a frequência cardíaca dos trabalhadores de corte de cana com maquinistas que se encontram acima dos limites, destacando haver evidências de que estejam muito provavelmente causando as mortes. Ainda pelo INSS, foram feitos cálculos de NTP que apontam que 60% têm chances de ter problemas cardíacos e, ainda, através de uma pesquisa de mestrado, verificou-se que os cortadores de cana possuem pressão arterial muito alta, com aumento de riscos de doenças respiratórias e cardíacas.

Enfatiza também que o interior da cidade de São Paulo é muito quente e, para tanto, foram criadas normas próprias. Uma medida que leva em consideração a temperatura, chegasse ao ponto de se ter quinze minutos de descanso ou um jornada menor de trabalho. Tal norma não é respeitada basicamente em lugar nenhum e o Ministério Público tem ajuizado diversas ações questionando a sua não aplicação. O fundamento é que isso interfere de forma substancial sobre a sobrecarga cardíaca dos trabalhadores, no qual, dentre trabalhadores avaliados, foram encontrados níveis muito superiores aos adequados. Além disso, deve-se levar em consideração a sobrecarga ergonômica durante o dia do cortador. Chega-se a quatro mil flexões de troca, quatro mil golpes de podão, o que leva a alterações de coluna e lombar. O corte de cana realmente traz riscos para aos trabalhadores, e as empresas têm feito (e precisam ampliar) adaptações e mudanças necessárias para preservar a saúde do trabalhador.

Passamos agora a observar a presença das falas dos *experts* nos votos dos ministros, de forma a verificar como os riscos e os argumentos científicos são integrados à tese vencedora estabelecida no acórdão, *vis-à-vis*, os argumentos que serviram de justificativa ao município autor da lei atacada.

BREVE SÍNTESE DO ACÓRDÃO DO RE 586224

O RE 586224, (STF, RE 586224/ SP, Rel. Min. Luiz Fux, J. 05/03/2015, Tribunal Pleno, DJe-085 DIVULG 07-05-2015), foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) do Estado de São Paulo que julgou improcedente a ADI no plano estadual, declarando a constitucionalidade da Lei do Município de Paulínia e mantendo a proibição das queimadas em canaviais. Em sede recursal, porém, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da Lei do Município de Paulínia que proibiu imediatamente o uso de fogo em atividades agrícolas, as chamadas “queimadas em canaviais”. A decisão foi precedida da audiência pública no STF, apresentada anteriormente, restando perceber como os argumentos dos especialistas influenciaram a tomada de decisão.

400 É interessante ver que, na própria ementa, consta que “O Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento aos seus anseios, no sentido de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é serviço público”. A realização da audiência pública e esse discurso da ementa demonstram a dimensão representativa da Corte⁸ e, pelo menos, a tentativa de ampliar o diálogo com a sociedade e com as instituições. Investigaremos, a seguir, os argumentos pelos quais o STF tomou tais decisões, prestando atenção às influências das participações dos especialistas para a fundamentação da decisão do ministro.

Em primeiro lugar, destacou-se que o município é competente para legislar sobre meio ambiente, mas apenas nos limites do interesse local e desde que tal regramento se harmonize com os dos demais entes federados (art. 24, VI, c/c, art. 30, I e II da Constituição). Partiu-se do pressuposto de que a pre-

8. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Representação argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do STF?, 2010. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=janereis>>.

dominância do interesse não significa exclusividade do interesse para o município em relação ao Estado e à União. Não existe assunto que reflexamente não seja, com diferentes graus, de interesse estadual ou nacional. Tanto a lei estadual que prevê a eliminação progressiva quanto à lei municipal pela eliminação imediata das queimadas procuram resolver a mesma necessidade social, qual seja, a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Então, a inconstitucionalidade da lei municipal significa que o STF entendeu, pela competência estadual na matéria, pela redução gradual das queimadas.

Em segundo lugar, vale consignar que a própria ementa chama a atenção para a presença de um conteúdo interdisciplinar para a tomada da decisão, sem que isso permita à Corte se furtar de tomar a decisão. São questões de ordem prática, como a progressiva e planejada diminuição da utilização da queima de cana-de-açúcar; a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; o cultivo em minifúndios; os trabalhadores de baixa escolaridade e a poluição independentemente da opção técnica escolhida. Sopesando os valores que procuram reduzir os aspectos negativos, deu-se prevalência à legislação estadual, como um *standard* a ser observado pelas demais unidades da federação.

401

Com base em tais argumentos, o STF deu provimento ao RE para reformar a decisão do TJSP. Na origem, havia se julgado improcedente a ADI estadual contra a lei municipal que determinava a supressão imediata da queima da palha de cana-de-açúcar, sob o fundamento de se tratar de “método rudimentar e primitivo”, que pode ser substituído vantajosamente pela mecanização. Entendeu-se que esse “método arcaico e antiambiental” constitui uma barreira ao ingresso do etanol no primeiro mundo. A decisão o TJSP entendeu que a lei municipal amplia a proteção da federal e foi tomada “[...] inspirada por reação do estado-juiz e por opção pragmática, de qualquer forma, em benefício do meio ambiente”.

A Câmara Municipal de Paulínia alega ter legislado de forma suplementar ao ordenamento federal e estadual, com base em assunto de interesse local nos termos do art. 23, VI e 30, I da Constituição. Destacou o art. 27 do Código Florestal que veda o uso de fogo, mas o parágrafo único excepciona, considerando peculiaridades locais e regionais que justificarem o seu emprego.

Ainda assim, a permissão deve ocorrer por ato do Poder Público e em uma área circunscrita, respeitando as normas de precaução. Chamou atenção para os prejuízos econômicos, a elevação do consumo de água, das doenças respiratórias, das mortes dos cortadores etc. a justificar a vedação, amparada no interesse local.

Apreciando o RE contra essa ADI, o relator ministro Luiz Fux destacou que a solução da questão vai além da ciência jurídica e parte de um breve resumo das principais opiniões dos órgãos especializados que participaram da audiência pública. Inicialmente, o próprio relator sintetizou os argumentos desta maneira:

“Basicamente, destaco que (i) já existe relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima como método despalhador de cana-de-açúcar; (ii) a maior parte das áreas nas quais ocorrem o cultivo são acidentadas, impossibilitando o manejo de máquinas; (iii) grande parcela do cultivo de cana se dá em minifúndios; (iv) em geral, os trabalhadores têm baixa escolaridade; (v) e a poluição, independentemente da opção escolhida, sempre existirá”.

402

Descendendo aos detalhes da fundamentação, podem ser destacados os seguintes fundamentos, de cunho “fático, multidisciplinar e principiológico”, no voto do relator para dar provimento ao RE e julgar inconstitucional a Lei Municipal que proíbe de imediato a queimada, valendo destacar os seguintes aspectos:

> a tecnologia para lidar com os terrenos inclinados e acidentados só estará concluída e implantada em período superior a 10 anos. Por exemplo, em Pernambuco, 90% do cultivo se dão em uma topografia acidentada;

> o Cultivo em minifúndios possui dimensões inapropriadas para manobrar colheitadeiras e obrigaria os agricultores a arrendar suas terras e deixar a atividade;

> a baixa escolaridade dos trabalhadores do cultivo de cana-de-açúcar, que é um aspecto socioeconômico a ser levado em consideração, já que a proibição imediata dispensará muitas pessoas. Foram citados os dados apresentados pela Dra. Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes, que haveria uma redução de 114 mil postos de emprego;

> a proteção do direito ao trabalho na dimensão objetiva, inclusive da minoria que ficaria sem emprego pela mecanização;

> a poluição decorrente do uso das máquinas, que também geram impacto negativo no meio ambiente, como a decomposição da cana que gera metano e contribui para o efeito estufa, o surgimento de ervas daninhas e o uso de pesticidas e fungicidas.

Feitas essas considerações preliminares, o ministro Luiz Fux sopesou os valores constitucionais e entendeu que, a despeito da inevitável mecanização, é preciso reduzir os seus aspectos negativos e a melhor fórmula é a da lei estadual que estabelece a supressão progressiva das queimadas. Quanto aos aspectos propriamente jurídicos, conforme destaca, decidiu o seguinte:

(i) planejamento não combina com proibição imediata do uso do fogo como método despalhador e facilitador do corte da cana. O próprio art. 40 da lei federal 12.651/12 prevê uma política nacional de manejo e controle de queimadas e prevenção e combate aos incêndios. O art. 16 do Decreto 2.661/98 fala expressamente da redução gradativa do emprego do fogo;

(ii) município tem legitimidade para legislar sobre meio ambiente, mas apenas quando for harmônico com Estado e União. No caso a lei municipal é anterior à estadual e vai na contramão da intenção da legislação nacional e estadual, de modo que há violação da jurisprudência do STF sobre a partilha de competências federativas em hipóteses análogas (ADI 3937 e Rp 1.153). Entendeu que, de um lado, normas federais e estaduais exaurem a matéria e, de outro, falta de interesse meramente local a legitimar a atuação do Município;

(iii) Por fim, do ponto de vista material, falta de razoabilidade da legislação municipal em função da ponderação da Corte. A partir do pensamento de Robert Alexy, metodologicamente, analisou a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à adequação, entendeu pelo respeito à vontade do legislador, pois o meio é empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido. Quanto à necessidade e a proporcionalidade, existe óbice na legislação municipal, porque existe solução menos gravosa pelo ordenamento dentro de uma análise de custo-benefício.

Os votos dos demais ministros, em geral, apenas acompanharam o relator, elogiando a convocação da audiência pública, mas sem tecer comentários ou fazer referências a especialistas específicos que participaram dela. Há uma baixa integração dos argumentos de caráter técnico-científico no voto dos demais ministros.

Com nuances diferentes, os ministros Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e ministro Ricardo Lewandowski acompanharam o relator. Destaque-se dentre os votos concorrentes pela clareza o voto do ministro Luís Roberto Barroso. Acompanhando o relator, apresentou dois adendos: (i) existe competência legislativa e administrativa em tese do município por se tratar de matéria ambiental, mas, no caso, há legislação estadual dispondo de forma diversa. A solução deve se dar pelo parâmetro da predominância do interesse, razão pela qual conclui que a questão das queimadas transcende ao interesse local e, portanto, inexistente competência municipal em concreto sobre tal tema; e (ii) considerou acertadas as colocações fáticas do ministro Luiz Fux de que a legislação estadual, que prevê a extinção gradativa, é a mais adequada, tendo em vista a existência de protocolos para cessar as queimadas em São Paulo a partir de 2014 nas áreas mecanizáveis e para 2017 nas áreas não mecanizáveis. Destacou que o resultado prático foi a redução de 80% das queimadas em Paulínia, de modo que, a rigor, sequer seria necessária a intervenção judicial, se a matéria está evoluindo de maneira satisfatória.

O ministro Teori Zavascki manifestou-se pela inexistência de inconstitucionalidade material na proibição imediata à queimada de palha, sob o fundamento de que não caberia ao Judiciário apreciar a constitucionalidade da política pública formulada pelo município. No entanto, acabou defendendo a inconstitucionalidade formal, razão pela qual acompanhou o ministro Luiz Fux.

Em sentido contrário, a ministra Rosa Weber negou provimento ao RE por entender que inexistente inconstitucionalidade formal. Ponderou, na linha do acórdão do TJSP, que o município legislou nos limites do interesse local, conforme o art. 30 da Constituição Federal.

Por fim, é interessante notar que o ministro Luiz Fux foi instado a colher o entendimento do colegiado para deixar a decisão uniforme, fixando a tese para a repercussão geral, o que reduziu as mazelas de um modelo de

deliberação agregativo adotado pelo STF⁹. Fixou-se, após debates, a seguinte tese: “O Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado no limite do seu interesse local e desde que tal regramento harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.” Em que pese à excessiva generalidade da tese fixada, face ao que foi efetivamente objeto da decisão, parece estar se aprimorando ou consolidando uma cultura progressivamente mais deliberativa na Corte. Cabe indagar se esse tipo de generalização no caso, e seu aspecto agregativo, é positivo ou negativo sob o prisma do precedente com repercussão geral.

Vale reiterar que o caso foi precedido de audiência pública, convocada pelo ministro Fux. Os especialistas que participaram manifestaram, em sua maioria, pela redução ou eliminação gradual das queimadas em canaviais. Ninguém defendeu aberta e expressamente totalidade, pela impossibilidade da supressão imediata das queimadas, sugerindo diferentes prazos para o seu termino. O relator, de fato, aderiu à posição predominante na comunidade científica a respeito do tema.

A argumentação, nesse sentido, careceu de um “devido processo intelectual”¹⁰, uma espécie de contraditório entre *experts* para que se sobressaísse a exposição mais consistente do qual os magistrados poderiam ser uma espécie de guardiões desse processo probatório¹¹, exigindo uma demonstração do método científico empregado para se chegar a tais conclusões. Representativa dessa carência é o fato de nenhum especialista ter defendido abertamente na audiência pública a proibição imediata das queimadas nos canaviais.

Perceba-se, ainda assim, que o voto do relator distingue claramente os aspectos fáticos e jurídicos, relevantes para tomada de decisão. Nos aspectos fáticos, o ministro Fux reconhece uma abordagem interdisciplinar para o caso

9. As mazelas do modelo vêm sendo apontadas pela doutrina. Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.; GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná, 2015.

10. RIBEIRO, Gustavo Sampaio A. No need to toss a coin: conflicting scientific expert testimonies and intellectual due process. Disponível: <<http://ssrn.com/abstract=2128915>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

11. Trata-se de uma postura exigida do magistrado em relação aos experts pela Suprema Corte dos Estados nos emblemáticos casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999). Sobre o tema, Cf. FAIGMAN, David. L. *The Daubert revolution and the birth of modernity: managing scientific evidence*. In: *The Age of Science* 46 UC Davis Law Review, 2013.

das queimadas dos canaviais. Há, assim, uma abertura no direcionamento dos direitos fundamentais e perspectivas principiológicas. Em realidade, a sua decisão está lastreada no padrão jurídico ao qual é remetido a uma leitura da Constituição federal de 1988 no seu universo de competências constitucionais. Quanto aos demais ministros do STF, cingiram os seus votos ao espaço das referidas competências.

Feitas essas considerações preliminares acerca da decisão, passaremos a análise em perspectiva: (i) argumentação jurídica; e (ii) processo legislativo.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A ACIDENTADA CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DELIBERATIVA

Como assinalado anteriormente, o ministro Luiz Fux, diante do problema da competência do município de Paulínia para criar lei que proibia a queimada de cana-de-açúcar, viu-se instado a perquirir sobre o tema em outras áreas de modo a melhor apreciá-lo e julgar. “A pergunta é simples, mas de solução complexa”, diz ele:¹²

A Constituição Federal prevê, no seu artigo 24, VI, a competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal em matéria de meio ambiente e controle de poluição, cabendo aos municípios legislar a respeito, de forma suplementar, apenas nos limites do seu interesse local (art. 30, I e II do mesmo diploma legal).¹³

O Recurso Extraordinário pede que seja reconhecida a inconstitucionalidade da lei municipal, com base em uma série de argumentos que procuram mostrar que a matéria é de repercussão geral, na medida em que provoca efeitos econômicos em todo o estado de São Paulo e extrapola, por isso, os limites do interesse municipal. Para tanto, apresenta de forma detalhada os efeitos nefastos da medida adotada pelo município, que o pretendia de imediato, ao contrário do Estado, que dispunha pela forma paulatina. No seu entender,

12. Ministro Luiz Fux, página 31 do inteiro teor do acórdão reproduzido em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>.

13. A competência comum exarada do artigo 23 da CF limita-se à atividade administrativa.

é o Estado o ente responsável para legislar sobre o assunto, que o teria feito mediante implementação de política pública.

O STF reconheceu a competência do município para legislar suplementarmente, nos limites do seu interesse local e *desde que em harmonia com os demais entes federativos*. A novidade do julgamento, em termos de competência, foi a adição da harmonia, o que demanda que os tribunais brasileiros avaliem a compatibilidade exigida caso a caso. Na parte dispositiva do acórdão, entretanto, o Tribunal não apresenta o resultado alcançado naquele caso específico, de forma a mostrar uma posição clara sobre matéria que já vinha sendo debatida nos demais tribunais da federação, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver no REsp 294.925/2013.

Mas para enfrentar o problema da harmonia, entre a lei estadual e a lei municipal, bem como avaliar os limites do interesse local do município de Paulínia, o ministro Relator achou conveniente buscar diretamente na *expertise* de especialistas subsídios para a compreensão da matéria em lugar de simplesmente acatar os dados apresentados pelas partes em suas razões e contrarrazões. Sucintamente, conforme consta do próprio despacho convocatório da audiência pública já mencionada, é posto que o Estado de São Paulo, em suas razões recursais, sustenta que a Lei Municipal prejudica a economia do Estado e atrapalha o controle ambiental da atividade, tornando impraticáveis as colheitas anuais que se estendem até o final do ciclo de produção do canavial. Afirma também que as consequências práticas da proibição pura e simples da queimada da palha da cana transcendem os limites dos interesses do município de Paulínia, afetando a ordem econômica estadual, a arrecadação tributária do Estado e gerando abalo social decorrente da dispensa de empregados do setor canavieiro e do desemprego.

Todos os produtores, segundo relata, teriam de adquirir máquinas colhedoras, tratores e transbordos, além de substituir as carrocerias de caminhões, que transportam a cana inteira, por carrocerias próprias para cana picada, bem como adaptar o solo e a forma de plantação da cana. Registra que, como a vida de uma plantação varia de cinco a oito anos, nesse ínterim seria impossível a substituição pela colheita mecânica. As indústrias também seriam afetadas, já que, não recebendo o seu insumo, a cana-de-açúcar, deixariam de

pagar os produtores de cana. A produção de açúcar e álcool restaria, em razão desse quadro, comprometida.

E a Câmara Municipal, em contrarrazões, sustenta que a queima da palha da cana-de-açúcar também importa em prejuízos econômicos, pois obriga a população a aumentar o consumo de água no período da safra, com a finalidade de manter a limpeza das casas, além de gastos com medicamentos em razão das alergias respiratórias. Registra que as queimadas são responsáveis por boa parte das mortes dos cortadores, por inalação de gases cancerígenos. Além disso, aduz que a Lei Estadual nº 11.241/02 prevê a redução gradual da queima da cana-de-açúcar, prevendo a extinção do método apenas para o ano de 2031, o que não atende às necessidades locais do município de Paulínia.

Cabe destacar, a partir daí, que para a apuração da competência formal mister se fez apreciar o substrato material do problema, no melhor estilo tópicico¹⁴, o que demandou uma investigação de caráter interdisciplinar. De outra maneira, difícil seria dizer se o interesse é local, se as soluções guardam harmonia entre si e se, à vista da Constituição, são cabíveis.¹⁵ E assim procedeu o ministro relator, adotando o método da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 575-628) para verificar a adequação da lei atacada à vista da medida da lei estadual que lhe serve de contraponto¹⁶, o que se dá sob a égide da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹⁷ Para tanto, serviu-se dos dados e fatos

408

14. A Tópica é um estilo de raciocínio que parte do problema para se chegar ao sistema, de modo a fazer com que os raios de luz que possam esclarecer o problema incidam sobre ele. Cf. VIEHWEG, Theodor, *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antono de Fabris, 2007.

15. Sob a perspectiva do pós-positivismo, que reconhece o peso normativo dos direitos fundamentais, Luis Prieto Sanchís distingue as condições formais de validade das leis das condições materiais. Na primeira categoria inserem-se tanto os critérios estritamente formais, sobre o procedimento correto, quanto o critério material que versa sobre o objeto a ser regulamentado por determinado órgão ou ente federativo, ainda sob a referência formal. As condições materiais, ao contrário, coadunam-se com os direitos fundamentais. Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

16. Cf. p. 38 e 39 do inteiro teor do acórdão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>. “Ao julgar a constitucionalidade do diploma legal municipal, em um prisma socioeconômico, faz-se mister sopesar se o impacto positivo da proibição imediata da queima de cana na produtividade é constitucionalmente mais relevante do que o pacto social em que o Estado brasileiro se comprometeu a conferir ao seu povo o pleno emprego para o completo gozo de sua dignidade.”

17. “É certo, pois, que a mera e direta proibição não se coaduna, nesta esteira, com os valores constitucionais perseguidos pela sociedade, visto que o evidente aumento no índice de desemprego abrupto trará reflexos econômicos no âmbito nacional interno, no sentido de que haverá menor circulação de riqueza e, sob o ponto de vista externo, cumpre lembrar que altas taxas de desemprego contribuem para a diminuição do grau de confiabilidade no país, tanto no campo da economia quanto da política.” Cf. p. 25 do inteiro teor do acórdão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>.

trazidos ao Tribunal pela fala de técnicos e especialistas, conforme visto, concluindo: (i) pela relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima de cana-de-açúcar; (ii) pela impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; (iii) pelo cultivo de cana em minifúndios; (iv) pela maioria de trabalhadores com baixa escolaridade no setor; (v) e pela poluição independentemente da opção escolhida.

Tais conclusões, obtidas por meio de evidências provadas mediante fatos e dados, foram suficientes e serviram de justificativa para o voto do relator no sentido de considerar a Lei do Município de Paulínia inconstitucional. E o fez valendo-se do crivo da materialidade. Isso porque a competência formal, vale insistir, foi declarada uma vez passada pelo escrutínio da razoabilidade da medida.¹⁸

Trata-se, nas palavras do próprio ministro relator, de “fatos que tiveram imperiosa influência na decisão”. E fatos que mostram o impacto socioeconômico, exigência que é para o reconhecimento da repercussão geral. “Por óbvio, [conclui], afigura-se muito mais harmônico com a disciplina constitucional a eliminação planejada e gradual da queima da cana”. E ainda: “O planejamento de São Paulo deve ser um *standard* a ser observado e respeitado pelas demais unidades da federação”.

409

Nesse sentido, podemos dizer que o voto que institui a tese vencedora buscou estabelecer um precedente que a parte dispositiva do voto suprimiu. A parte dispositiva menciona o julgamento realizado por força da maioria dos integrantes da Corte, vencida apenas a ministra Rosa Weber e, ao mesmo tempo, uma tese estabelecida por unanimidade. Uma hipótese a ser aventada, por oportuno, é a de que a tese fixada na repercussão geral – referente a competências federativas – não incorpora explicitamente a tese específica – a inconstitucionalidade da supressão imediata das queimadas –, fruto do pedido que ensejou o Extraordinário.

E não o faz porque, sob o critério determinante da harmonia legislativa entre os entes federativos faz caber, no caso, tanto a tese vencida quanto a tese

18. “Mesmo que seja mais benéfico, para não dizer inevitável, optar pela mecanização da colheita da cana, por conta da saúde do trabalhador e da população que vive nas proximidades da área de cultura, pelo aumento significativo da produtividade e consequente lucro, não se pode deixar de lado o meio pelo qual se considere mais razoável de obtenção deste objetivo: proibição imediata ou eliminação gradual.” p. 30 do inteiro teor do acórdão. Acesso em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>.

vencedora. A ministra Rosa Weber declara a constitucionalidade da lei municipal sob a justificativa da harmonia entre os entes federativos enquanto os demais ministros declaram a inconstitucionalidade por entenderem não haver harmonia. Sob a exigência da harmonia, portanto, com o que todos concordam, a tese geral não traduz com precisão o que realmente ficou decidido como resultante de expressão majoritária.

PROCESSO LEGISLATIVO E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

A legislação não é uma mera atividade política ou de administração de interesses oligárquicos. Ela possui certa racionalidade deliberativa, típica de uma reunião em assembleia. É preciso arrefecer o desdém acadêmico e jurisprudencial que tem recaído sobre o processo legislativo para resgatar, se não toda, ao menos alguma dignidade para a legislação, dando visibilidade aos argumentos mobilizados nessa arena. (WALDRON, 1999, p. 7-36). Especificamente no caso das queimadas em canaviais, o processo legislativo referente à Lei do Município de Paulínia nº 1.952/95, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal por meio do RE 586.224, decorreu da apreciação do Projeto de Lei nº 46/1995, de conteúdo idêntico a outro projeto que já havia sido submetido à mesma Câmara Legislativa em 1993, tendo sido por ela rejeitado em 1994.

410

O autor do projeto, vereador Jurandir José Bonomi, justificou a reapresentação do tema alegando que recebia constantes reclamações sobre as queimadas – principalmente durante as épocas de colheita da cana-de-açúcar –, “responsáveis por agressões ao meio ambiente, inclusive a fuligem que, levada pelo vento, acaba criando problemas para a população atingida.”

Afirmou que manteve encontros com representantes do Poder Judiciário no município e recebeu apoio expresso do Promotor de Justiça da Promotoria de Paulínia, além de ter pedido parecer de Escritório de Advocacia sobre a matéria. Tal parecer concluiu pela competência do município para suplementar a lei federal (Código Florestal) que estabelece a proibição de uso de fogo na vegetação em geral, criando órgãos, mecanismos e sanções de modo a tornar efetiva essa proibição. Ao final, o parecer deixou ainda consignado que: “dado o fato da presença da Refinaria de Paulínia (REPLAN), em seu território,

o uso do fogo nas plantações da zona rural contígua assume proporções de risco iminente; esta circunstância inverte os termos da questão, tornando o controle do fogo, no caso, *‘assunto de interesse local’*, na terminologia constitucional e, portanto, transplantando-o para as matérias de *competência legislativa exclusiva* do município”.

O projeto recebeu parecer contrário da Comissão de Justiça e Redação, que, juntando manifestações técnicas já examinadas no curso do processo legislativo anterior no sentido da inconstitucionalidade da proposta, bem como cópia de ações judiciais e notícias de jornal sinalizando ser a medida em exame bastante discutível, proferiu a seguinte conclusão:

Em que pese o bem elaborado trabalho jurídico juntado pelo Autor da proposição ora em debate, vemos que os argumentos nele contidos não devem prevalecer diante da posição da esmagadora maioria de juristas, membros da judicatura, entidades especializadas na matéria, que se manifesta pela inconstitucionalidade de tal projeto de lei. Ademais, a propositura já foi rejeitada, também, por esmagadora maioria nesta Casa, consoante foi amplamente citado anteriormente, não havendo porque modificar a manifestação da Comissão de Justiça, que tão sabiamente exarou parecer contrariamente à aprovação da matéria pelo Plenário da Câmara Municipal.

411

O projeto, porém, foi aprovado em primeira discussão, tendo sido rejeitado, portanto, o parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Justiça e Redação. Seguiu, então, para a Comissão de Finanças, que, considerando ultrapassada a questão da constitucionalidade, adentrou o mérito da medida, argumentando a sua necessidade pelas seguintes razões:

> a fuligem que se desprende da cana depois das queimadas lança-se na atmosfera através do vento e passa a cobrir a área urbana do município, consumando-se a poluição ambiental;

> o uso do fogo na colheita da cana-de-açúcar atinge a atmosfera e o solo, havendo sérios danos à saúde tanto daqueles que trabalham no campo como daqueles que vivem na área urbana do município;

> Paulínia sedia a Refinaria do Planalto, a REPLAN, a maior do gênero na América Latina, que trabalha com matéria prima e produtos altamente in-

flamáveis; as queimadas ofereceriam, portanto, claros riscos de acidentes, com reflexos diretos na integridade física dos cidadãos que residem ou trabalham no município;

> a atividade da REPLAN gera um elevado número de caminhões transportando os produtos da Refinaria nas avenidas, ruas e estradas do município, o que agravaria os riscos e tornaria o local potencialmente propenso a acidentes de proporções inimagináveis;

> a fuga desesperada empreendida pelos animais que se escondem nas plantações quando o fogo começa, atacando tudo e todos que encontrem pela frente, poria em risco a vida dos trabalhadores rurais; teriam sido constatados casos de acidentes fatais;

> as queimadas afetariam os próprios animais, não nocivos, que se escondem nas plantações;

> as queimadas inibiriam a instalação de indústrias de tecnologia de ponta, uma vez que equipamentos sofisticadíssimos, de alta precisão, podem ser danificados pela poluição causada; Paulínia já teria deixado de sediar indústria por essa razão.

412

Em seguida, o projeto foi encaminhado à Comissão de Cultura, Higiene, Assistência Social, Obras e Serviços Públicos, que, adotando as conclusões da Comissão de Finanças, deu parecer favorável à proposta. O projeto, então, foi aprovado em segunda discussão e sancionado pelo prefeito.

Consta, ainda, no processo legislativo, *fax* recebido do Tribunal de Justiça de São Paulo informando a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo (SIFAESP) e outro, em 26/9/2005, no sentido de conceder medida liminar suspendendo a vigência do art. 1º da Lei, que justamente proíbe, sob qualquer forma, o emprego do fogo para fins de limpeza e preparo do solo no município de Paulínia.

De acordo com esse rápido exame do processo legislativo, observa-se que a Câmara Municipal teve oportunidade de colher subsídios para examinar não só o aspecto formal de constitucionalidade da Lei, mas também o material. A necessidade de avaliar a possibilidade de o município legislar sobre o tema (constitucionalidade formal), questão de natureza eminentemente jurídica, fez com

que os edis buscassem pareceres de especialistas e decisões judiciais para instruir a deliberação da Câmara. As circunstâncias fáticas que envolviam o tema discutido (fatos legislativos) também foram consideradas e examinadas pelas Comissões do Parlamento Municipal. Por outro lado, a rejeição de projeto idêntico, em um primeiro momento, e a posterior aprovação das mesmas medidas, no ano imediatamente seguinte, evidenciam que o tema era e é bastante tormentoso.

De qualquer forma, verifica-se que algumas questões debatidas no processo legislativo não foram abordadas pelo STF em seu acórdão, entre elas a existência de refinaria no município (embora esse fato tenha sido mencionado nas contrarrazões de recurso extraordinário oferecidas pela Câmara Municipal). Ainda que a decisão do STF tenha concluído pela inconstitucionalidade da Lei com fundamento na impossibilidade de o município estabelecer norma contrária à disciplina legislativa já fixada pelo Estado (questão referente à competência legislativa), o fato não considerado pelo Tribunal poderia justificar a existência de um peculiar interesse local a permitir a intervenção legislativa de Paulínia, estabelecendo uma disciplina especial para as queimadas em seu território, na forma do art. 30, I e II, da Constituição Federal, possibilidade que não foi negada, em tese, pela Corte.

413

Tal observação evidencia a importância de o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, examinar de forma bastante cuidadosa os fatos discutidos no âmbito do processo legislativo, o que talvez venha a demonstrar a desnecessidade de se renovarem certas discussões no plano judicial.

APONTAMENTOS FINAIS

O exame do acórdão do caso das queimadas dos canaviais, no sentido de aferir a possível articulação entre os pronunciamentos dos especialistas da audiência pública e a decisão, mostrou-se conclusiva, pois, de fato, o relator ministro Luiz Fux fundamentou o seu voto nos subsídios da tese dominante entre os especialistas. Ainda assim, faz-se necessário refletir criticamente sobre os pontos positivos e negativos do julgamento como uma forma de pensar ou repensar posturas do STF.

A jurisprudência da Corte, em casos complexos e emblemáticos, quando precedidos de audiências públicas, como as queimadas em canaviais, amianto e importação de pneus usados, tem revelado uma tendência a prestar uma maior atenção aos riscos sociais, ambientais e econômicos envolvidos antes de tomar a decisão.

Em relação ao processo de argumentação da Corte, houve um amadurecimento de uma cultura deliberativa na Corte, decorrente da fixação da tese da repercussão geral de forma expressa, muito por conta da persistência do ministro Luís Roberto Barroso nesse sentido. Emblemática, nesse processo, é a fala do ministro Barroso em votação de um recurso extraordinário: “A única coisa que eu acho é que, na repercussão geral, nós temos o ônus de anunciar a súmula da decisão, por força do que dispõe o art. 543, “a”, § 7º”. (STF, RE 598085, Rel. Min. Luiz Fux, J.06.11.2014). Ainda assim, é necessário aprimorar a deliberação, de modo que a tese fixada seja cada vez mais fidedigna com o que efetivamente foi debatido, ao invés de esconder a *ratio decidendi* em generalizações anódinas ou formalistas.

414 Por fim, destaque-se a necessidade de se resgatar a dignidade da legislação, de se levar a sério o processo legislativo, especialmente quando houver dados e debates que sustentem a validade da opção deliberativa envolvida. A eventual inconstitucionalidade a ser declarada pelo STF desta deve vir acompanhada de contra-argumentos, apoiados em premissas empíricas mais depuradas do que as do legislador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Posfácio. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.

_____. *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*. Trad. Aurélie Duthoo Paris. Alto Aubier. 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Representação Argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do STF?* 2010. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

DIAS, Bruna Freitas do Valle; COUTINHO, João Pedro Gomes. *O Poder Judiciário e a concretização dos direitos individuais e sociais previstos na Constituição de 1988: audiência pública – queimadas em canaviais*. In: TRENTINI, Flávia (org.). *Desafios do Direito Agrário Contemporâneo*. Ribeirão Preto: Altai, 2014.

FAIGMAN, David. L. *The Daubert revolution and the birth of modernity: managing scientific evidence*. *The Age of Science* 46 *UC Davis Law Review*, 2013.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná, 2015.

LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo. *As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes*. In: VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio; MARQUES, Gabriel Lima.(orgs.) *Democracia e suas instituições – V Fórum de grupo de pesquisa em direito constitucional e teoria do direito*. Rio de Janeiro: Imós, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jannereis>>.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoria del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; BERMAN, José Guilherme *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Dignity of legislation*. Cambridge University Press, 1999.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

KATYA KOZICKI

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

INTRODUÇÃO

417

Nas últimas décadas, o Brasil e o mundo vêm experimentando a transferência de parte do poder político para os tribunais. Em certa medida, pode-se dizer que esse poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário. Além disso, diversas questões relacionadas à realização de direitos fundamentais, especialmente sociais, que envolvem decisões políticas orçamentárias, também são levadas ao Judiciário brasileiro como uma tentativa de provocar os demais Poderes da República a colocá-los como prioridade na pauta política.

A ideia de supremacia constitucional, que foi adotada na Constituição americana de 1787, compartilhada entre vários países, especialmente após a segunda metade do século XX, também é compartilhada pelo Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, que traz em seu texto o reflexo da preocupação mundial em torno dos direitos humanos. Estes, por sua vez, passam a

1. Este artigo é uma versão revisada e atualizada do artigo “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”, de nossa autoria e publicado na Revista Direito GV, v. 8, n. 15, jan-jun 2012.

a servir de parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelos tribunais.

A adoção da Constituição democrática de 1988, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares, resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Isto, por sua vez, implicou – no caso do Brasil – um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste nas decisões políticas do Estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual.

O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que, cada vez mais, estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Esse fenômeno é definido como judicialização da política e pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais (VALLINDER, 1995, p.13).

418 Essa judicialização da política e dos direitos fundamentais acaba por exigir um outro papel do Poder Judiciário, que, numa sociedade desigual como a brasileira, precisa tomar uma atitude ativista, especialmente na promoção dos direitos fundamentais sociais.

O presente artigo buscará analisar o ativismo judicial e o controle judicial de políticas públicas pelas Cortes Superiores no Brasil.

Num primeiro momento, será analisado o modelo de democracia constitucional adotado na Constituição Federal de 1988 e como este modelo se relaciona ao papel ativo do Poder Judiciário.

Num segundo momento, os significados de ativismo judicial e seus principais óbices apontados pela doutrina e jurisprudência nacionais serão enfrentados.

Por fim, procurar-se-á demonstrar, por meio de análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que o controle de constitucionalidade políticas públicas à luz da Constituição de 1988 já vem acontecendo no Brasil como meio para garantir a realização dos direitos fundamentais.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Uma das principais questões que são levantadas quando o Judiciário decide sobre a obrigação do Poder Público em realizar direitos fundamentais sociais, que implicam em disponibilidade orçamentária necessária a determinada política pública prestacional, se relaciona ao modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira.

Muitas vezes são levantadas no sentido de que o Judiciário estaria violando o princípio da separação dos poderes, bem como de que tais decisões seriam antidemocráticas, porque afetam área de decisão dos Poderes eleitos, a quem caberia definir a disposição do orçamento público na realização de políticas públicas, e não ao Poder Judiciário, que por não ter sido eleito, não teria tal legitimidade democrática.

Tal pensamento evoca uma posição majoritária de democracia, segundo a qual democracia seria governo da maioria, não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental na democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura igualdade política. Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores, e não o bem comum – são exemplos clássicos o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália –, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos. (ERIKSEN, 2004).

419

Para enfrentar o tema, é de se ter em conta a posição de Dworkin contra a teoria majoritária de democracia, por entender que esta não pode ser o único fundamento da democracia. Ele sustenta que a proteção via judicial dos direitos acabaria por fortalecer o próprio processo democrático, bem como o princípio da igual consideração e respeito, tido por ele como fundamento básico de uma democracia constitucional, que acaba sendo mais bem respeitado por tribunais, que podem controlar os atos de outros poderes, do que em sistemas nos quais os Poderes Legislativo e Executivo exercem soberania total, sem nenhum tipo de limitação.

Além disso, Dworkin defende a supremacia dos direitos fundamentais, os quais, segundo ele, dariam legitimidade suficiente à atuação do Poder Judiciário

na revisão das leis editadas pelo Parlamento ou atos emanados pelo Executivo, quando referidas leis estiverem em contrariedade àqueles direitos fundamentais.

Não se pode descurar, ainda, que, para Dworkin, a Constituição tem como papel primordial a proteção não só dos indivíduos, mas também dos grupos minoritários, contra decisões da maioria, mesmo que esta maioria esteja convencida de que sua decisão estará promovendo o bem-estar geral (MELLO, 2004, p. 91-92), ou seja:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando ao que considera ser o interesse geral ou comum. (DWORKIN, 2002, p. 208-209).

420 Por conseguinte, Dworkin consegue fundamentar o ativismo judicial, possibilitando a revisão judicial das leis editadas pelo Parlamento por juízes, que julgarão com base em princípios substantivos, ou seja, para Dworkin, “cabe ao magistrado se orientar pela moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos princípios contemporâneos da moralidade política” (SOUZA NETO, 2002, p. 248). Em suas palavras:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta. (DWORKIN, 2002, p. 231)

Dworkin sustenta, dessa maneira, que a tutela dos direitos fundamentais está na essência do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que o judicial review pode conviver com total harmonia com o princípio da de-

mocracia, visto que os juízes, “ao adotarem a leitura moral da constituição” (MELLO, 2004, p. 93), nada mais estão fazendo do que adotando valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo quando do processo constituinte, representação máxima e soberana da vontade do povo.

Contrário a uma concepção majoritária de democracia, Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, ou seja, um regime de governo no qual as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas, cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros de uma comunidade com igual consideração e respeito. Em suas palavras:

If we reject the majoritarian premise, we need a different, better account of the value and point of democracy. Later I will defend an account – which I call the constitutional conception of democracy – that does reject the majoritarian premise. It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect. This alternate account of the aim of democracy, it is true, demands much the same structure of government as the majoritarian premise does. It requires that day-to-day political decisions be made by officials who have been chosen in popular elections. But the constitutional conception requires these majoritarian procedures out of a concern for the equal status of citizens, and not out of any commitment to the goals of majority rule. So it offers no reason why some nonmajoritarian procedure should not be employed on special occasions when this would better protect or enhance the equal status that it declares to be the essence of democracy, and it does not accept that these exceptions are a cause of moral regret. (DWORKIN, 1996, p.17).²

421

2. Tradução livre: Se rejeitarmos a premissa majoritária, necessitaremos de um conjunto diferente e melhor de valor e de importância da democracia. Mais tarde defenderei um ponto – que eu chamo de concepção constitucional de democracia – que, sim, rejeita a premissa majoritária. Ela nega que é um objetivo que define a democracia que decisões coletivas sempre – ou normalmente – são aquelas em que a maioria ou muitos cidadãos estariam a favor de modo completamente informados e racionais. Ela precisa do objetivo definido de democracia para ser uma concepção diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas, cuja estrutura, composição e prática tratem todos os membros de uma comunidade, como indivíduos com igual consideração e respeito. Essa consideração alternativa a respeito do objetivo da democracia, é verdade, exige tanto da estrutura governamental como a exige a premissa majoritária. Demanda que as decisões políticas

A concepção constitucional de democracia prevê que as decisões de política sejam tomadas por agentes eleitos democraticamente pelo povo. Não obstante, permite que o Judiciário, mesmo tendo caráter contramajoritário, possa tomar decisões sobre direitos, já que em alguns casos os tribunais estão mais preparados na proteção de direitos que garantem igual consideração e respeito, ou de que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”. (DWORKIN, 2000, p. 27). Até porque, nestes casos, os juízes têm maiores condições de serem imparciais do que os representantes eleitos (MELLO, 2004, p. 93), posto que os legisladores podem estar sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes por parte de grupos politicamente poderosos, por exemplo. (DWORKIN, 2000, p. 27). E conclui que não há nenhuma razão para pensar que “a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político”, mas, ao contrário, “pode muito bem promover esse ideal”. (2000, p. 32).

422

Apesar disso, esta transferência de decisões sobre direitos para os tribunais não implica que estes possam tomar decisões políticas, uma vez que, para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, vão existir princípios a serem aplicados pelos juízes, não havendo, conseqüentemente, uma mera discricionariedade:

Os argumentos de política, conforme mencionado, se prestam à justificação de decisões políticas, enquanto decisões judiciais devem ser sempre justificadas por argumentos de princípios. Os princípios se constituiriam muito mais em diretrizes para as decisões judiciais do que em mera aplicação das regras existentes de direito. Seriam justamente estes princípios, que devem ser buscados na história institucional da sociedade, que permitiriam afastar a ideia de discricionariedade judicial. Para Dworkin, existe sempre um direito a uma

do dia a dia sejam tomadas por autoridades que tenham sido eleitas diretamente pelo povo. Mas a concepção constitucional de democracia exige que esses métodos majoritários não estejam preocupados com a questão da igualdade de condições dos cidadãos, o que não significa que estejam fora do compromisso dos objetivos de uma regra majoritária. Então, ela não oferece nenhuma razão pela qual alguns procedimentos majoritários deveriam ser aplicados em ocasiões especiais quando protegeria melhor ou melhoraria a igualdade de condições que mostra ser a essência da democracia e não aceita que essa exceções sejam a razão para uma rejeição moral. (DWORKIN, 1996, p.17).

resposta e, portanto, o ordenamento jurídico não apresentaria lacunas que pudessem justificar a discricionariedade judicial. Ainda nos chamados *hard cases*, em que se acredita que tal discricionariedade pudesse ser exercitada, existiriam princípios que, buscados na história institucional da comunidade e, dentro de uma perspectiva abrangente da tradição desta e do direito pré-interpretativo, serviriam de guia à atividade jurisdicional e indicariam o direito a ser aplicado ao caso concreto, sem que novo direito fosse criado. Por detrás das regras jurídicas, existirão sempre princípios, os quais servem de base à justificação da decisão. Esta integração entre as regras jurídicas e os princípios constitui o núcleo da tese dos direitos. (KOZICKI, 2000, p. 184).

Desse modo, Dworkin rebate o argumento procedimentalista que vê a revisão judicial como um limite ao processo deliberativo democrático, ao afirmar que “o judicial review assegura um tipo superior de deliberação republicana’, na medida em que viabiliza um debate político orientado por princípio, e não apenas por valores forjados por maiorias eventuais”. (CITTADINO, 2004, p 194).

Verificamos que Dworkin consegue conciliar o princípio democrático com o princípio constitucional, prevendo tanto instituições como procedimento e representação baseados no princípio democrático, como também instituições contramajoritárias, tais como os tribunais, mas que atuam de forma a reforçar o próprio princípio democrático. Confira-se:

423

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas. (DWORKIN, 2000, p. 32).

Pode-se concluir, desta forma, que Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, na medida em que aceita tanto a proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais quanto admite a existência de valores morais, constitutivos de uma comunidade, que também devem ser protegidos contra as maiorias eventuais.

Esse protagonismo do Judiciário é muitas vezes chamado de ativismo judicial, o qual deve ser entendido não como uma Corte ocupada, mas sim na medida em que seus juízes estejam dispostos a desenvolver o direito. As críticas e a controvérsia a respeito do ativismo judicial se dão especialmente por duas razões. A primeira diz respeito ao caráter contramajoritário dos juízes, que não teriam competência para elaborar novo direito, pois não foram eleitos pelo povo. A segunda questão é, em se aceitando que os juízes possam desenvolver a lei, quais seriam os critérios para definir que desenvolvimento seria adequado. (DICKSON, 2007, p. 367).

424 Christopher Wolfe traz outra concepção do que ele chama de ativismo judicial convencional, como aquele em que os juízes devem decidir os casos que lhes são apresentados, e não evitá-los, de modo a realizar a justiça, especialmente protegendo a dignidade da pessoa humana pela expansão da igualdade e da liberdade. Os juízes “ativistas” devem se comprometer a garantir soluções para os problemas sociais, principalmente utilizando seu poder para dar conteúdo aos direitos e às garantias fundamentais que venham a realizar a justiça social³. Ativistas não no sentido pragmático de ignorar a Constituição ou os precedentes que a interpretaram, para impor seu próprio ponto de vista, mas no sentido de que devem estar eles preparados para responder às questões de moralidade política que lhes são apresentadas.

Ou seja, o ativismo judicial não é em si algo pejorativo, ao contrário, a palavra ativismo ou ativo tem em si algo positivo, saudável, vital e intencional. Entretanto, quando se alia às Cortes, parece apenas que possui aspectos negativos – impertinente, ilegítimo, incontrollável. (CORDER, 2007, p. 361).

Recentemente parece haver uma liberdade para criação de diferentes definições do termo ativismo judicial, como sinônimo de corte arbitrária.

3. Christopher Wolfe define o ativismo judicial convencional como aquele no qual “judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their Power broadly to further justice—that is, to protect human dignity - especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so” (1997, p. 2). Mais à frente conclui que: “judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history”. (WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. p. 31).

(CAMPOS, 2014, p. 149). Não é o que se defende no presente artigo. Ativista é a Corte que não é deferente, que enfrenta as questões de direitos fundamentais que lhe são colocadas, mesmo que estas questões envolvam decisões sobre políticas públicas. Na verdade, alguns autores usam o termo ativismo judicial como um meio de criticar a Corte de decidir de uma maneira, da qual o comentarista discorda, colocando de forma implícita o fato de a Corte ter ido além de seu papel judicial. (ROCH, 2007, p. 70).

Tushnet ressalta que a discussão sobre ativismo judicial nos Estados Unidos, embora centrada nas decisões da Suprema Corte, assumem posições diferentes: 1) decisões ativistas podem ser aquelas que invalidam a legislação; 2) aquelas que invalidam a legislação sem uma forte justificação segundo a pessoa que está usando o termo; 3) ou aquelas que impõem responsabilidades ou privilégios inesperados. (TUSHNET, 2007, p. 415).

Ainda, traz o trabalho de Thomas M. Keck, *The most activist Supreme Court in History: the road to modern judicial conservatism*, no qual o autor define que a medida do ativismo é o número de leis declaradas inconstitucionais. Outros estudos definiriam ativismo em termos de boa vontade em superar precedentes anteriores. Para outros, ocorreria ativismo quando os juízes se afastam do texto original ou da interpretação original. (TUSHNET, 2007, 417).

Carlos Alexandre Azevedo Campos traz como elemento comum a todas as cortes ativistas retratadas em sua obra

[...] o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atundando em espaço tradicionalmente ocupado por aqueles [...]. (CAMPOS, 2014, p. 152).

Kent Roach traz possíveis significados para o termo ativismo judicial que incluem criatividade judicial em “making law”, preparo e boa-vontade judicial para ir além do modelo tradicional e bipolar de adjudicação judicial, preparo judicial para dar eficácia a direitos afastando interesses sociais contrários e preparo judicial em impor soluções para os Poderes Executivo e Legislativo. (ROACH, 2007, p. 118).

No mesmo sentido é a defesa do ativismo judicial “of a special type” defendido por Hugh Corder quando trata da Suprema Corte da África do Sul (CORDER, 2007, p. 323), que exerceu um papel ativista importante e legitimado pela sociedade na transição democrática do país, até porque a Secção 39 de sua Constituição estabelece o seguinte:

1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum:
 - a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
 - b. must consider international law; and
 - c. may consider foreign law.
2. When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
3. The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.

426

Ou seja, o ativismo judicial sul-africano se deu no sentido de estimular os demais poderes a buscar atender as necessidades sociais da população sul-africana.

Do mesmo modo foi a experiência inglesa, na qual a House of Lords, antes da criação da Suprema Corte, desenvolveu o direito inglês abandonando princípios ultrapassados e adaptando o direito às condições atuais da sociedade, especialmente em matéria de proteção de direitos humanos. (DICKSON, 2007, p. 414).

Na verdade, muitas das críticas ao ativismo judicial são baseadas numa visão positivista de adjudicação judicial que não compreende o novo papel dos juízes em face da indeterminabilidade dos direitos fundamentais, bem como entendem que pode a Corte dar prevalência a direitos sobre outros valores sociais e, por fim, têm medo de que a Corte possa ter a última palavra quando se fala em ativismo judicial. (ROACH, 2007, p. 76).

Entretanto, mesmo no contexto americano, Keith Whittington explica que a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder de controle constitucional das leis é um projeto político avançado. Para que se sustente o ativismo judicial, no sentido de

declaração de inconstitucionalidade do ato normativo do Legislativo ou do Executivo, as Cortes devem operar numa política de desenvolvimento favorável. Juízes devem achar razões que levistem objeções aos atos do governo, e políticos eleitos devem achar razões para parar de sancionar ou criticar juízes que levantam tais objeções. (WHITTINGTON, 2005, p. 583).

Whittington (2005, p. 584) ressalta que as maiorias políticas podem efetivamente delegar um número de questões para o Judiciário porque as Cortes podem ter mais capacidade de agir efetivamente ou com mais confiança do que os políticos eleito, agindo diretamente. Tal ponto de vista é corroborado por Luiz Werneck Vianna, quando afirma que as ADIs no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) acabaram por funcionar como instrumentos em favor das minorias políticas, que buscaram no Judiciário um outro espaço de luta democrática para afirmar direitos que não conseguiram proteção majoritária no Parlamento. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 68). Ou seja, o Poder Judiciário assume, nesse contexto, um importante papel, na medida em que representa um espaço público democrático realizador dos direitos fundamentais protegidos na Constituição brasileira.

No mesmo sentido, afirma Howard Gillman (2002, p. 511), ao estudar o período de 1875 a 1891 nos Estados Unidos, que o aumento do poder da jurisdição das Cortes federais durante esse período ocorre devido a esforços do Partido Republicano de promover uma política econômica nacional, durante um período no qual o tema estava vulnerável em relação aos partidos políticos.

O exercício do controle de constitucionalidade por um Judiciário ativo e independente, apesar de ser visto aparentemente como contra o interesse dos atuais políticos, que presumivelmente preferem exercer o poder sem interferência, é, ao contrário, apoiado pelos detentores do poder. Quando políticos eleitos não conseguem implementar sua própria agenda política, eles devem favorecer um ativo controle de constitucionalidade por um Judiciário simpático a superar os obstáculos e romper com o statu quo. Na visão de Whittington (2005, p. 583), isso justificaria o porquê de os políticos eleitos tolerarem um Judiciário ativista.

O que se percebe nesse novo contexto político-jurídico criado no pós-guerra com o estabelecimento da supremacia dos direitos humanos, seja por

constituições escritas ou não, é que esse movimento se dá junto com a expansão do judicial review em diversos países.

Essa expansão amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Verifica-se, ainda, que a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que, provocada por atores políticos, também legitima o próprio documento constitucional.

O grande desafio está em superar as barreiras colocadas à atuação do Judiciário pela tradição do civil law, que pretendia limitar a atuação do juiz no texto normativo. A revolução dos direitos humanos e a judicialização da política expandem a atividade judicial não só no sentido quantitativo, mas também porque assume esse poder o papel de concretizar direitos que só terão significado no caso concreto, o que os aproxima do papel do judge-made-law presente nos sistemas de tradição do common law.

428 Veja-se que esse conflito entre o princípio democrático e o judicial review sob uma Constituição que estabelece direitos fundamentais é próprio dos países que adotaram a ideia de um governo constitucionalmente limitado. Esta ideia é normalmente associada a Locke e Montesquieu, no sentido de que o governo deve ter seus poderes limitados legalmente e que sua autoridade depende da observância destes limites. E uma das maneiras de se limitar um governo é por meio de um sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição ou uma Carta de direitos fundamentais que incorpore direitos morais contra o governo.⁴

4. WALUCHOW, W. J. A common law theory of judicial review: the living tree. New York : Cambridge University Press, 2007, p. 1-29). Ressalta-se, ainda, que do mesmo modo que, no âmbito nacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos também tem exercido o papel judicial de dar significado aos direitos morais previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, confira-se: "Decisions of the European Court of Human Rights have had a comparable effect within that court's sphere of responsibility. This has, as in the case of national constitutional adjudication and adjudication in relation to general clauses in codes and statutes, frequently involved giving concrete meaning to quite vague concepts and texts. Here, where the judicial meaning to quite vague concepts and texts. Here, where the judicial contribution operates by way of working out the underlying principles and giving them concrete effect in series of landmark decisions, it seems almost artificial or even fictional to draw a line between interpretative and law-making precedents. The interpretation is so far-reaching, and guided by such flimsy fragments of written law, that the "law-making" rationale seems at least as credible as the "interpretative" one. On the other hand, a growing and powerful body of contemporary thought in the common

Dworkin, por outro lado, aceita um tribunal ativista, que esteja preparado para dar respostas a questões de moralidade política, entretanto esse ativismo não significa desprezar o passado, ao contrário, deve o juiz olhar o que já foi escrito até então, para escrever o novo capítulo. Ou seja, os juízes devem aplicar a Constituição por meio da interpretação, devendo ajustar suas decisões “à prática constitucional, e não ignorá-la”⁵. (2007, p. 451-452).

Passa-se, agora, a analisar de que forma o Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, vem funcionando como um aliado da política, em particular das minorias políticas, no controle de constitucionalidade das políticas públicas.

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para enfrentar a justiciabilidade de políticas públicas, é necessário analisar previamente a justiciabilidade das questões políticas. A doutrina vem tentando definir o que são questões políticas, muitas vezes chegando a definições redundantes, como sendo questões políticas aquelas que não são jurídicas ou que não são judiciais. Em alguns casos, os estudiosos acabam aceitando que questão política é aquela que os juízes dizem que é.

Ronald Dworkin é um dos poucos juristas que tenta definir o que são questões políticas, diferenciando-as de princípios, no sentido de que caberia aos Tribunais apenas decisões baseadas em princípios:

law world, associated particularly with the work of Ronald Dworkin (1986), is engaged in arguing against the positivistic view of precedent and putting in its place a declaredly “interpretivist” approach to understanding the common law and its processes of reasoning, thereby reinstating a declaratory theory in a modern form. So there may in fact be a two-way convergence of approaches”. Tradução livre: “As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos tiveram um efeito comparável na sua esfera de responsabilidade. Isto, como no caso de decisão em matéria constitucional e de decisão em relação a cláusulas gerais de códigos e leis, frequentemente exigiu que se desse um significado concreto para conceitos e textos um tanto vagos. Aqui, onde a contribuição judicial opera trabalhando os princípios implícitos e concedendo-lhes efeitos concretos em uma série de decisões paradigmáticas, parece quase artificial ou até ficcional separar precedentes interpretativos dos precedentes normativos. A interpretação é tão mais ampla e guiada por frágeis fragmentos de lei escrita, que a racionalidade do processo de “criação do direito” parece ter ao menos tanta credibilidade quanto o método interpretativo. De outro lado, um crescente e poderoso corpo de pensamento contemporâneo no mundo do common law, associado particularmente com o trabalho de Ronald Dworkin (1986), está engajado em argumentar contra a visão positivista do precedente e em colocar em seu lugar o modo declaradamente interpretativista de entender o common law e seus processos de racionalização, assim restabelecendo uma teoria declaratória de uma forma moderna. Então pode ser que, na verdade, haja uma convergência de duas abordagens.” (BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate: Hants, 1997, p. 482).

5. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. El argumento a favor de las leyes que se oponen a la discriminación (racial en los Estados Unidos), y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio.⁶ (DWORKIN, 2006, p. 39).

Dessa definição poder-se-ia deduzir que o conceito de política pública (policy) diz respeito a metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos Poderes Públicos, comum num Estado que se pretende social. Já os princípios estariam mais relacionados a proteções de direitos individuais.

Pode-se, então, relacionar as políticas públicas aos programas de ações governamentais que buscam a realização de metas coletivas como um todo, especialmente na área social (pleno emprego, saúde pública, moradia etc.).

430

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p. 39).

Também não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais. Por óbvio, são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva, e não apenas de garantias de direitos individuais, e, por isso, a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como da capacidade do Estado.

Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, define política pública como sendo uma

conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previsto em norma constitucional

6. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 148.

ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados. (MANCUSO, 2001, p. 730-731).

Entretanto, o que se tem observado é que, a despeito da ausência de recursos orçamentários suficientes, o Estado estaria desobrigado de realizar e planejar políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais sociais. E também que tal questão não poderia ser submetida ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois se tratar-se-ia de questão política, reservada aos poderes eleitos pelo povo, e, ainda, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Explica-se: o princípio da “reserva do possível” vem funcionando como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, negando, alguns autores, “de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de ‘políticas sociais que exigem gastos orçamentários’”. (KRELL, 2002, p. 52). Ou seja, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, o mesmo tem questionada sua legitimidade democrática uma vez que “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos” (SOUZA NETO, 2003, p. 44), o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um poder não eleito, mas tão somente pelo Executivo e Legislativo que, por sua vez, refletiriam a vontade da maioria.

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.

Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. E certo que cabe aos poderes Executivo e Legislativo dispor sobre polí-

ticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado.

Do mesmo modo, é preciso trazer aqui as palavras de José Reinaldo de Lima Lopes quando afirma que é necessário compreender que o Estado democrático garante direitos sociais mínimos, mas também garante reformas sociais, como “condição de possibilidade e de eficácia do Estado de Direito”, de modo que “não se abra um fosso insuperável de vantagens e oportunidades distintas: são estas condições de miséria que desestabilizam as democracias”. (LOPES, 1994, p. 263). Assim, cabe ao Judiciário não só garantir o statu quo, protegendo o direito adquirido, como promover as reformas sociais ao implementar as normas de direitos fundamentais relacionadas à proteção do consumidor, defesa do meio ambiente, direito à saúde, etc.

Por outro lado, deve-se rechaçar “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado” (KRELL, 2002, p. 54), uma vez que isso significaria reduzir a eficácia desses direitos a zero.⁷

432 Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos que buscam a implementação de direitos sociais, isso não significa dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos. Veja-se, por exemplo, o direito à saúde e à educação: eles possuem perspectivas que permitem sua adequada realização, razão porque “a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes, por parte dos municípios, dos Estados e da União, deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais”⁸. (KRELL, 2002, p. 56).

No Brasil, podemos trazer como um dos primeiros casos de controle de políticas públicas por parte do STF decisão tomada na ADPF 45, na qual

7. Nessa perspectiva, sobre a separação de questão política e questão jurídica Baracho Júnior afirma que “é razoável imaginar que o Poder Judiciário não pretenda ser responsabilizado pelas dificuldades econômicas que uma decisão judicial possa acarretar. Isso, inclusive foi expressamente assumido por importantes membros da magistratura, quando dos primeiros debates sobre o plano de racionamento de energia elétrica. É sem dúvida importante preservar a integridade do Poder Judiciário, mas é também essencial assegurar o exercício dos direitos fundamentais, ainda que para isso, em determinadas circunstâncias, seja necessário, com fundamento em princípios constitucionais, barrar políticas públicas” (BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 343).

8. KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.56.

o Tribunal foi provocado a manifestar-se sobre cumprimento de políticas públicas. No caso em tela, a ação versou sobre a inconstitucionalidade do veto do presidente da República sobre o § 2º do art. 55 do Projeto de Lei que se converteu na Lei nº 10.707/2003 – Lei de Diretrizes Orçamentárias –, que violaria a Emenda Constitucional 29/2000 (que estabelece recursos financeiros mínimos para o financiamento das ações e serviços da saúde).

No voto, o ministro Celso de Mello afirma que quando o Estado deixa de cumprir uma imposição estabelecida pelo texto constitucional, trata-se de um

comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.⁹

Não se está a falar que é atribuição do STF formular e implementar políticas públicas, certo que se tratam de tarefas primariamente atribuídas ao Legislativo e Executivo. No entanto, salienta o ministro, tais incumbências podem ser atribuídas ao Judiciário

433

se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.¹⁰

Ressalta Mello que não se admite que o Poder Público crie “obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”¹¹, concluindo, por fim, que o objetivo último do Estado é servir aos cidadãos, e não servir a si próprio.

9. STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004.

10. Idem, *ibidem*.

11. Idem, *ibidem*.

Desse modo, ainda que se reconheça que a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas daqueles que foram eleitos pelo povo, não há uma liberdade absoluta para tomada de tais decisões, quer pelo legislador, quer pelo Poder Executivo. Ou seja, nos casos em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia de direitos sociais, haverá uma afronta ao texto constitucional e, portanto, justificável a atuação do Poder Judiciário.

Assim, a liberdade de conformação do legislador deve se dar de modo a realizar a Constituição. Não há liberdade na sua inércia, mas apenas no modo comoem que promoverá a realização dos direitos constitucionais.

O ministro Celso de Mello, em outro momento, se manifestou no sentido de que

[...] embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, principalmente nos casos de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam as mesmas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.¹²

Ainda, é de se trazer à colação a decisão do ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47. Na referida decisão, entendeu o ministro que o Judiciário pode decidir sobre o fornecimento de outro medicamento ou tratamento diversamente do custeado pelo SUS e, nesse caso, “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS),

12. STF – RE 436.996. Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 3.2.2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 18 jul. 2010. No mesmo sentido: STF – AgRgRE 603.575 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 14.5.2010. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 18 jul. 2010. STF – AgRgRE 464.143 – Rel. Ministra Ellen Gracie – DJU 19.02.2010. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 18 jul. 2010. STF – RE 594.018 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 7.8.2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 18 jul. 2010. STF – RE 595.595 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 29.5.2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 18 jul. 2010.

o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”¹³. Afirmou, ainda, que era evidente, no caso em tela, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

Recentemente, o julgamento da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, traz o tema à novo debate, especialmente por trazer novidade a partir da adoção do “estados de coisas inconstitucionais” emprestado¹⁴ da Corte Colombiana¹⁵. Para configurar o estado de coisas inconstitucionais seria necessário estar configurado: i) “situação de violação generalizada de direitos fundamentais; ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e iii) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Explica-se, no caso em tela, a partir do voto do ministro Marco Aurélio, verifica-se que o mesmo assume responsabilidade de todos os Poderes em relação à violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. Constatada que a atual superlotação carcerária e a precariedade de suas instalações configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia, levando as penas privativas de liberdade converterem-se em penas cureis e desumanas.

Mais a frente o ministro ressalta problemas tanto na formulação quanto na implementação de políticas públicas, além da ausência de coordenação institucional, que leva à violação generalizada e contínua dos direitos funda-

13. STF, SL 47 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU 30.4.2010.

14. Sobre empréstimos entre Cortes ver: VOETEN, Erik. Borrowing and non-Borrowing among International Courts. Disponível em:

15. Especialmente nos seguintes casos: Sentencia T 590/98, sobre a falta de proteção dos defensores dos presos. (Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm. Acesso em: 20 set. 2015). Sentencia T 606/98 que trata sobre a saúde dos presos. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm. Acesso em 20 set. 2015. E, especialmente a Sentencia T 153/98 que trata do Estado de coisas inconstitucionais no sistema carcerário colombiano: “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm. Acesso em: 20 set. 2015).

mentais dos presos. Além disso, afirma a existência de inércia dos Poderes, inclusive do Poder Judiciário, para superar a situação atual. Assim a decisão acatada pelos demais membros foi no sentido de determinar vários critérios para juízes e tribunais na hora de determinar uma prisão, bem como determinou à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização que fosse utilizado com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Veja-se que o STF entendeu não haver violação ao princípio da separação de poderes, nem discricionariedade do administrador público em não usar verbas do Fundo Penitenciário Nacional, ou seja, determinou a necessidade de repensar e em investir em política pública específica.

Outro caso recente e também importante foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, onde em que foi Relator o ministro Ricardo Lewandowski, no qual se buscou reformar acórdão do TJRS que havia concluído não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão de campo decisório reservado à administração pública.

436

O ministro Lewandowski defende que o Judiciário deve atuar para recompor a ordem jurídica violada, em especial para valer direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram sob a custódia do Estado. E mais, afirmou não se tratar de implementação direta de políticas públicas pelo Judiciário, “amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível”. Ao contrário, defende tratar-se do “cumprimento da obrigação mais elementar” do Judiciário, “que é jutamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais ordinárias, regulamentares e internacionais”.

Embora ressalte o ministro que aos juízes não possam intervir de maneira ampla em políticas públicas, mas observa a possibilidade de intervenção quando há situações que evidenciam um “não fazer” que coloca em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Enfrenta também a alegação de falta de verbas para melhorar o sistema prisional, demonstrando ter havido uma arrecadação de mais de 2 bilhões de reais e um investimento

de pouco mais de 300 milhões de reais, bastando políticas públicas adequadas para solução dos problemas.

No caso em tela, além de caçar o acórdão recorrido, propôs o ministro Lewandowski a seguinte tese da Repercussão Geral:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito ao à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Verifica-se, desse modo, que o Judiciário brasileiro avançou bem no sentido de enfrentar as questões de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais, especialmente nos casos de inércia ou má atuação dos poderes eleitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

437

Não obstante as críticas que o Judiciário brasileiro vem sofrendo, no sentido de que está se imiscuindo em questões políticas, em ofensa ao princípio da separação dos poderes e, ainda, que, por não ser um poder eleito pelo povo, não poderia interferir nessas questões, o que se verifica no presente artigo é que a omissão dos Poderes eleitos que violam direitos fundamentais de forma generalizada não se trata de discricionariedade, devendo, portanto o Judiciário intervir.

Ao se defender a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas, não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente.

Até porque, muitas vezes, é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos, que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição cons-

titucional pode muito bem promover o processo democrático, “by directing political attention to interests that would otherwise be disregarded in ordinary political life”¹⁶ (SUNSTEIN, 2004, p. 228), acreditando Sunstein que mesmo em países pobres, é possível a proteção dos direitos sociais, tendo a jurisdição constitucional vários modos para fazê-lo.¹⁷

Conclui-se que em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deve a Corte Constitucional brasileira, em caso de omissão do governo na realização dos direitos sociais, determinar que este implemente políticas públicas progressivas razoáveis para assegurar que as minorias possam usufruir dos direitos sociais.

Entretanto, se o Estado não consegue demonstrar que está realizando essas políticas públicas, ou se ficar comprovado que tinha capacidade financeira para fazer algo melhor e maior, então poderá o Judiciário declarar que o governo está violando a Constituição.¹⁸

438

Se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se comunicarem, os dois primeiros poderão, inclusive, verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantida pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais em longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível.

Por outro lado, cumpre asseverar que, sendo a Constituição um documento político, caberá sim, ao Judiciário, tomar observar algumas opções políticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte.

16. Tradução livre: “[...] por dirigir a atenção política a interesses que, de outro modo, seriam negligenciados na vida política cotidiana”.

17. No mesmo sentido: “Pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes. Seja lá qual for a nossa opinião a respeito de temas, como censura, liberdade de imprensa, aborto, direitos de minorias, direito de greve, etc., sua submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 122, p. 263-264, 1994.

18. “If, for example, the state does little to provide people with decent food and health care, and if it is financially able to do much more, it would seem that the state has violated the constitutional guarantee”. “Se, por exemplo, o Estado fizesse pouco para fornecer às pessoas alimentos decentes e cuidados de saúde, e se fosse financeiramente capaz de fazer muito mais, parece que o Estado teria transgredido a garantia constitucional” (SUNSTEIN, Cass R. The Second Bill of Rights: FDR’s Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever. Nova York: Basic Books, 2004. p. 219).

REFERÊNCIAS

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MAC CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate: Hants, 1997.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. In: _____. (Org.) *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 439

CORDER, Hugh. Judicial activism of a special type: South Africa's Top Courts since 1994. In: DICKSON, Brice. (Ed.). *Judicial Activism in Common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. South Africa's Top Courts since 1994. In: DICKSON, Brice. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

DICKSON, Brice. Judicial Activism in The House of Lords 1995-2007. In: _____. (Ed.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ERIKSEN, Erik Oddvar. Democratic or jurist made law? On the claim to correctness, ARENA — Centre for European Studies, University of Oslo, Working Papers WP 04/07, 2004. Disponível em: <www.arena.uio.no/publications/working-papers2004/papers/wp04_7.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2005.

GILLMAN, Howard. *How Political Parties can use the Courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*. American Political Science Review, v. 96, n. 3, p. 511-524, set. 2002.

KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

440

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n.122, p. 255-265, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROACH, Kent. Judicial Activism in the Supreme Court of Canada. In: DICKSON, Brice. (Ed.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever*. Nova York: Basic Books, 2004.

TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKSON, Brice. (Ed.). *Judicial Activism in Common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

VOETEN, Erik. Borrowing and non-Borrowing among International Courts.

O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO LEGÍTIMO NA DEMOCRACIA

NEWTON DE MENEZES ALBUQUERQUE

FÁBIO RODRIGUES HOLANDA

INTRODUÇÃO

As democracias contemporâneas passaram por substanciais transformações ao longo dos últimos dois séculos de existência como resultados da dinâmica viva operada no âmbito da sociedade civil e das relações contraditórias que esta foi estabelecendo com o Estado.

O modelo clássico liberal das instituições, mais voltado para a tutela das liberdades individuais, mormente da propriedade, do que para a afirmação dos aspectos materiais da democracia – identificados que são com o encurtamento das relações tradicionalmente hierárquicas entre governantes e governados – foi o responsável pelo cinzelamento de um Estado de Direito preso a uma concepção rígida da representação e da divisão de competência entre os órgãos do Estado segundo o princípio da separação dos Poderes cunhado por Montesquieu. Compartimentação mecânica dos Poderes do Estado esta que visava assegurar e proteger a esfera de autonomia do indivíduo-proprietário, coibindo eventuais expansões do poderio estatal que viessem a restringir a fruição absoluta da propriedade. Ademais, deve-se esclarecer que com a modernidade burguesa, a liberdade deixa de ser eminentemente política, gestada

no espaço do reconhecimento intersubjetivo entre os homens, e passa a ser compreendida como expressão dos desejos que se viabilizam na esfera privada, no nível da circulação e consumo das mercadorias. A partir de então, o poder do Estado desvincula-se de qualquer organicidade, de um sentimento de elos com tradições pretéritas, sujeitando-se, em seu lugar, a soberania do indivíduo e de suas razões atomísticas. A própria ideia de felicidade coletiva, de eudaimonia, perde completamente seu fundamento objetivo transformando-se em algo que dimana, exclusivamente, do gosto pessoal, arbitrário de cada individualidade “livre”.

Somente com o advento do Estado Social, exurgido da pronunciada crise vivida pelo capitalismo no século XX que deflagrou duas guerras mundiais seguidas, irradiando-se por todo o tecido social, ocasionando revoltas, sublevações, revoluções e um profundo mal-estar civilizatório, é que poderemos vislumbrar a reconstrução dos laços entre instituições e sociedade civil na contemporaneidade, ao mesmo tempo em que preservava intacta a lógica liberal anterior naquilo que fosse possível.

444 O fato concreto, incontestado, é que no pós-Guerra, o Estado capitalista passa por uma reconfiguração em seus contrafortes, assimilando novos conteúdos, conflitos e atores ao seu entorno institucional. Paralelamente, dá-se um deslocamento de poder em favor de nichos burocráticos, previamente justificáveis sob alegação da complexidade do real e do caráter pluralista das inúmeras solicitações que se imprime sobre o Estado. Pois se é verdade que a emergência dos direitos fundamentais, de dicções amplificadoras dos direitos, inclusive os civis, assim como do reconhecimento dos direitos sociais significaram uma redefinição do tamanho do Estado, de um novo papel mais protagonista na realização dos direitos, ultrapassando a função negativa do Estado-“gendarme” liberal; de outro lado, a expansão do controle estatal, densificou sua veia repressiva, de “normalização” dos conflitos, e, muitas vezes, de substitucionismo autoritário da ação individual e social oriunda da sociedade civil.

Com isso, modifica-se também a lógica com que se percebia o funcionamento da separação dos Poderes, restringindo-se o âmbito de atuação normativa do Legislativo em prol do Executivo e do Judiciário. A “temporalidade” do funcionamento das instituições democráticas, regidas pela precedência

delimitadora da competência dos demais Poderes e órgãos pelo Legislativo, e é claro, pela Constituição, vê-se superada por uma exigência de celeridade social, em que sobressai-se a capacidade de ação imediata dos poderes Executivo e Judiciário. Acrescente-se a isso a dificuldade cada vez mais perceptível da inapetência da lei de dar conta do processo de diferenciação interna trazido pela individuação das sociedades contemporâneas, dada o fosso entre a previsão normativo-abstrata e a plêiade de circunstâncias, identidades e demandas partidas da vida social. Afora os aspectos relacionados às sensibilidades pós-modernas por uma maior moralização da esfera político-jurídica, responsáveis por uma ampliação do poder discricionário da autoridade na concreção do justo. Daí a íntima conexão entre ampliação dos direitos, crescimento da burocracia estatal e redimensionamento das relações entre os poderes internos do poder, com ênfase no papel protagonista da magistratura. Empoderamento dos poderes burocráticos do Estado, principalmente da magistratura, que não foi acompanhado em todos os países por um efetivo processo de democratização do Poder Judiciário, de suas estruturas internas – atinentes ao governo das cúpulas sobre os juízes ordinários – e externas, para o conjunto da sociedade e suas demandas mais sentidas por liberdade e igualdade.

445

Já Hans Kelsen, eminente jurista liberal alemão, a despeito das inúmeras leituras superficiais de sua obra, flagrara a inevitabilidade da função criadora do juiz no desempenho de sua função judicante, refutando o papel meramente exegético do mesmo, de singelo aplicador silogístico da lei ao caso concreto. Contudo, Hans Kelsen, ao atribuir uma função decisiva ao Tribunal Constitucional, de corte responsável pela função de legislar “negativamente” sobre as normas, o fez sob os fundamentos do incremento da responsabilização maior dos magistrados, longe que estava em crer na virtuosidade de um pretense “governo da toga”. Posto que, Kelsen, como bom “weberiano”, sabia da tendência fugidia, de pouca transparência do Judiciário, o que o levava a pregar por sua submissão ao indispensável controle legislativo, dado o sentido de maior legitimação democrática de que este se reveste. Afinal a burocracia tende a produzir fechamentos, tornar-se “invisível”, avessa aos procedimentos do controle popular, acreditando-se autônoma frente à sociedade, pois dotada de poderes hauridos da presumida “meritocracia” dos seus mecanismos

internos de funcionamento. O que a faz agir mimeticamente de acordo com outras estruturas burocráticas do Estado, como o exército, que inspirou o modelo napoleônico do Judiciário, conferindo-lhe uma perspectiva quase sempre autocrática e, por isso mesmo, pouco dialógica, o que é reforçado por uma cosmovisão dogmática do direito.

Caráter prevalentemente autocrático do Poder Judiciário que se vê mais acentuado no Brasil, haja vista o processo de subalternização sofrida por nossos “intelectuais”, mais fortes nos juristas, quase sempre genuflexos aos que envergam o poder do Estado ou da propriedade, do que às pressões “dos de baixo”.

A menção de Dworkin à figura do juiz Hércules com sua função precípua de mediar valores jurídico-morais e as solicitações plúrimas de uma sociabilidade “aberta” não se coaduna com a formação ibérica de nossos juízes, desconfiados de qualquer manifestação molecular do povo, particularmente quando ela se origina dos movimentos sociais organizados, ou de pautas favoráveis à efetivação de uma justiça distributiva. Daí o perigo de um “ativismo judicial” no Brasil, sem que ele seja antecedido por uma redefinição das estruturas do Poder Judiciário, aprofundando a responsabilização dos magistrados por suas decisões, torando-o mãos suscetível de controles por parte da sociedade, e menos de instâncias replicadoras de uma endogenia corporativa. Afinal, se é positivo o fato de nossa Constituição de 1988 atribuir o pleno reconhecimento à natureza também política do exercício da magistratura, na medida em que a este é incumbido dar cumprimento aos seus deveres para com o instituto da representação, a que todos os agentes do Estado encontram-se sujeitos; sob outro aspecto que lhe é complementar, precisaríamos republicanizar e democratizar um poder, ainda dominado pelas liturgias simbólicas de uma autocompreensão ideológica calcada pelo manto da sacralidade, da incomunicabilidade, do hermetismo tecnocrático com a sociedade.

446

O ESTADO E O JUDICIÁRIO NO BRASIL: DO PODER MODERADOR AO ATIVISMO JUDICIAL

Levando-se em conta a presunção de que o ativismo judicial atenua as deficiências de outros Poderes, suprindo as lacunas inevitáveis da previsão legal, bem como a tendência “expansiva” da política, poderíamos dizer que

tal instituto age como moderador de todos os outros. Não obstante, o caráter discutível de tal ponto de partida, o fato é que a “evolução” das sociedades modernas aponta para a importância crescente das formas burocráticas do poder assentadas na legitimidade impessoal das leis sobre o sentido voluntarista do político, claramente decisionista, que permanecia resiliente à instauração do Estado moderno. Isso é particularmente enfatizado no Brasil, dado nosso desenvolvimento singularmente burocrático, avesso à política e à “naturalidade” dos conflitos que o moldam. Por isso, somos tendenciosos a acreditarmos em soluções tecnocráticas, ou no sentido oposto, mas dialeticamente complementar, em personalismos salvacionistas, mas sempre coibindo a emergência dos processos moleculares provenientes da sociedade civil, vistos pelas classes possidentes como expressão daninha da “turba” popular. Desde os pódmomos do Estado brasileiro, exurgido das influências modeladoras do patrimonialismo autocrático ibérico-português, buscamos construir um Estado separado da sociedade, em divórcio com as demandas majoritárias, com as solicitações internas de desenvolvimento e soberania, e, portanto, mais voltado para consecução da lógica em si do revigoramento do poder territorialista. Veio burocrático que se traduziu também nas formulações sobre como deviam-se dar as relações internas entre os poderes do Estado, dado a tibieza de nossa tradição legislativa, presumidamente radicada na afirmação da soberania popular, mas, na verdade, historicamente revigoradora das instâncias de poder burocráticas, notadamente as atinentes ao Poder Executivo. Daí a interpretação “curiosa” feita no Brasil Imperial da figura do Poder Moderador, abstratamente pensado como mediador dos vincos entre os demais Poderes do Estado, harmonizando-os com as finalidades precípua do governo, com o fito de garantir a estabilidade política e social do Estado.

447

Vejamos o artigo 98 da Constituição de 1824: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos.” Fica claro que o Poder Moderador poderia intervir nas funções típicas dos outros três Poderes para garantir “a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia”, tudo a cargo do imperador.

Ao fazer esse paralelo, apesar das distinções históricas e de conjuntura, podemos concluir que o ativismo que conhecemos hoje pode ser comparado aos termos do artigo 98 da Constituição de 1824 que fixaram as bases do Poder Moderador. Afinal, assim como, atualmente, se procura justificar o papel protagônico do Poder Judiciário, na maior “racionalidade” na tutela do interesse público, à época também se cria na “autonomização” do Poder Moderador frente aos apetites mundanos da política. Aliás, é tema clássico do pensamento político-jurídico a crença elitista em instituições, em Poderes, que se estruturam com base no conhecimento especializado, ou então, na confiança das virtudes carismáticas de uma liderança que confira unidade ao poder.

Na monarquia constitucional, só uma entidade se perpetua através de todas as mutações: é o chefe do Poder Executivo, é o depositário do Poder Moderador, é a inteligência que conserva todas as tradições, que nunca deixa de intervir competentemente em todos os assuntos que imprimem a possível unidade e coerência aos negócios públicos. É ele o único motor sempre invariável, o único piloto constantemente ao leme (CAMPOS, 1871).

448 Nota-se que o imperador utilizava o Poder Moderador como instrumento de coesão do poder, na perspectiva da estabilização política, devido a profunda desconfiança na falta de legitimidade ou deficiência de alguns dos outros Poderes, mormente daqueles suscetíveis ao “contágio” de uma política mais larga, aberta aos influxos “dos de baixo”, das diversas regiões do país, de suas gentes. Afinal tal lógica “democrática” afrontaria a unidade pré-estabelecida da soberania no espaço do território, propiciando “anarquia”, dissensões etc. Nos dias de hoje, analogicamente, cabe ao Judiciário funcionar como agente ordenador do poder em meio ao pluralismo social, cultural e jurídico que caracteriza nossa sociedade contemporânea, atribuindo-lhe uma função unificadora por intermédio do exercício da atividade interpretativo-política da Constituição, “colmando” as eventuais lacunas, “desinteligências”, “ilegitimidade” dos demais Poderes. Concepção essa que foi edificada a partir do advento da Constituição de 1988, ao colocar como centro hermenêutico da criação judicial a noção de direitos fundamentais, em que caberia aos magistrados o desempenho de uma atividade remoralizante da esfera política e jurídica no intuito da construção de uma sociedade justa, fraterna e democrática. Daí o

sentido explícito, sublinhado pela maior parte dos juristas, da responsabilidade dos juízes em uma ação ativa de viabilização dos direitos, constringendo em muitos casos o espaço da discricionariedade administrativa e do poder legiferante dos parlamentos.

Interessante constatar que a Proclamação da República, teoricamente voltada para a expansão dos mecanismos de controle popular sobre o Estado e as instituições, não tenha resultado em mudanças significadas, a não ser as do campo semântico. Pois se é verdade que a Constituição republicana de 1891, inspirada na substância do liberalismo norte-americano, deu fim ao Poder Moderador e à tutela que este exercia sobre os outros Poderes, estabelecendo as bases clássicas da separação dos poderes, do controle de constitucionalidade por via de exceção, também o é que o caráter burocrático do Estado não se viu diminuído, mantendo a distância entre este e as maiorias da sociedade civil.

Segundo Gilmar Mendes (2008, p.1035), a Constituição de 1891 incorporou essas disposições judiciais, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou aplicação de tratados e lei federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos, ou leis, impugnados, voltando-se, portanto, exclusivamente para o atendimento da lógica burocrática de unificação do poder estatal, eventualmente ameaçado pelas tendências pulverizadoras dos “poderes locais”.

449

Não seria exagerado dizer que resquícios do Poder Moderador, ora extinto, ainda sobrevive na nova Constituição, mais especificamente em algumas atribuições do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, já que ele seria o responsável por dar a última palavra tanto em relação às sentenças proferidas pelos desembargadores e juízes *a quo* como pela decisão em relação a atos praticados e leis editadas pelos demais Poderes em relação à sua constitucionalidade.

No início de seus trabalhos, o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira recatada, principalmente em relação ao sistema difuso de controle de constitucionalidade (*judicial review*) basicamente em razão da composição de

seus membros remanescentes do período imperial, o que gerou indignação de alguns advogados da época, como Rui Barbosa, mas também em razão dos temores em contrariar as disposições autocráticas do poder estabelecido. Aos poucos, sua composição foi renovando-se e criando entendimentos jurisprudenciais, como a doutrina do *habeas corpus*, demonstrando o potencial de criatividade da Suprema Corte, em que pese as constrictões a que se viu sujeito, como se depreende das ações ameaçadoras ao STF no governo de Floriano Peixoto. Ou seja, até aqui, o papel dos juízes no Brasil ainda era predominantemente subalterno às injunções do poder central, assim como as determinações das oligarquias regionais, mesmo sabendo-se dos avanços inegáveis sobre o reconhecimento da legitimidade de sua atuação no âmbito do Estado de Direito. Aliás, tais restrições no Brasil sempre se apoiaram menos em fundamentos normativos do que em interdições postas pela realidade autocrática da construção de nosso capitalismo periférico.

450

Entretanto, para avaliarmos adequadamente o papel de nossa magistratura na história e os cortes operados em sua atuação no interior do Estado e em sua relação com a sociedade na direção de um ativismo judicial claro, necessitamos precisar melhor o que entendemos por ativismo judicial.

Tal expressão foi empregada pela primeira vez em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista americana *Fortune*, de autoria do historiador/jornalista Arthur Schlesinger Jr. que não tinha com foco leitores da área jurídica, era destinada ao público leigo.

O artigo de Schlesinger avaliou e traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana de 1947, formada em sua maioria por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. Os juízes foram classificados em: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa de direitos das minorias e das classes mais pobres – *Justices Black e Douglas*; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – *Justices Murphy e Rutledge*; (iii) juízes campeões da autorrestrição – *Justices Frankfurter, Jackson e Burton*; e (iv) juízes que representariam o equilíbrio de forças (*balance of powers*) – *Chief Justices Fred Vison e o Justice Reed*.

Para o autor, a Suprema Corte era dividida, tanto pessoal como intelectualmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo

Black; e os autorrestritivos liderados por Felix Frankfurter. Assim o termo “ativismo judicial” foi apresentado como o oposto à “autorrestrrição judicial”. Para Schlesinger, os juízes ativistas em prol das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos, dos indefesos, substituem a vontade do legislador pela própria, porque acreditam que devem atuar ativamente na proteção desses direitos, mesmo que, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador. Já por outro lado, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” achava que a Suprema Corte não deveria intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”. (SCHLESINGER JR., 1947).

Daí em diante, a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas, em uma perspectiva crítica, para questionar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. Sendo uma tendência liberal que declara sua desaprovação frente a uma decisão.

A intensa e ampla participação o judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com uma maior ocupação no campo de atuação dos outros poderes, está intimamente ligada ao fenômeno do ativismo judicial. O ativismo pode manifestar-se por meio de diferentes condutas, como: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade emanados de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2010).

É incontestável a divergência doutrinária quanto à definição do que vem a ser o ativismo judicial, principalmente nos debates sobre política judiciária; porém, há algum consenso nas mais variadas definições. É de Keenan Kmiec (2004) a sistematização mais usual das definições traçadas ao termo, tanto em sede doutrinária como jurisdicional, pois o autor reconhece as cinco principais conceituações de ativismo judicial: a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros Poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar a “sala de sessões”; d) afastamento dos cânones metodológico de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

A grande questão da identificação do ativismo judicial é saber em que ponto o processo de interpretação constitucional encontra seu limite, já que o parâmetro utilizado para identificação da decisão como ativista ou não encontra-se numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. O uso do instituto de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do Poder Legislativo – por si só não permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, o que o faz ser “ativista” é a reiteração dessa mesma conduta e desafio aos atos de outro poder perante casos difíceis. Nessa linha de raciocínio, o problema está em delimitar o que são casos difíceis. (VALLE, 2009).

Hard cases ocorrem quando estamos diante do caso concreto e busca-se aplicar uma norma jurídica a fim de solucionar tal demanda; porém, há casos em que não há norma jurídica que se aplique ou o caso coloca em cheque costumes, ou entendimentos consolidados acerca de determinado assunto. Pode haver também *hard cases* quando houver um conflito de princípios constitucionais apresentados em um mesmo caso. Nessa circunstância, o principal objetivo em um caso difícil consiste em identificar qual dos princípios constitucionais em questão tem prevalência.

452

Segundo Hart (2009, p.163-164) são os magistrados, por meio do uso razoável de sua discricionariedade, baseando-se na sua concepção mais apropriada da solução do caso, que devem decidir exclusivamente os *hard cases*. Ou seja, quando for decidir, o magistrado poderá fazê-lo a favor de qualquer das partes, independente da moral e dos princípios que alicerçam aquela comunidade a qual se integra. Em conclusão, afirma-se que não poderá haver uma única decisão correta pelo magistrado quanto ao *hard case*, pois a solução parte de sua discricionariedade, logo poderá haver decisões diversas sobre casos semelhantes.

Já Dworkin (2010, p. 127-128) critica o pensamento de Hart, no qual o juiz não aplica de certa forma o direito pré-existente, e sim cria nova regra para decidir o caso, por meio de sua discricionariedade. Dworkin afirma que, ao fazer isso, o juiz está criando um novo direito a uma situação já existente, dessa forma incorrendo na retroatividade na norma jurídica e indo de encontro ao princípio da segurança jurídica. Segundo o autor, o juiz, ao julgar os

casos difíceis, teria de correlacionar direito, princípios, moral, política e até economia. Assim, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes, e não simplesmente inventar o direito.

Superada a questão acerca dos *hard cases*, resta-nos abordar um último ponto a ser debatido para solidificar o entendimento acerca do ativismo judicial contemporâneo, que é a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, já que para alguns são institutos semelhantes.

No decorrer do século XXI, houve a expansão do protagonismo político do judiciário nas democracias do ocidente. Vários são os fatores que promovem a ampliação desse processo. José dos Santos Carvalho Filho (2010) afirma que a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz por meio do exercício da jurisdição. Já a expressão “ativismo judicial” tem sentido, embora semelhante, diverso do anteriormente referido. Carvalho Filho acredita que “em ambos os casos há a aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante da judicialização; e de vontade, quando se trata de ativismo”.

Segundo Ernani Rodrigues de Carvalho (2004, p. 117-120), são seis as condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: (i) um sistema político democrático; (ii) a separação de Poderes; (iii) o exercício dos direitos políticos; (iv) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; (v) o uso dos tribunais pela oposição; (vi) a inefetividade das instituições majoritárias.

Já Barroso (2010) explica que a judicialização origina-se do modelo constitucional que se adotou, e não de um exercício deliberado de vontade política; enquanto, no ativismo, há uma escolha, uma opção do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos

referidos [...], o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2010).

454 Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 35) é cautelosa quanto ao assunto e alerta para a possibilidade de tanto o Executivo quanto o Legislativo poderem retirar temas controvertidos do debate político e os transferirem para a apreciação do Judiciário, já que eles dificilmente seriam decididos favoravelmente, seja porque não há consenso ou não foram suficientemente debatidos. Tal estratégia teria o objetivo de reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida, ou dificultar o debate sobre políticas públicas ou reformas políticas com a sociedade.

AMEAÇA PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA?

Na medida em que é crescente a pró-atividade do Poder Judiciário, as críticas a tal atitude também serão, e a principal delas é o possível risco que corre a democracia sob o argumento de que ele não possui legitimidade democrática para ir de encontro aos poderes eleitos pelo povo.

No decorrer dos anos, a sociedade implementou profundas reformas na estrutura estatal, levando-se em conta que atualmente no Brasil vige o Estado Democrático de Direito, em que os instrumentos processuais da cidadania constitucionalizada habilitam, teoricamente, os cidadãos a agirem, ainda que se possa dizer que, na verdade, estes se encontram em uma inércia de efetividade, principalmente por motivos sociológicos, de ações firmes que possam causar alguma mudança significativa na realidade em que se encontram; ao contrário, preferem abrir mão da participação direta a favor de soluções efica-

zes, que não partem deles, mas de um Estado judicial que decide muitas vezes de forma voluntária, que se encontra em um verdadeiro processo de construção e amadurecimento, tornando-o por este motivo muitas vezes imprevisível.

Juízes, desembargadores, ministros, os membros do Poder Judiciário, como um todo, não são agentes públicos eleitos. Embora exerçam obviamente um poder político, como por exemplo, ao nulificar atos de outros Poderes, magistrados e tribunais não fundamentam sua legitimidade de agir na vontade popular.

O cenário em que um órgão jurisdicional não eleito – no caso, o Supremo Tribunal Federal, STF – que venha justapor sua vontade a uma decisão do presidente da República, que tem uma legitimidade popular de cerca de 40 milhões de votos, ou do Congresso Nacional, composto por 513 deputados federais e 81 senadores, é caracterizado na teoria constitucional, segundo Alexander Bickel (1986, p. 16 e ss.), como uma dificuldade contramajoritária.

A pergunta que se faz é a de que é retirada essa legitimação para rescindir atos dos outros Poderes, ditos democráticos, cujos agentes foram escolhidos pelo povo e conseqüentemente exercem um mandato popular? Ao buscar a resposta a essa pergunta, nos deparamos com dois argumentos justificadores, um de essência normativa e outra substancialmente filosófica.

455

A justificativa normativa está contida na Constituição Federal, pois está estabelece expressamente ao Poder Judiciário, em particular, ao Supremo Tribunal Federal, atribuições de controle, principalmente de legalidade, de alguns atos de outros Poderes, de modo que em algumas hipóteses podem até vir a sofrer algum tipo de sanção por descumprimento de suas decisões.

Em regra, os Estados democráticos circunscrevem uma porção de poder político a ser desempenhada por agentes públicos que não são eleitos por vias democráticas, ou seja, por meio de eleições, sendo o desempenho dessa função, em regra, eminentemente técnico e imparcial; dessa maneira, não cabe aos magistrados fazer uso de vontades políticas próprias, pois, ao concretizarem a Constituição, as leis em sentido amplo, em suas decisões, estão aplicando a verdadeira vontade política que foi exercida pelo Poder Constituinte, no caso das Constituições, e pelo legislador, no caso das leis, que são os representantes do povo.

Segundo Eros Roberto Grau (2002, p. 64), a compreensão de que o juiz seria apenas um mero tecnicista aplicador das leis nada mais é do que uma veneração à tese da separação dos Poderes, que deve ser aceita com ressalva, pois os membros do Poder Judiciário (ministros, desembargadores, juízes) não exercem uma atividade absolutamente mecânica. Ao se encontrarem em situações que lhes cabe a atribuição de sentido a expressões vagas, indeterminadas, como os princípios, se valem de técnicas hermenêuticas, se colocando muitas vezes como coautores do processo de criação do Direito. Daniel Sarmiento faz duras críticas quanto ao uso, muitas vezes exagerado, de fundamentações principiológicas, cada vez mais havendo um “invencionismo jurídico”. Argumenta o autor:

E a outra face da moeda é o lado E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos Poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p. 144).

A segunda justificativa é a filosófica, que tem o objetivo de fundamentar a influência da atuação do Judiciário e da jurisdição constitucional nas outras instituições. Segundo Roberto Barroso (2010), o Estado Constitucional Democrático, como se percebe pelo nome, é furto de duas ideias que se fundiram, mas não se misturam, são elas: constitucionalismo e democracia. Por Constitucionalismo entende-se um poder limitado e a observância aos direitos fundamentais, mas não no sentido de uma atuação meramente procedimental, restringido a efetivação dos direitos individuais, pois também integra em suas bases os direitos sociais, difusos etc. Constitucionalismo que evolui, assimila novas racionalidades, conteúdos, subjetividades, preservando, entretanto, a ideia de controle do exercício do poder, mas, ao mesmo tempo, introduzindo a demanda por participação popular, inclusive, na delimitação interpretativa das normas constitucionais.

Nesse sentido, se o Estado de Direito funciona como expressão da razão, mas também traduz uma reconexão na contemporaneidade democrática, com os processos contraditórios da política e de sua veia potencialmente instituinte. Afinal a democracia nos traz a ideia de soberania popular, governo do povo e para o povo, por mais que a noção de povo possa se configurar em muitos momentos como uma expressão abstrata, suscetível de manipulações arbitrárias pelos diferentes sujeitos políticos. Ou seja, faz-se necessário equilibrar a relação entre o sentido substantivo da soberania popular e o formalismo das regras normativas, com seus rigores processuais e técnicos. Equilíbrio prudencial que não pode excluir o reconhecimento da supremacia, da centralidade da política, da participação popular na fixação dos destinos do Estado em seu nexos com a sociedade civil e seus plúrimos interesses. Construir dinâmicas abertas, fundadas na deliberação das maiorias, na conjunção dos mecanismos representativos, ora ameaçados pela injunção do poderio econômico do capital, com os veios da democracia direta e seus instrumentos previstos na Constituição, é a única forma de conferir legitimidade ao Estado, conjugando-o a preocupação com a segurança, minimamente previsível, das decisões tomadas pelas instituições.

Não se deve crer numa democracia em que a virtude das instituições resida no judiciário, na dimensão “higiênica” da tecnocracia togada, preten-

samente racional e “justa”. Somente com o resgate da dignidade da política, da ação intersubjetiva, comunicativa, exurgida das relações sociais objetivas, dimanadas do trabalho e de seus vincos associativos, poderemos conter as tendências eversivas da concentração monopólica do poder presentes na hegemonia, estabelecidos no âmbito do mercado e do Estado. A crença ideológica da burocracia de que detém o poder em razão de seus méritos, de seus conhecimentos especializados, estranhos à política, é o maior perigo à democracia. Principalmente quando tal poder advém de uma estrutura rígida, militarmente hierarquizada, corporativa e historicamente divorciada da sociedade como é o Judiciário. Por isso, a atribuição de um poder ao Judiciário na tutela dos direitos fundamentais é inegável, importante no asseguramento da cidadania por via contramajoritária, mas não deve ser a tônica do funcionamento do poder entre sociedade civil e Estado Democrático de Direito, haja vista que este deve erigir-se sob o domínio da essencialidade da política, das vontades imanes que se entrecem e o informam – de baixo para cima – na contracorrente dos poderes hierárquico-burocráticos que caracterizam, na maior parte das vezes, o sentido histórico da construção do Estado capitalista moderno.

458

Estado Democrático de Direito que precisa agregar dialeticamente formalidade e conteúdo, normatividade e decisionismo, superando as falsas polaridades trazidas pelo pensamento liberal oitocentista no interior da ciência do direito, mais precisamente do direito constitucional e de sua compreensão prevalentemente unidimensional. Novos fundamentos hermenêuticos do Estado Democrático de Direito que “naturalizam” a conflitividade, a diversidade inevitável de interpretações e a legitimação de pretensões materiais presentes na sociedade civil contemporânea, acreditando que a sociedade pode, autonomamente dirimi-las, ao invés de apostar na via prussiana, empalmada seja por uma autoridade carismática, seja pela convicção na sacralidade dos poderes eminentemente racionais de uma burocracia togada, que autoproclama como dotada de neutralidade axiológica e imparcialidade absoluta para dirigir a sociedade.

E a quem cabe a guarda e defesa da Constituição, ser o seu último interprete? Ao Supremo Tribunal Federal é dada a competência de zelar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando segundo

Ronald Dworkin (1985) como um fórum de princípios, não de política no sentido restritivo, mas imbuído de razão pública, dialógica, apesar do entendimento do referido autor liberal de que aquela não deve ser o lugar de dicção de doutrinas amplas, como concepções religiosas ou ideologias políticas, dada a possibilidade de tornarem-se objeto de arbitrariedades interpretativas.

Em vista disso, a jurisdição constitucional bem realizada é, antes de tudo, uma garantia para a democracia do que um risco, desde que submetida às medidas da prudência clássica, já albergadas por filósofos da antiguidade como Aristóteles. Ressalta-se que a dimensão da Constituição, bem como o Judiciário como seu legítimo interprete, não pode diminuir ou exterminar o papel do Poder Legislativo, o governo da maioria (salvo exceções) e a política, mormente da participação instituinte da sociedade civil na criação expectante de inauditos direitos. Mesmo porque a democracia significa a centralidade da política, da práxis criadora do real, da argumentação recorrente que tudo submete, sem olvidar-se, é claro, da tutela indispensável das minorias ameaçadas, possíveis maiorias em outros contextos.

O que não se pode aceitar é que o Judiciário se arrogue à condição de vértice do poder numa sociedade e Estado democráticos, pois, por sua própria natureza burocrática, ele tende a fechar-se sobre si mesmo, alienando-se das realidades externas que são produzidas pela sociabilidade espontânea do homem comum. E que se vê agravada no Brasil em função da gênese patrimonialista de nossas instituições, notadamente as judiciárias, organicamente atreladas às solicitações oligárquicas de nosso desenvolvimento centrífugo, nominalmente federativo. Ou então, as dilações de um poder central autocrático, nos períodos ditatoriais, sempre infensos às demandas da população. Numa lógica aparentemente esquizoide, mas coerente na sua desconfiança elitista em face do povo e de suas demandas materiais por justiça distributiva. Afora o caráter classicista da composição do judiciário, em que seus quadros, quase sempre, são egressos da pequena burguesia, sendo pouco afeitas às dimensões igualitárias dos direitos sociais, preferindo, por sua vez, a ênfase pronunciada nos sempiternos direitos civis, ainda marcadamente proprietarista. Daí a necessidade de compatibilizarmos o reconhecimento devido aos juízes na produção de suas atividades lidimas de busca da justiça, mas sem que isso

possa extrapolar para uma “captura” do funcionamento dos demais Poderes, Legislativo e Executivo eleitos pelo sufrágio popular, muito menos uma constrição dos poderes instituintes da soberania popular, fonte última e primeira de todo poder no Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Verificamos que o ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos que se fazem cada vez mais presentes em nossa realidade jurídica nos últimos anos e que, apesar serem ocorrências parecidas, possuem suas particularidades. A judicialização, por exemplo, segundo Roberto Barroso (2010), decorre de uma constituição analítica e do amplo sistema de controle de constitucionalidade admitido no Brasil, que admitem que o judiciário possua um largo alcance de apreciação de ações judiciais que contenham um vasto conteúdo moral e político. Desse modo, pode-se dizer que a judicialização da política não parte exclusivamente do judiciário, e sim do constituinte, não obstante a expansão, por vezes desmesurada, imprimida especialmente pelas cúpulas do Poder Judiciário nos últimos anos no Brasil.

460

Já no ativismo judicial, conceitualmente distinto da judicialização – apesar de, muitas vezes, confundir-se com ele –, assistimos a um claro processo de substitucionismo político de outras instâncias e poderes, pela ação do judiciário, mormente, mais uma vez, preferencialmente, de suas cúpulas. Tendências que se têm agravado em épocas de crise política, de polarização entre forças sociais, favorecendo a autonomização “bonapartista” do exercício personalizado das decisões no âmbito do Estado. O mais das vezes, observamos o expansionismo da judicialização em franca sintonia com outros processos de disputa de poder mais geral que integram desde interesses empresariais, de modo geral, como midiáticos, que se veem vocalizados pelo Judiciário, por suas cúpulas, historicamente sensíveis aos valores hegemônicos do “andar de cima”. E que em grande parte dos casos, significam, inclusive uma coartação dos poderes interpretativos do juiz monocrático, impedido de se manifestar em várias oportunidades em casos concretos de interpretação do direito, pelo poder legiferante negativo exercido pelos tribunais, como se observa, notoriamente, nas súmulas vinculantes.

O perigo de tais fenômenos (ativismo e judicialização) abarca a politização da justiça, a ausência de competência do Judiciário para decidir alguns assuntos que fazem parte das escolhas políticas populares conferidas a outros Poderes e principalmente a sua legitimidade democrática.

O perigo para a legitimidade democrática traduz-se pelas consequências do fato de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, além do que, esses por muitas vezes não se restringem à aplicação da Constituição e das leis. É certo que existem em nosso ordenamento diversas disposições normativa e constitucionais em que se encontram cláusulas abertas, vagas, por pura inércia legislativa ou até mesmo de maneira proposital afim de evitar um desgaste eleitoral, de modo que o poder criativo do interprete se amplifica a um nível tal que chega a ser comparado a uma norma.

Ressalta-se que, havendo uma lei que disponha sobre certo assunto que de forma legítima cumpriu seu tramite processual e encontra-se em conformidade com a Constituição, cabe ao magistrado acatá-la e aplicá-la. Desse modo, o magistrado, ao visualizar diversas hipóteses interpretativas da Constituição, as inclinações do legislador devem imperar, por ser ele quem detém a legitimidade popular.

Averiguo-se que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição e deve preservá-la em prol dos valores democráticos e dos direitos e garantias fundamentais, também em face dos outros Poderes. Havendo um comportamento contramajoritário, por parte do judiciário, nesses casos, se dará a favor, e não contra a democracia.

Por fim, expomos o pensamento de Luiz Roberto Barroso (2010) que traduz sabidamente o fenômeno do ativismo judicial na atual realidade brasileira, vejamos:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BICKEL, Alexander M. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, 1986.

CAMPOS, Joaquim Pinto de Campos. *Biografia do Senhor D. Pedro II, imperador do Brasil*. Pereira da Silva. Porto. 1871.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Curitiba: *Revista de Sociologia Política*, n 23, 2004.

462

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. O Direito com interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson V.; OLIVEIRA Elton S. (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2009.

_____. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). *Direito à Democracia: estudos transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial review*. California Law Review, oct. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*: Belo Horizonte, Malheiros, 1997.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da mesma moeda. *Revista de Direito do Estado. Pará: Renovar*. v.1, n. 1, jan./mar. 2006.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*. Vol. 35 (1), 1947.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Juarez Guimarães é professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, coordenador do Centro de Estudos Brasileiros (Cerbras). Autor, entre outros livros, de *Democracia e marxismo. Crítica à razão liberal* (Xamá, 1998) e *A esperança crítica* (Scriptum, 2007). Entre outros livros recentes, organizou *Leituras críticas sobre Maria da Conceição Tavares* (Perseu Abramo, UFMG, 2010), *Raymundo Faoro e o Brasil* (Perseu Abramo, 2009) além do mais recente *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão* (Boitempo, 2013) escrito a quatro mãos com Ana Paola Amorim.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira é bolsista do CNPQ. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG, com Pós-Doutorado pela Universidade de Roma III. Professor Associado 4 e Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima é Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Unifor). Procurador do município de Fortaleza. Presidente do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia.

Newton de Menezes Albuquerque é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e professor adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC)

SOBRE OS AUTORES

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Antonio Moreira Maués é professor associado da UFPA, pesquisador do CNPq e Doutor em Direito pela USP.

Cynara Monteiro Mariano é professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará (UFC), Mestre em Direito Público pela UFC, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), pós-doutora pela Universidade de Coimbra e Vice-Presidente do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia.

Diogo Bacha e Silva é advogado e Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, Coordenador e Professor da Faculdade de São Lourenço.

Emilio Peluso Neder Meyer Professor Adjunto de Teoria do Estado, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Visiting Researcher no King's College Brazil Institute (2014-2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza é Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Visiting Scholar na Osgoode Hall Law School, York University, Canadá, 2008-2009. Professora convidada na Università degli Studi di Palermo, Itália, 2012 e 2013. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPA).

Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante é Doutoranda em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela Universidad de Castilla - La Mancha.

Fábio Rodrigues Holanda é Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2009). Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (2015). Membro do grupo de pesquisa “JET - Justiça em Transformação”. Especialista em Direito Constitucional, Penal, Processo Penal e Administrativo, com ênfase em Ativismo Judicial, Democratização do Poder Judiciário, Políticas Públicas, Políticas Criminais.

Fatima Amaral é Mestranda da UFRJ.

Giovani Clark é Doutor em Direito Econômico pela UFMG. Professor da graduação e pós-graduação *stricto sensus* da PUC-MG. Docente da Faculdade de Direito da UFMG.

Gustavo César Machado Cabral é Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor pelo Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main/Alemanha).

468

Gustavo Ferreira Santos é Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (licenciado). Doutor em Direito pela UFPE, com Estágio Pós-Doutoral na Universitat de València, Espanha. É bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Heyde Medeiros Costa Lima é Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Ex-bolsista do Programa de Iniciação Científica da referida Instituição.

Jânio Pereira da Cunha é Doutor em Direito Constitucional. Professor Auxiliar (N3) do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor do Centro Universitário Christus (Unichristus).

Jaqueline Severo é Acadêmica da UFRJ.

José Luiz Quadros de Magalhães é professor da PUC-MG, UFMG e FADISA Montes Claros. Mestre e Doutor em Direito.

José Ribas Vieira é Professor da UFRJ.

Júnior Ananias Castro é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop).

Katya Kozicki é Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Visiting Researcher Associate no Center for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 1998-1999. Visiting research scholar na Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York, 2012-2013. Professora dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e da UFPR. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

Lenio Luiz Streck é Procurador de Justiça aposentado, foi membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul de 1986-2014. É professor dos cursos de pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e atua como advogado. Livros: *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Leonardo Alves Corrêa é Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC-MG. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Leonardo Avritzer é Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (1983), mestrado em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (1987), doutorado em Sociologia Política - New School for Social Research (1993) e pós-doutorado pelo Massachusetts Institute of Technology (1998-1999) e (2003). Atualmente é professor titular da Universidade Federal de Minas Gerais. Foi representante de área da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (2005-2011), professor visitante da USP (2004), da Tulane University (2008) e da Universidade de Coimbra (2009). Foi diretor da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (1997-1998), foi presidente da Associação Brasileira de Ciência Política (2012-2014). É membro do Conselho Consultivo da International Political Science Association (IPSA). É autor dos seguintes livros: *Democracy and the public space in Latin America* (2002) e *A moralidade da democracia* (1996) - prêmio

melhor livro do ano (Anpocs), *Participatory Institutions in Democratic Brazil* (2009), *Los Desafios de la Participación en América Latina* (2014).

Margarida Lacombe é Professora da UFRJ.

Rubens Goyatá Campante é Doutor em Sociologia Política pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador do Núcleo de Pesquisas da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Pesquisador do Centro de Estudos Republicanos Brasileiros (Cerbras/UFMG) e do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG (Prunart/UFMG).

Samuel Pontes do Nascimento é Mestre e Doutorando em Direito Público pela PUC-MG e professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí.

Siddharta Legale é Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - Polo Governador Valadares (UFJFGV). Doutorando em Internacional pela Uerj. Mestre em Direito Constitucional e Bacharel pela UFRJ.

Thomas da Rosa de Bustamante Professor Adjunto da UFMG. Bolsista de Produtividade em Pesquisa, Nível 2, do CNPq.

Nestes anos nos quais a democracia brasileira está lidando pela primeira vez e frontalmente com os fenômenos da corrupção instalada no sistema político em sua relação com os grandes grupos econômicos, a sua legitimidade, o equilíbrio constitucional e o devido processo legal estão sendo testados em seus limites.

Este livro toma partido claramente do caminho democrático e republicano no combate à corrupção, que puna com rigor preservando os direitos legítimos dos processados e condenados, que garanta a publicidade democrática ao invés do uso manipulado e seletivo de informações, que garanta a imparcialidade e o universalismo dos atos, em detrimento de seus usos partidários ou instrumentais, que, enfim, combata a corrupção através do aprofundamento da consciência republicana e dos métodos de controle democrático, do aperfeiçoamento institucional, dos procedimentos e leis, da superação da impunidade.



F U N D A Ç Ã O
Perseu Abramo
Partido dos Trabalhadores

