

josé eduardo faria

CORRUPÇÃO, JUSTIÇA E MORALIDADE PÚBLICA



PERSPECTIVA

Copyright © José Eduardo Faria

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, sp, Brasil)

Faria, José Eduardo

Corrupção, justiça e moralidade pública / José Eduardo Faria. – São Paulo : Perspectiva, 2019. – (Coleção debates ; 343 / dirigida por J. Guinsburg [in memoriam])

Bibliografia.

ISBN 978-85-273-1154-0

1. Abuso de autoridade 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal 3. Constituição 4. Corrupção – Brasil 5. Democracia 6. Direito e política 7. Habeas corpus – Brasil 8. Justiça 9. Processo legislativo 1. Guinsburg, J., 1921-2018. II. Título. III. Série.

19-25747

CDU-34:32

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e política 34:32

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

1ª edição

Direitos reservados à

EDITORA PERSPECTIVA LTDA.

Av. Brigadeiro Luís Antônio, 3025

01401-000 São Paulo SP Brasil

Telefax: (11) 3885-8388

www.editoraperspectiva.com.br

2019

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
PREFÁCIO	11

PARTE I

INTERPRETAÇÃO DAS LEIS, ABUSO DE AUTORIDADE E EFICÁCIA DO DIREITO

1. A Crise e o Debate Sobre a Moralidade Pública ...	25
2. O Protagonismo do STF e as Fronteiras do “Aceitável”	29
3. A Democracia, o Direito e o Futuro da Lava Jato.	33
4. Interpretação Judicial e Abuso de Autoridade	37
5. O Pessimismo Como Dever Civil	41

- 6. O Supremo e o Ativismo Judicial..... 45
- 7. Juízos Políticos e Garantias Jurídicas49
- 8. Os Fundamentos das Decisões do STF 55
- 9. O Controle da Constitucionalidade 59
- 10. Interpretação Legal e Dissenso Judicial 63
- 11. A Delação Premiada e Seu Ponto de Equilíbrio....67
- 12. Corrupção Sistêmica e Direito Penal 71
- 13. Processo Legislativo Como Balcão de Negócios... 75
- 14. Limpar o Nariz, Casar e Votar.....79
- 15. Literalidade da Lei e Abuso de Autoridade 83
- 16. A Adjudicação em Tempo de Incertezas.....89
- 17. Retórica Jurídica e Liturgia Judicial..... 93
- 18. Regras, Princípios e Decisões Judiciais 97
- 19. Os Políticos e os Juizes: Entre o Destino e a Tragédia101
- 20. A Tradição Como Argumento de Defesa 105
- 21. Cláusula Pétrea e Prisão Após Segunda Instância109
- 22. Garantistas vs. Consequencialistas: Um Debate Político ou Jurídico? 113
- 23. A Banalização do *Habeas Corpus*119
- 24. Política Judicializada.....123

- 3. Tempo e Espaço na Constituição de 1988141
- 4. Semipresidencialismo, uma Ideia Fora de Lugar .151
- 5. Alternativas de Arbitragem Para a Paralisia Decisória157
- 6. Entrevista: “Há uma Mudança no Conceito de Prova, de Processo e de Delito”173

- FONTES 187
- BIBLIOGRAFIA..... 189

PARTE II
INSTITUIÇÕES, DEMOCRACIA E SOCIOLOGIA
DA CONSTITUIÇÃO

- 1. Reformar a Constituição: Da Discussão Necessária ao Irrealismo Político 129
- 2. Os Trinta Anos da Constituição de 1988: Comemoração ou Reflexão?135

18. REGRAS, PRINCÍPIOS E DECISÕES JUDICIAIS

Não tem passado despercebido nos conselhos editoriais das revistas jurídicas o significativo aumento do número de artigos na área de teoria e filosofia do direito, especialmente sobre hermenêutica. Entre os temas mais recorrentes, destacam-se os relativos ao alcance da interpretação extensiva das leis, aos limites da criação judicial e à segurança do direito. Evidentemente, isso foi impulsionado pelos julgamentos de empresários e políticos acusados de corrupção pelas diferentes instâncias do Judiciário. Independentemente da abordagem e do rigor desses artigos, o denominador comum é a distinção entre regras e princípios na ordem jurídica.

Regras têm um campo de abrangência limitado e um número definido de hipóteses em que podem ser aplicadas. Elas se expressam por meio de conceitos precisos, que propiciam uma interpretação restrita como método hermenêutico, aplicável aos casos corriqueiros, possibilitando uma jurisprudência fácil de ser formada. Princípios têm

um campo de abrangência maior do que o das regras e um número indefinido de hipóteses, pois se expressam por meio de conceitos indeterminados. Essa ambivalência permite a cada cidadão imaginar que seus anseios foram acolhidos pelo legislador. Para ser aceitável pelos cidadãos, a lei não deve ser unívoca nem certa, no sentido matemático. Do ponto de vista de uma técnica legislativa que se destaca mais por sua funcionalidade do que por seu formalismo, os princípios são usados para calibrar expectativas sociais e oferecer argumentos diversificados para o raciocínio jurídico.

A distinção entre regras e princípios ajuda a compreender o processo legislativo nas sociedades estabilizadas, com seus hábitos e rotinas, e nas sociedades cambiantes, quando os conflitos acirrados põem em risco a estabilidade das leis. Nas sociedades estáveis, a institucionalização do direito pressupõe três etapas. A primeira é o desenvolvimento de comportamentos padronizados por meio de interações regulares a partir de valores comuns. A segunda é a generalização desses valores e a estabilização de um senso comum moral. A terceira é a "sedimentação", quando as instituições de direito se consolidam, propiciando um engate entre estruturas sociais e jurídicas. Essa estratégia de institucionalização do direito, contudo, não funciona em tempos incertos, em que as identidades coletivas encontram-se erodidas e inexitem referências éticas consensuais.

Nesse caso, como podem os juízes aplicar leis em meio a acontecimentos que provocam rupturas e bifurcações na ordem vigente? Como lidar com mudanças intensas se as categorias normativas foram concebidas para tempos de estabilidade? Já nas fases rotineiras, os acontecimentos são suficientes para diferenciar o que é certo e errado. Nos períodos de crise, essas distinções são difíceis de serem feitas, pois as regras ficam sobrecarregadas pelas incertezas, o que prejudica sua aplicação.

Nesse cenário, os princípios exercem papel decisivo como técnica legislativa. Graças à indeterminação de seus

conceitos, ajudam a combinar permanência e mudança, a balizar a ponderação e a estabelecer critérios que redefinem o sentido da ordem jurídica. Princípios são vagos por natureza, já que sua ambiguidade é inerente à relação entre uma proposição geral e uma proposição particular. Conhecidos juristas americanos costumavam afirmar que quase toda particularidade cabe em mais de uma generalidade, mas que as particularidades implicadas em cada generalidade nunca são esgotáveis. Também lembravam que a ambiguidade ajuda a lei a permanecer estável, ao mesmo tempo que, por meio de reinterpretações, ela se adequa às novas circunstâncias. É por isso que, exigindo ponderação como método hermenêutico, os princípios tendem a ser aplicados aos casos difíceis de sociedades que já não conseguem mais ser disciplinadas por corpos de normas gerais, tal o distanciamento social e a incompatibilidade do direito codificado com situações heterogêneas. E, por maior que seja a ambiguidade dos princípios, isso não significa que, ao aplicá-los, o juiz leve em conta somente sua vontade. Ainda que existam juízes voluntaristas, a decisão judicial não se confunde com um padrão opinativo de julgamento, que valoriza mais o poder simbólico da jurisdição do que a necessidade que ela tem de se legitimar frente às partes e à própria sociedade.

A discussão é antiga. Na Europa e nos Estados Unidos, teóricos do direito já afastaram a tese de que os conceitos jurídicos são unívocos e de que haveria um método único para interpretá-los. Ronald Dworkin, referência para várias gerações de juristas, afirmava que a moral, a política e a justiça estão intrinsecamente conectados e que o direito é conceito interpretativo, pressupondo práticas argumentativas das quais dependem sua complexidade e suas consequências. Mesmo assim, os textos legais sempre limitam o intérprete, e sua aplicação deve ser realizada por meio de regras que permitam extrair seus fundamentos políticos e pressupostos morais.

Segundo Dworkin, a aplicação do direito resulta em respostas fundadas e não arbitrárias, que permitem avaliação sobre seus pressupostos éticos e doutrinários e sobre seu alcance. Bem antes dele, Miguel Reale chamava a atenção para o que os defensores de uma hermenêutica restritiva desconhecem: a importância da conexão entre análise política e cultura jurídica no labor judicial, dada a impossibilidade de se reduzir a decisão jurídica a uma simples operação formal. A existência de mais de uma solução para os litígios é tão normal que não pode deixar de ser considerada quando se fala em segurança do direito. Mas se essas soluções são consistentes e seus autores têm consciência de suas implicações institucionais – o que não se tem visto no STF –, isso é outro problema.

22. GARANTISTAS VS. CONSEQUENCIALISTAS: UM DEBATE POLÍTICO OU JURÍDICO?

Com a judicialização da política e a subsequente politização da justiça, ganhou corpo nos meios jurídicos e políticos a oposição entre magistrados garantistas, que valorizam o *habeas corpus* como símbolo da liberdade individual e do direito dos cidadãos de não serem presos nas ruas por autoridades que não se identificam, e magistrados consequencialistas, para os quais esse recurso judicial não pode ser desfigurado, servindo como um fator disruptivo que trave a vida política do país, comprometa o processo eleitoral e abra caminho para a corrosão da legitimidade das instituições de direito.

Os garantistas alegam que, ao deixar de seguir o texto literal da lei para priorizar os efeitos das decisões judiciais no momento de tomá-las, dando assim vazão à vontade de atingir resultados desejados ou previamente determinados, os consequencialistas seriam basicamente

punitivistas. Ou seja, recorreriam a interpretações extensivas, desprezando as intenções do legislador constitucional, passando por cima das garantias individuais e dos direitos fundamentais e desprezando o princípio constitucional do devido processo legal. Por seu turno, os consequentialistas justificam a opção por interpretações abrangentes em nome de um método mais realista para articular investigação, contraditório, celeridade e eficiência – método esse que propiciaria uma espécie de legitimação pelos resultados, dentre eles a moralização da vida pública.

Ainda que primem por explicar pouco e convencer sem provar quase nada, esses adjetivos também ganharam presença na mídia. O denominador comum entre eles é duplo. Por um lado, está a questão da influência da opinião pública sobre os tribunais; mais precisamente, sobre a capacidade da justiça de interpretar os sentimentos da sociedade e de se alinhar com ela, desde que isso não seja incompatível com a ordem constitucional. Por outro, está a questão da interpretação dessa ordem, que é composta por cerca de 180 mil leis federais e por um texto constitucional com elevado número de normas programáticas – aquelas que, por fixarem princípios éticos e sociais, não são autoaplicáveis, dependendo de outras normas para se viabilizarem.

No primeiro caso, as perguntas que podem e devem ser feitas são conhecidas. Até que ponto um juiz deve decidir conforme o clamor público, valendo-se de interpretações criativas do direito para avançar sobre as áreas de atuação do Legislativo e sobre as competências do Executivo? Inversamente, até que ponto esse juiz pode exercer um papel contramajoritário, interpretando estritamente as regras e respeitando rigorosamente o devido processo legal, com o objetivo de proteger minorias? No segundo caso, o problema do controle sobre a produção dos efeitos jurídicos do sistema legal e da avaliação das consequências das decisões judiciais também é conhecido. Quando

um texto constitucional contempla normas principiológicas ou programáticas que se expressam por meio de conceitos vagos e indeterminados, isso não acaba inviabilizando o direito positivo como técnica, levando à perda da identidade sistêmica de todo o ordenamento jurídico?

Na sua versão mais simplificada, a da mídia e a dos meios políticos, essas indagações e os problemas por elas suscitados gravitam entre dois modos opostos de aplicação do direito. O primeiro entende que as normas constituem a premissa maior, dentro da qual o caso concreto configuraria uma premissa menor, possibilitando assim uma conclusão lógica e uma decisão judicial objetiva. No fundo, é como se o sistema jurídico fosse derivado de um conjunto geral de axiomas. O segundo modo parte da premissa de que as normas são apenas parâmetros para o intérprete – e quando elas são principiológicas ou programáticas, tendem a servir de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso e produzida por vias diferentes.

Na versão mais técnica, a dos teóricos do direito, as indagações e os problemas acima suscitados vão muito além da oposição entre aplicação mecânica e objetiva do direito e interpretação subjetiva. Nessa linha, o sentido da norma não está objetivamente fixado no texto, dependendo fundamentalmente do resultado da interpretação. A aplicação ou concretização da norma passa pela interpretação de seu texto, por um lado, e constitui-se de elementos que compõem o âmbito da norma, como as doutrinas e as teorias jurídicas, por outro. Doutrinas são construções com base em ideias de política legislativa e em pressupostos de normas ou de interesses por elas tutelados. Teorias propiciam o ambiente valorativo que envolve o direito positivo. Forjadas com base em textos de normas anteriores, que não são os mesmos envolvidos no caso *sub judice*, teorias e doutrinas são fonte do direito, na medida em que informam e influenciam a decisão de um litígio. Assim, texto e processo histórico estão em

constante interação, o que faz com que a solução dada ao caso em julgamento não resulte do livre-arbitrio do intérprete, mas de uma racionalidade condicionada pela experiência acumulada dos tribunais. Racionalidade essa que, nas instâncias superiores, permite aos seus magistrados equilibrar valores, princípios, finalidades, obrigações e permissões. A necessidade desse equilíbrio decorre, entre outros motivos, da dificuldade de se conjugar em termos lógico-formais uma ordem temporal concreta, na qual os cidadãos se encontram imersos em múltiplas redes de relações sociais, com os conceitos e as categorias normativas abstratas e atemporais do direito positivo. Diante dos conflitos entre pessoas, corporações e classes sociais, o que prevalece não é uma aplicação dedutiva das normas jurídicas, mas uma mescla inevitável entre legislação e adjudicação, entre direito e doutrina.

À luz dessas considerações é que se pode examinar o comportamento recente do STF, que tem surpreendido negativamente, dada a tendência de alguns ministros de exorbitar em matéria hermenêutica. Se a corte hoje intervém até mesmo no debate sobre estratégia econômica, o que faz da insegurança jurídica um entrave ao investimento produtivo e à retomada do crescimento econômico, isso não pode ser atribuído apenas a falhas técnicas nos métodos que têm sido utilizados para interpretação e aplicação das normas constitucionais. Decorre, também e acima de tudo, dos chamados males de composição – ou seja, dos problemas de falta de envergadura, competência e compostura de alguns de seus integrantes; e também do desconhecimento de filosofia e teoria do direito, disciplinas das quais a hermenêutica jurídica faz parte. Como disse a jornalista Rosângela Bittar, do jornal *Valor Econômico*, se no passado o STF era integrado por *catedráticos, parlamentares experientes e respeitados, presidentes dos Tribunais de Justiça dos estados mais importantes e advogados que passaram pela política, ou seja, pessoas que emprestaram sua biografia à corte, hoje*

se tem o inverso: pessoas que foram para lá com o objetivo de melhorar a biografia.

É sob essa luz que se deve examinar o embate entre juízes garantistas e consequencialistas. Por apego excessivo às normas com conceitos determinados e às interpretações restritivas, os primeiros não dão o devido valor à complexidade de sociedades cambiantes e heterogêneas, como a brasileira. Prendem-se a uma racionalidade lógico-formal insuficiente para viabilizar uma engenharia jurídica eficaz baseada em regulamentações gerais. Esquecem-se de que as palavras nos textos legais não são cristais transparentes e imutáveis, mas a pele que encobre um pensamento vivo e que varia de tamanho e conteúdo conforme a circunstância e o tempo em que seja utilizada, como diziam os realistas americanos já no século XIX. Por apego excessivo às normas programáticas, assumindo a moralidade pública como bandeira, os segundos parecem não apreender que os princípios jurídicos exigem um mínimo de organização e sistematização, teimando assim em analisar os litígios em termos dicotômicos e maniqueístas, como se as partes representassem o bem e o mal, a honestidade e a corrupção. Confundem hermenêutica jurídica com escolhas voluntaristas, certos de que estão agindo como guardiões da moral coletiva.

Para escapar dos equívocos cometidos por garantistas e consequencialistas, uma saída é compreender que o direito não é algo pronto, acabado no momento de sua positivação, e que depende somente de uma única interpretação. Acima de tudo, ele é uma construção que tem como base a experiência e não a lógica. Como dizia Oliver Wendell Holmes Jr., a grande referência do realismo jurídico americano,

as necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos

na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados.¹⁷

Em outras palavras, “o direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática”¹⁸. Para apreender o que é o direito, “deve-se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar; deve-se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes”¹⁹, concluía ele.

Garantismo *versus* consequencialismo é, assim, um debate determinado mais por razões políticas conjunturais do que por fatores jurídicos estruturais, e que passa ao largo dos problemas gerados pelo fosso entre as leis em vigor e os valores e as tensões sociais emergentes. É um debate que costuma ser travado em países que nunca tiveram juristas do porte de um Oliver Wendell Holmes Jr. como base para uma reflexão não apenas sobre as técnicas de interpretação das leis, mas também sobre as funções da magistratura – mais precisamente, sobre o desafio de ajustar sua função a uma sociedade em mudança e em crise.

17. *The Common Law*, p. 1.

18. *Ibidem*.

19. *Ibidem*.

24. POLÍTICA JUDICIALIZADA

Com a sucessão de críticas ao STF, no sentido de que ele vem julgando situações iguais de modo diferente e de que seus ministros estariam usurpando o poder democrático por meio de decisões monocráticas, o tema da judicialização voltou com força à agenda. Veja-se, por exemplo, o discurso de posse do novo presidente da corte, que falou menos como magistrado e mais como político. Veja-se também a estratégia adotada pelo PT na campanha presidencial. Tendo durante meses desqualificado o pleito por causa da inelegibilidade de seu verdadeiro candidato, ele optou por inundar os tribunais com recursos judiciais para tirar todos os dividendos eleitorais possíveis dessa iniciativa. Só no caso da tentativa de registro de seu real candidato foram protocolados dezessete recursos.

A judicialização da política surgiu em muitos países a partir da segunda metade do século xx. No Brasil, ganhou impulso com o surgimento da ação civil pública. Criada

em 1985, ela permite que um grupo ou uma instituição possa se apresentar como representante de uma coletividade, substituindo-a processualmente. Utilizado em larga escala em decorrência da multiplicação dos movimentos sociais e entidades de defesa de direitos humanos empenhados em assegurar o acesso de segmentos desprotegidos aos tribunais, esse instrumento processual deu visibilidade a diversas reivindicações, como as que pedem a concretização dos direitos sociais assegurados pela Constituição.

Ao colocar essas reivindicações sob a forma das técnicas e especificidades do direito, a judicialização não se limitou a multiplicar o número de litígios plurilaterais no Judiciário e a colocar em novos termos a aplicação de direitos difusos e direitos coletivos. Também exigiu de promotores e juízes novos argumentos e novas fundamentações legais, e ainda envolveu os tribunais em atividades até então tidas como exclusivas do Executivo. Isso ocorreu com as ordens judiciais para que esse poder destinasse recursos financeiros à implementação de programas sociais, o que levou o Judiciário a interferir crescentemente na produção e distribuição de bens coletivos e em suas formas de financiamento. Esse modo de agir dos tribunais ampliou o alcance do STF, cujo papel é garantir as liberdades públicas, preservar o Estado de Direito e impedir que maiorias políticas manipulem as regras do jogo em proveito próprio. Mas, no exercício desse papel, e diante do desafio de readequar a ordem jurídica a um processo de redemocratização que, após a promulgação da Carta de 88, converteu a política em múltiplos espaços de conflitos coletivos, o Judiciário deixou de ser um Poder fiscalizador do cumprimento das leis e assumiu funções transformadoras.

A ideia de que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário deveriam ser independentes partiu da premissa de que a divisão dos poderes assegura uma separação entre a política e o direito. Em nome da harmonia entre

eles, regulamentou-se o exercício da política, considerada legítima no Executivo e no Legislativo, mas vedada no Judiciário. Este era visto como capaz de controlar os antagonismos políticos de modo imparcial. Com as mudanças sociais e econômicas na transição do século XX para o XXI, o papel institucional do Judiciário voltou a se alterar, passando de controlador da constitucionalidade das leis para a de depositário da legitimidade constitucional, controlando até mesmo as emendas à própria Constituição. À medida que a sociedade se tornou mais complexa, criando novas possibilidades de ação e, por tabela, novos problemas e dilemas, esse tipo de controle deixou de ser voltado ao passado para saltar para o futuro. Em vez de se limitar ao que já ocorreu, preocupa-se com o que ocorrerá e em que circunstâncias.

Com isso, em vez de se concentrar nos procedimentos formais inerentes às regras do jogo, os tribunais hoje também enfatizam a eficiência dos resultados. A atuação dos juízes deixou de ser pautada só pelos critérios de legalidade e passou também a ser balizada pelos princípios da eficiência, da economicidade e da justiça substantiva, com ênfase em temas como distribuição de renda, inclusão social e defesa das minorias. Isso explica por que muitos ministros de tribunais superiores insistem em tomar decisões monocráticas, com base numa agenda própria. Desprezando interpretações mais restritivas das leis, passaram a fazer interpretações criativas e a invocar princípios jurídicos para "fazer a história avançar". O problema é que esses tribunais frequentemente revelam-se despreparados quando a dinâmica dos fatos mais problemáticos se acelera e a capacidade de seus integrantes de avaliar seus efeitos é pequena, o que tende a gerar insegurança jurídica e provocar crises institucionais.

Diante desse cenário, em que os conflitos de competência entre os poderes acabam produzindo vácuos que vão sendo ocupados por juízes que imaginam deter uma independência individual como se fosse decorrência

natural de seus cargos, há quem recomende enxugar a Constituição por meio da supressão de artigos e a aprovação de uma lei que criminalize o abuso de autoridade. A ideia é que essas medidas conteriam os poderes do STF, reduziriam o protagonismo de magistrados e permitiriam ao Executivo gerir a economia sem risco de travamentos judiciais. Mas em que medida essas estratégias são viáveis num período em que as formas hierárquicas do Estado e o princípio da tripartição dos poderes têm de se adequar à expansão de redes sociais e mercados globalizados, a um mundo cada vez mais marcado por interdependências e policentralidades, onde a justiça não tem mais o monopólio da resolução de litígios, perdendo espaço para a arbitragem? Sejam quais forem as respostas a essas questões, a judicialização da política é um problema mais complexo do que transparece no debate político.

1. REFORMAR A CONSTITUIÇÃO: DA DISCUSSÃO NECESSÁRIA AO IRREALISMO POLÍTICO

Entre as ideias produzidas ultimamente na aridez do cerrado, circulou há alguns meses uma proposta de substituição do atual sistema de governo por um modelo semipresidencialista nos moldes vigentes na França, desde 1958, e em Portugal, desde 1983. A discussão ganhou algumas manchetes dos jornais, mas logo foi relegada para pé de página em razão, entre outros motivos, do enorme descompasso entre mecanismos institucionais e doutrinas europeias, de um lado, e as condições socioeconômicas, políticas e culturais brasileiras, de outro. Foi mais uma demonstração do que dizia Oliveira Vianna há décadas: “nossos políticos, legisladores e dirigentes governamentais não conhecem, e mesmo desdenham conhecer, o país e o povo que dirigem”¹ e para o qual legislam.

1. *Instituições Políticas Brasileiras*, p. 18-19.

As vésperas do trigésimo aniversário da Constituição, e em meio ao turbilhão de críticas de que o STF estaria exorbitando ao interpretá-la, agora se fala numa proposta que coloca novamente Oliveira Vianna como leitura obrigatória. Para conter a corte suprema e ao mesmo tempo evitar os riscos e as contingências de uma revisão constitucional, a ideia é desidratar a Carta de 88 por meio de Propostas de Emenda Constitucional que suprimiriam parte do texto vigente. Em outras palavras, trata-se de uma estratégia de "enxugamento normativo" mediante a revogação de determinadas matérias constitucionais e/ou sua transferência para a legislação infraconstitucional com o objetivo de: (a) reduzir a jurisdição e as competências da corte no exame dos conflitos políticos inerentes ao processo legislativo e (b) neutralizar um ativismo de inspiração neoconstitucionalista de alguns de seus ministros, principalmente os que almejam "fazer avançar a história". Em outras palavras, quanto menor for a Constituição, menor será a base legal para que o STF possa intervir em atos e matérias de alçada do Legislativo e do Executivo. Quanto mais princípios forem expurgados da Carta, menores serão os poderes do STF e a discricionariedade de seus ministros. Por consequência, menor será a possibilidade de judicialização da vida política e da administração pública. O "enxugamento" da Constituição seria a resposta mais eficaz ao protagonismo da mais alta corte do país, que estaria avançando sobre a autonomia dos demais poderes ao julgar a Constituição, em vez de aplicá-la - afirmam os defensores dessa estratégia.

Tomada pelo seu valor de face, a proposta tem lá sua engenhosidade. Analisada de modo cuidadoso, porém, configura mais uma tentativa de deter o STF, com o agravante de seus defensores relegarem a segundo plano não só os problemas metodológicos de hermenêutica constitucional, que não são poucos, mas também questões fundamentais do próprio regime democrático. Uma dessas questões envolve a própria especificidade do direito,

que é a de se obrigar a oferecer uma decisão a todos os casos qualificados como jurídicos. Outra questão diz respeito ao Judiciário, que exerce atribuições preordenadas pelo direito. Do intercruzamento dessas questões resulta o chamado princípio do *non liquet*, ou seja, a proibição de denegação de justiça que obriga os tribunais a dar uma decisão a todos os casos jurídicos que lhes são submetidos, o que os compele, por consequência, a dar uma resposta tanto aos casos simples, os mais corriqueiros, quanto aos casos difíceis, aqueles para os quais a legislação prevê várias normas que propiciam sentenças distintas, seja porque as normas são contraditórias, seja porque não haveria uma norma clara a ser aplicada.

Em razão do princípio do *non liquet*, os tribunais não podem deixar de receber e julgar, por exemplo, os recursos impetrados por minorias inconformadas com derrotas no plano político, procurando revertê-las judicialmente. Se é verdade que não cabe à justiça tomar para si escolhas políticas próprias do Executivo e do Legislativo, também é verdade que muitas vezes ela é provocada a fazê-lo, como nesses casos. No mesmo sentido, os tribunais são obrigados a suprir omissões do legislador, por provocação de partidos, sindicatos, associações empresariais e ONGs, bem como a exigir dos poderes públicos a implementação de programas e de medidas que concretizem a vontade constitucional. Têm, ainda, entre outras atribuições, o dever de fiscalizar a submissão dos atos governamentais e legislativos às decisões judiciais fundamentadas em normas constitucionais resultantes de vontades majoritárias. E se for identificada alguma inconstitucionalidade nos atos do Executivo e nas leis aprovadas pelo Legislativo, o Judiciário pode bloquear as decisões da maioria. Aprofundando o argumento, se no passado as Constituições se limitavam a definir a organização e a separação dos poderes e a elencar um rol de direitos civis e garantias fundamentais, agora elas incorporam não só direitos sociais, econômicos e culturais,

mas, igualmente, uma ampla gama de normas diretivas e programáticas. Hoje, as Constituições não são apenas instrumento de limitação do poder do Estado e definição das regras do jogo. Também buscam criar condições de realização de justiça substantiva, o que as obriga a ir muito além dos procedimentos formais. E isso recorre na agenda pública, de modo mais intenso do que no passado, o problema do alcance e, principalmente, da efetividade das normas constitucionais.

Nesse cenário, há um problema que os defensores da proposta de "enxugamento constitucional", como estratégia de redução do alcance das decisões do STF e da discricionariedade de seus ministros, parecem não dar o devido valor. Para tornar a Constituição escoimada de princípios e voltada basicamente às regras do jogo, seria necessário que houvesse na sociedade brasileira práticas sociais sedimentadas – ou seja, costumes, rotinas e expectativas comuns de justiça. Contudo, como essa sociedade é marcada por níveis altamente iníquos de concentração de renda, forte exclusão social e agudas disparidades econômicas, setoriais e regionais, os mecanismos de formação de vontades coletivas estão erodidos e o contrato social se encontra esgarçado. Em vez de práticas sedimentadas e compromissos de reconhecimento recíproco, o que se tem são fraturas sociais, intercruzamento de conflitos e crescente anomia da vida urbana, em cujo âmbito não há valores comuns enraizados, e parte do poder se estabelece fora dos espaços institucionais, como se vê nas comunidades do Rio de Janeiro, onde as Forças Armadas não conseguem impor a ordem legal à ordem normativa do narcotráfico em determinadas áreas.

Nada disso é novo. Em menor grau, essa realidade já existia à época da Assembleia Constituinte, entre 1987 e 1988. Diante do desafio de obter padrões mínimos de consenso para a Carta que estava sendo redigida, os constituintes não tiveram outra saída a não ser compor uma Constituição com regras precisas e objetivas, quando

disciplinavam comportamentos habituais e rotineiros, e normas programáticas ou principiológicas, quando tinham de legislar para os comportamentos cambiantes e antagônicos. Essas normas principiológicas, como já disse em outras oportunidades, destacam-se por seu conteúdo aberto, ou seja, por uma vagueza deliberada que nada mais é do que um expediente retórico, uma técnica pragmática que permitiu aos constituintes persuadir os cidadãos, independentemente de suas diferenças e divergências, de que suas reivindicações foram acolhidas. Ao propiciar a estabilização ou calibração de expectativas normativas, esse expediente – que permitiu aos constituintes colocar lado a lado no texto constitucional ideias muitas vezes contraditórias, quando não conflitantes – é bastante conhecido nos meios jurídicos. E quando essas normas de conteúdo aberto são aplicadas pelos tribunais, os magistrados são obrigados a "fechá-las", dando-lhes um sentido concreto ao aplicá-las no caso concreto *sub judice*, o que os converte em verdadeiros legisladores, rompendo com isso as fronteiras e distinções funcionais entre o Legislativo e o Judiciário.

Ao não dar o devido valor a esse cenário, os defensores da estratégia de redução dos poderes e do alcance da atuação do STF, por meio do enxugamento da Constituição, retrocedem a um constitucionalismo típico dos séculos XVIII e XIX, limitado à definição das regras do jogo. De fato, a corte tem feito trapalhadas nos últimos tempos, primando pela incoerência, pelas imprecisões doutrinárias e pela falta de previsibilidade de suas decisões. No entanto, isso decorre basicamente da falta de envergadura de alguns de seus integrantes ou de excesso de protagonismo de outros, e não necessariamente de uma Constituição que, se por um lado contém normas desestabilizadoras das finanças públicas, especialmente as baseadas na lógica de interesses corporativos organizados, por outro contempla regras que estabelecem limites ao crescimento do gasto público e institucionalizam o

princípio da responsabilidade fiscal. Que a Constituição é prolixa e extensa, tendo de ser adequada a uma economia que se transterritorializou e a um mundo conectado em tempo real, isso é evidente. O problema está na máquina de saídas finórias e espertas, que podem virar bicho e comer seus formuladores. E é justamente esse o caso da tese do enxugamento constitucional.

Ao sugerir a depuração da Carta de 88 com o objetivo de deixar os ministros da mais alta corte do país sem base legal para determinar o bloqueio dos atos do Executivo e do Legislativo, os defensores dessa estratégia parecem não levar em conta os riscos inerentes à supressão dos laços normativos definidos pela Constituição que ainda vinculam cidadãos, grupos e classes numa sociedade tão heterogênea e conflitiva como a brasileira. Eles desconhecem, ou talvez subestimem, a realidade. Imaginam, ingenuamente, que a menor presença da Constituição – e, por tabela, da atuação do STF – pode levar a sociedade à autorregulação e à autocomposição de interesses. Esquecem-se, assim, do esgarçamento do contrato social acima mencionado. Mais precisamente, esquecem-se da guerra, no sentido literal do termo, que tem sido travada em certas áreas urbanas e em certos segmentos sociais, onde o que prevalece é o princípio de que quem não é amigo (ou comparsa) é inimigo – e, como tal, tem de ser eliminado. Metaforicamente, o “enxugamento constitucional” nada mais é do que uma tentativa inconsequente de se serrar o galho onde se está sentado.

2. OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: COMEMORAÇÃO OU REFLEXÃO?

Com a chegada da Constituição ao seu 30º aniversário, a indagação é saber se ela deve ser vista como texto sagrado, cuja força simbólica está nos valores e ideais que contempla e nas mudanças que promete realizar, ou se ela é apenas um documento que vai sendo reconstruído por seus aplicadores no dia a dia judicial. Uma das alternativas de resposta pressupõe a distinção entre Constituição rígida e Constituição aberta. A primeira tem caráter esquemático e uma estrutura fixa, prima pela racionalidade lógico-formal, contempla basicamente regras com sentido determinado e prioriza a segurança jurídica. A segunda tem uma estrutura flexível, combina racionalidade formal com racionalidade material, entrelaça regras e princípios e dá prioridade à efetivação dos direitos e valores consagrados pelo texto constitucional.

Como o sentido das normas jurídicas nunca está fixado objetivamente, por mais claro que seja, dependendo assim dos resultados de sua interpretação pelos tribunais, a resposta à pergunta feita acima parece evidente. Texto legal, realidade socioeconômica e política estão em permanente inter-relação, de modo que toda interpretação acaba sendo uma construção da realidade jurídica. Não discuto aqui a oposição entre interpretação subjetiva e interpretação objetiva do direito. Apenas afirmo que toda interpretação está de algum modo presa não só a uma avaliação subjetiva das normas, mas, igualmente, aos processos históricos que deram a feição que a Constituição tem hoje, três décadas após sua promulgação.

Por isso, idealizar acriticamente um texto jurídico é o mesmo que canonizar um conjunto de palavras elaborado em outra época, quando eram diversas as condições sociais, econômicas, políticas e culturais do país. Como explicar hoje a efetividade ou ineficácia de direitos sociais e direitos políticos formalmente consagrados há trinta anos? Essa é, a meu ver, a questão que tem de ser discutida. Entre outros motivos, podemos sublinhar que muitos políticos e advogados, acreditando que bastaria uma interpretação mecânica e neutra das normas para concretizá-las, como se o direito pudesse ser derivado de um conjunto de axiomas de conduta, a exemplo da matemática, não têm medido esforços para tipificar, em nome do "garantismo", o que chamam de crime de abuso de autoridade.

Desde o advento do mundo moderno, marcado por uma crescente diferenciação funcional que se cristalizou em torno de núcleos organizacionais como partidos políticos, sindicatos, empresas e burocracias públicas, não há como se formular um sistema de regras sem mesclá-las com normas principiológicas ou programáticas – aquelas que estabelecem princípios éticos, políticos e sociais, por meio de conceitos vagos e indeterminados. Diante

de pressões sociais contraditórias, as Assembleias Constituintes costumam recorrer a essa combinação como estratégia de acomodação de interesses, estabilização de expectativas e obtenção de legitimidade. Nas sociedades complexas, a lógica formal comum à concepção de Constituição rígida, encarada apenas como um conjunto de regras básicas que regula a criação das demais regras, fornecendo respostas-padrão para um repertório de problemas-padrão, não consegue dar conta das tensões e dos problemas que exigem intervenções compensatórias para as desigualdades sociais.

A Constituição rígida propicia a discussão de temas relacionados à validade formal, não se preocupando com o problema da eficácia material de seus dispositivos. Contudo, a partir do momento em que o direito deixa de ter como função apenas a imposição e a conservação das regras do jogo, passando também a exercer o papel de promover mudanças econômicas e transformações sociais, a efetividade de um sistema jurídico fechado e com pretensão de completude ou de uma obra acabada, que é viável em contextos sociais estabilizados e integrados, fica comprometida em contextos heterogêneos, conflitivos e cambiantes. Nessas sociedades, o sistema jurídico fechado entra em sobrecarga sistêmica, havendo a necessidade de uma concepção mais aberta de Constituição, vista como uma ordem jurídica capaz de compatibilizar sua estrutura constitutiva e o meio ambiente que a circunscreve. Por gerar problemas novos, que não encontram soluções previamente determinadas pelas regras, as sociedades complexas exigem soluções baseadas não apenas em regras, mas também e principalmente em princípios orientadores e propósitos legitimadores.

As concepções abertas de Constituição surgiram na Europa e nos Estados Unidos, mas em períodos e cenários historicamente distintos. Na Europa, elas tiveram um sentido mais culturalista e foram forjadas em sociedades fortemente divididas, com graves problemas de

unidade étnica e territorial. Por isso, a integração era vista como um processo espiritual e dinâmico, o que fazia com que a aplicação de um texto constitucional tivesse como pressuposto uma certa flexibilidade por parte de seus intérpretes. Nesse sentido, entendia-se que a unidade própria criada por uma ordem constitucional não advém de um texto, mas de um *éthos* cultural comum. Na mesma linha, aceitava-se que as formas espirituais coletivas não são estáticas, configurando, isso sim, unidades de sentido de uma realidade espiritual num contínuo processo de reconfiguração social. Já nos Estados Unidos, a concepção mais aberta de Constituição se expandiu a partir do caso *Madison vs. Marbury*. Ele foi decidido em 1803, quando a Suprema Corte avocou para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis, afastando as leis federais que, apesar de aprovadas pelo Congresso, contrariavam a Constituição de 1787.

Se o problema europeu foi a construção de uma ordem jurídica integradora, na perspectiva da formação de um Estado nacional, o problema americano era o de tornar essa ordem efetiva num contexto de maior unidade social e ideológica, porém com grande extensão territorial. Era impedir a ruptura da coerência interna do sistema jurídico baseado numa Constituição formada por poucos artigos. O problema europeu, ao contrário, consistiu em impor em territórios relativamente pequenos ou de médio porte, mas estigmatizados por divisões de interesses étnicos, econômicos, culturais e religiosos, uma ordem constitucional legítima. Em vários países do heterogêneo continente europeu o modelo de Constituição fechada cedeu lugar ao modelo de Constituição aberta, após o término da Segunda Guerra. Mas não se pode esquecer que, no debate doutrinário desse continente, a defesa de uma concepção rígida de Constituição – em nome da necessidade de impedir interpretações discrepantes que pusessem em risco a integração de sociedades potencialmente explosivas e fragmentárias – teve, em

momentos históricos anteriores, mais consistência e presença política do que no debate doutrinário americano. Esses dois cenários deixam claro que a conversão dos valores espirituais em direito positivo não permite que a Constituição seja vista como um texto pronto, estabelecido de uma vez por todas no momento constituinte – portanto, passível de ser canonizado como um documento sagrado. Cada uma a seu modo, as experiências europeia e americana mostram que a Constituição deve ser vista como uma construção hermenêutica sobre as inspirações históricas subjacentes à sua elaboração e às circunstâncias políticas do momento em que foi promulgada e em que é aplicada. As inspirações históricas e as circunstâncias políticas dizem muito mais sobre a estrutura de uma ordem constitucional e do sistema normativo de organização e legitimação do poder político por ela consagrado do que a ideia de que um simples conjunto de palavras elaborado no passado é, por si só, responsável pelo sucesso da democracia contemporânea. Assim, se a interpretação e a aplicação da Constituição estão abertas aos processos sociais, econômicos, políticos e culturais, isso relativiza o momento constituinte, não lhe conferindo um caráter extraordinário. “Os julgados de uma determinada jurisdição ao longo de uma geração levam em conta o conjunto do direito disponível, interpretando esse conjunto a partir dos pontos de vista da época na qual o direito é aplicado”², dizia há um século Oliver Wendell Holmes Jr., a grande referência do pensamento jurídico americano. Os argumentos, contudo, são atuais e válidos para as democracias contemporâneas. Em outras palavras, a interpretação e a aplicação da Constituição consistem num processo de comutação autocrítica dos fundamentos do próprio sistema jurídico, não o vendo apenas como um ajuntamento lógico-formal de regras e procedimentos.

2. *The Essential Holmes*, p. 161.

Por isso, considerando (a) que não há valores totalmente consensuais e em condições de serem racionalizados pelo legislador, (b) que há uma permanente tensão entre a linguagem do texto constitucional e a intenção do legislador constituinte e (c) que uma Constituição vive de sua interpretação, já que os métodos hermenêuticos implícitos na aplicação de suas regras e princípios podem ser vistos como uma forma de consolidação democrática, o 30º aniversário da Carta de 1988 deve ser objeto, mais do que de comemorações com direito a banda de música e discurso, de avaliações críticas e de reflexões profundas sobre seus resultados e sobre o que pode continuar oferecendo em matéria de garantias individuais, valores fundamentais, crescimento econômico e inclusão social.

3. TEMPO E ESPAÇO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Apesar de o 1º turno da eleição presidencial ter sido realizado dois dias após o 30º aniversário da Constituição, poucos candidatos a elegeram como um dos temas a ser debatido. E os que o discutiram, concentraram as críticas no sentido de que, por ser prolixa e conter um número excessivo de dispositivos típicos de leis ordinárias, ela engessaria a gestão da economia, não garantiria a segurança aos contratos e inibiria os investimentos. Decorrente da insegurança jurídica disseminada pelo texto constitucional – afirmaram eles –, a insegurança econômica teria inviabilizado o equilíbrio entre crescimento e equidade. Também teria introduzido valores irreduzíveis ao cálculo econômico, prejudicando o progresso material, a afirmação do princípio da responsabilidade fiscal e a formulação de programas governamentais capazes de manter as contas públicas equilibradas. Teria, por fim, dificultado a aprovação de políticas mais amplas de reforma das funções do Estado.

Na justificativa dessas críticas, estão implícitas algumas ideias fundamentais do neoinstitucionalismo econômico, uma vez que, para essa corrente, instituições influem no processo de desenvolvimento, na medida em que definem as regras do jogo, tanto as informais, resultantes de hábitos e costumes sociais, quanto, principalmente, as formais, estabelecidas pela Constituição³. As instituições regem não apenas as interações entre cidadãos e empresas, mas também as relações deles com o Estado. Ao fazê-lo, estabelecem incentivos que moldam o comportamento social e determinam que tipo de economia e sistema político efetivamente se tem. Assim, o desenvolvimento econômico depende de instituições que estimulam o investimento e a eficiência produtiva, por meio da minimização dos riscos e dos chamados custos de transação.

Ainda na linha de argumentação, também está implícita a ideia de que instituições econômicas sérias, responsáveis e consequentes tendem a encorajar a especialização, a inovação e o aumento da produtividade. Está implícita ainda uma crítica às Constituições abertas e programáticas, sob o argumento de que, ao se expressarem por meios de conceitos polissêmicos ou indeterminados, como função social do contrato e função social da propriedade e princípios como os da boa-fé e dignidade do trabalho humano, elas permitiriam aos juízes interpretá-los de modo extensivo, tolerando – em nome da justiça social – o não cumprimento de atos juridicamente perfeitos e o desrespeito à propriedade privada por excluídos e hipossuficientes. O resultado inevitável da imprevisibilidade judicial inerente à aplicação de normas constitucionais principiológicas seria a falta de estabilidade das regras e, por consequência, a incerteza jurídica, gerando falta de previsibilidade para o cálculo econômico, aumentando os riscos, multiplicando custos regulatórios e desestimulando investimentos.

3. Cf. P.A. Hall; R. Taylor, *As Três Versões do Neo-Institucionalismo*, *Lua Nova*, n. 58, p. 193-223, disponível em: <<http://www.scielo.br/>>.

Assim, para que o Brasil possa melhorar a qualidade da legislação e forjar instituições econômicas eficientes, capazes de modernizar a máquina governamental e introduzir em todas as suas instâncias critérios há tempos perdidos de profissionalismo, impessoalidade, moralidade e publicidade, é preciso rever a Constituição de 1988. Seria uma condição necessária, ainda que não suficiente, para a governabilidade e a retomada do crescimento. A revisão permitiria, por um lado, escoimá-la dos conceitos indeterminados, restabelecendo o que os economistas chamam de “certeza jurisdicional”⁴. Por outro, permitiria enxugá-la com o objetivo de desconstitucionalizar a gestão econômica e transferir temas relativos a gastos, tributos e finanças públicas à legislação infraconstitucional. Desse modo, poder-se-ia restabelecer a concepção liberal clássica da Constituição como o conjunto das regras do jogo e como mecanismo destinado a balizar as expectativas, propiciando assim calculabilidade e previsibilidade a cidadãos, empresas e órgãos burocráticos.

Na visão dos críticos da Carta de 1988, uma Constituição elaborada nos moldes clássicos – enxuta e sem normas programáticas, aquelas que estabelecem princípios éticos, políticos e sociais – asseguraria o primado da compatibilidade vertical das leis que integram a ordem jurídica, fornecendo saídas lógicas e previsíveis. Caso a revisão venha a ser promovida nessa perspectiva, o país passaria então a contar com um modelo de Constituição rígida, esquemática, fechada e basicamente formal, em detrimento da ideia de uma Constituição principiológica, finalística e aberta ao processo jurídico-político, que prevaleceu na Assembleia Constituinte, entre 1987 e 1988.

A discussão é importante, não há dúvida. Contudo, ela parte de alguns pressupostos – como soberania, legalidade, território e monismo jurídico – que estão sendo corroídos

4. P. Arida; E. Bacha; A. Lara Rezende, *Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil*, disponível em: <<http://iepecdg.com.br/>>.

pelas mudanças no tempo e no espaço, provocadas pelas transformações de uma sociedade cada vez mais fundada na informação técnica especializada. A ideia de soberania – conceito cujo contraponto se destaca por seu caráter espacial – é incompatível com o advento de redes eletrônicas que diluem as fronteiras com a transterritorialização dos mercados. Quanto mais eles se globalizam, menor tende a ser o poder de disciplina, tutela e regulação dos sistemas jurídicos nacionais. No limite, é como se estivessem condenados a exercer um papel menor, uma vez que a ideia de leis nacionais – inclusive a de Constituição – vai se revelando inconciliável com as regulamentações setoriais promovidas na economia globalizada por organismos multilaterais, como OMC, BM, FMI e OCDE. E a ideia de tempo diferido ou cronológico, subjacente tanto ao princípio do duplo grau de jurisdição dos tribunais quanto ao processo eleitoral, é incompatível com o tempo cada vez mais acelerado da economia.

Essa aceleração do tempo resulta da intensidade e da velocidade do processo de inovações científicas e tecnológicas. Trata-se de um processo que não termina jamais, não havendo assim um fim para a história econômica. Como dizia Joseph Schumpeter:

Essas revoluções não são permanentes. Elas ocorrem em explosões discretas, separadas por períodos de calma relativa. O processo como um todo, no entanto, não para, no sentido de que há sempre uma revolução ou absorção dos resultados de uma revolução”, afirmava o teórico do que chamava de “tempestade eterna da destruição criadora”.⁵

Ele se preocupava com crescimento e mudança, com inovações e discontinuidades, lembrando que o livre jogo de mercado passa por ondas, fases ou ciclos de forte turbulência – ou seja, de substituição de antigos negócios por

5. *Capitalisme, socialisme et démocratie*, disponível em: <<http://www.ecoleliberte.fr/>>.

novos empreendimentos, o que propicia comportamentos e expectativas que rompem a ordem estabelecida, aumentam as pressões competitivas e suscitam novas ordens estabelecidas, transformando incessantemente toda a sociedade. Progresso econômico significa tumulto na sociedade capitalista, concluía Schumpeter.

Nos dias atuais, a crescente velocidade do processo schumpeteriano de destruição criadora está corroendo os dois modelos de Constituição – tanto a fechada quanto a aberta. Com a sucessão cada vez mais veloz dos ciclos de concorrência e inovação, a vida útil dos bens, fórmulas e serviços inovadores diminui. Daí a necessidade que os agentes produtivos têm, para afastar os riscos de sucateamento precoce e de não amortização dos investimentos em tecnologia, de passar da escala nacional para a escala global, e de correr contra o tempo, procurando vender o mais rapidamente possível seus produtos inovadores. E é isso que faz com que a velocidade do processo econômico e, por consequência, da globalização dos mercados abra caminho para um novo circuito de produção normativa e represente uma ameaça à democracia.

Nesse cenário, é difícil equilibrar os diferentes tempos dos sistemas jurídico, político e econômico. O controle de tempo acaba, assim, sendo convertido em poder. Em seus primórdios, a época moderna instituiu novos geradores de tempo, como a produção, a técnica e o trabalho fordistas, que imprimiram um ritmo à sociedade e padronizaram uma noção de tempo em cada um desses sistemas. Graças à enorme capacidade de organização da sociedade industrial, essa sincronização do tempo funcionou de modo eficiente. Com o advento da sociedade informacional ao final do século xx, porém, na qual o processo de destruição criadora converteu antecipação e capacidade de movimento em sobrevivência econômica, essa sincronia se rompeu. Esse rompimento também ocorreu com a ideia de espaço territorial subjacente à sociedade industrial, dando vez a espaços

transterritorializados regulados por critérios cada vez mais centrífugos e flexíveis.

Nessa metamorfose da relação entre tempo e espaço, os mecanismos de exclusão tendem a ser hoje menos de ocupação territorial e mais de apropriação do tempo dos outros, sob a forma de aceleração, impaciência ou ausência de pontualidade. O tempo é fator de competitividade econômica e elemento fundamental nas táticas militares. Os novos estrangeiros não são os que vivem longe, mas os que vivem em outro tempo. O marginal não está na periferia, mas vive em outro tempo⁶. Essas mudanças entrecruzam uma nova forma de disparidade – a das formas sociais, a partir das quais se constrói uma nova hierarquia com o objetivo de unificar os tempos sociais, de tal modo que não existe apenas um desacordo entre o tempo da família, o tempo da escola e o tempo do sindicato, mas também uma dissonância entre os modos de harmonizar os tempos distintos.

O mundo vive com velocidades distintas, porque aparecem continuamente linhas de fratura entre diferentes dinâmicas. Decorre daí a falta de sincronia entre os avanços tecnológicos e a morosidade do direito, com sua intrincada sistemática de prazos e recursos. Também decorre daí a tensão entre eficiência econômica e legitimidade política; mais precisamente, a falta de sincronia entre o tempo real das decisões nos mercados de valores nos meios de comunicação e o tempo mais lento da política, com suas convenções partidárias, campanhas eleitorais, debates parlamentares e votações legislativas. A ciência e a tecnologia, assim como a economia, são mais rápidas em relação à regulação jurídico-política, e essa ausência de sincronia induz frequentemente o Legislativo a tomar muitas decisões anacrônicas e os

6. Cf. D. Innerarity, *La Sociedad de la Innovación: Notas Para una Teoría de la Innovación Social*, em D. Innerarity; A. Gurrutxaga, *Cómo es una Sociedad Innovadora?*; D. Innerarity, *Un Monde désynchronisé, Temps (science, art et philosophie)*, n. 2.

tribunais a tomar decisões muitas vezes desconectadas da realidade. O que muda, em outras palavras, não é apenas o contexto das atividades políticas e jurídicas, mas, igualmente, a própria política e o próprio direito, que acabam perdendo suas funções integradoras e sua força como vértices ordenadores da sociedade.

Nessa perspectiva, governar exige a coordenação temporal entre uma multidão de sujeitos, sistemas, sociedades e culturas que vivem num tempo plural. Legislar e regular demanda a observação do fluxo de coisas; exige ordenar o múltiplo sem reduzir ao idêntico; pressupõe o reconhecimento do pluralismo sem renunciar ao direito comum, unificar sem impor a fusão⁷. A democracia é convertida assim num jogo complexo de equilíbrios numa ordem de rapidez e lentidão. O pluralismo político se reflete como um pluralismo da temporalidade – veja-se, por exemplo, o tempo curto da opinião pública, o tempo médio do Legislativo e o tempo lento da elaboração de uma Constituição.

O projeto político da modernidade, que concebia a ordem legal como uma hierarquia lógico-formal de normas jurídicas claramente definidas, repousava em dois pilares. O primeiro era o da unidade do tempo histórico, da diferença entre o passado e o futuro e da ideia de progresso. O segundo pilar era o da compatibilidade do tempo de deliberação e da decisão política com o ritmo, a velocidade e o encadeamento da evolução social. Com isso, o projeto político da modernidade tinha condição de fazer face às necessidades que surgiam em cada esfera social, articulando os interesses coletivos por meio de programas, legislação e decisões executivas. Hoje isso se tornou anacrônico face à aceleração do tempo e da desterritorialização dos mercados. Como pode então a política exercer o papel de articuladora de processos tendencialmente autônomos?

7. *Ibidem*. Cf. também M. Castells, *Ruptura: A Crise da Democracia*.

A autodeterminação jurídico-democrática da sociedade requer pressupostos culturais, estruturais e institucionais que foram erodidos pela aceleração econômica e social. Essa aceleração tem um caráter despolitizador, na medida em que torna difícil a sincronização dos processos e sistemas e sobrecarrega a capacidade deliberativa do sistema político. Os Estados são lentos frente à rapidez das transações globais. Além da dificuldade de lidar com um processo que vai diferenciando a sociedade em subsistemas especializados, que tendem a adquirir autonomia, com racionalidades específicas, o direito positivo não suporta o ritmo, a intensidade e o alcance da transnacionalização da economia. Assim, governar se torna um problema, uma vez que as instituições políticas tendem a ver sua esfera de influência diminuir, em decorrência das exigências complexas de decisão e pressão midiática em favor de soluções rápidas.

Com isso, as instituições jurídicas e políticas enfrentam hoje um dilema: por um lado, têm de se adaptar ao desenvolvimento acelerado da ciência e da tecnologia. Mas, por outro, não conseguem acompanhar a velocidade da produção de um saber técnico cada vez mais especializado. Enquanto a tecnologia progride rapidamente, a velocidade das decisões políticas é limitada pelos procedimentos intrínsecos ao funcionamento do Legislativo e do Executivo. O Estado que surgiu como fator dinâmico nas sociedades modernas, graças à racionalidade administrativa e à profissionalização da burocracia, agora aparece como trava ou obstáculo ao desenvolvimento social. Daí as pressões pela desburocratização e pela descentralização como estratégia para acelerar as decisões da administração pública, por um lado, e abrir caminho para uma crescente potestade normativa, à imagem da *Lex mercatoria*, por outro.

Essa busca por maior eficácia explica também o deslocamento dos procedimentos deliberativos de decisão para grupos de especialistas e sistemas de peritagem,

que são mais ágeis, porém menos transparentes, menos representativos e carentes de legitimação democrática. Quanto mais complexas e controvertidas são as decisões administrativas e políticas, mais tendem elas a ser transferidas para grupos de especialistas e de interesses nos organismos multilaterais, acelerando os processos de fragmentação do direito segundo lógicas setoriais de uma produção jurídica não estatal. Com isso, as instituições jurídicas centralizadoras do Estado-nação perdem jurisdição e espaço, competência e alcance. Como as situações mais importantes a serem reguladas já estão fora da dimensão nacional, o que tem sido estimulado pelas estratégias de realocação industrial e de divisão interna do trabalho das empresas mundiais, com a centralização das funções de decisão e inovação e a terceirização das operações industriais, comerciais e de serviços, a operação do direito vai deixando de ser territorial para assumir dimensões funcionais em escala transterritorial, ainda que com limites temáticos. A unidade do direito cede lugar a fragmentos jurídicos condicionados pelas lógicas que orientam os diferentes campos sociais aos quais se referem, afirma um autor de formação sistêmica, como Günther Teubner⁸. "Sobre este palco agem diversos sujeitos, cada um recortando uma parte do poder antes unificado nos Estados nacionais, exercendo este poder fora de qualquer controle e visibilidade", diz Stefano Rodotà, em outra perspectiva analítica⁹.

Em suma: num mundo temporalmente cada vez mais acelerado e espacialmente sem um centro institucional preciso, devido às pressões centrífugas inerentes às diferentes racionalidades dos sistemas sociais e econômicos, com suas direções diversas e muitas vezes conflitantes, a sociedade tende a perder a capacidade de se transformar

8. Cf. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*.

9. Palestra proferida no Rio de Janeiro em 11 de março de 2003, disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/>>.

pela atividade política. Esta pressupõe livre escolha, livre discussão e deliberações com base na regra de maioria - pressupostos que colidem com a lógica de mercados unificados. As instâncias mais poderosas de determinação do tempo, como é o caso, por exemplo, do sistema financeiro, não são democraticamente controlados e controláveis. Assim, na política o desafio é saber se, apesar da complexidade do mundo contemporâneo, uma sociedade pode configurar seu tempo coletivo por meio da ação política, atribuindo-lhe um sentido e a resolução dos problemas acarretados por uma aceleração discriminatória. No direito, o desafio é superar teorias jurídicas que se movem num vazio histórico e institucional; é repensar os paradigmas jurídicos a partir de uma nova arquitetura constitucional; é enfrentar uma situação-limite, expressa pela negação das noções formalistas de direito positivo e, ao mesmo tempo, necessitar de instituições jurídicas capazes de dar conta da pluralidade de conflitos surgidos em contextos sociais fortemente marcados por desigualdades, exclusão e anomia.

Enquanto esse desafio não for enfrentado, as eventuais discussões entre os presidencialistas sobre a importância e o alcance da reforma da Constituição continuarão como hoje, pecando por falta de foco, de precisão técnica e de reflexão analítica.

4. SEMIPRESIDENCIALISMO, UMA IDEIA FORA DE LUGAR

*Nossos legisladores não conhecem -
e mesmo desdenham conhecer -
o país e o povo para que legislam.*

OLIVEIRA VIANNA, *Instituições Políticas
Brasileiras.*

*Ao longo de sua reprodução social,
incansavelmente o Brasil põe e repõe ideias
europeias, sempre em sentido impróprio.
É nesta qualidade que elas serão matéria e
problema para a literatura.*

ROBERTO SCHWARZ, *Ao Vencedor as
Batatas.*

Pressionado em razão da péssima imagem de sua gestão a criar fatos políticos positivos, o presidente Michel Temer

propôs há alguns meses, com apoio de um ministro do Supremo Tribunal Federal, a adoção do semipresidencialismo como sistema de governo. Com isso, ao invocar os modelos vigentes na França, desde 1958, e em Portugal, desde 1983, Temer e esse ministro do Supremo Tribunal Federal recolocaram na agenda um conhecido problema: o descompasso entre ideias e doutrinas europeias importadas pelas classes dirigentes, em matéria de instituições políticas, e as condições econômicas, sociais e culturais do país.

No plano doutrinário, a expressão semipresidencialismo foi criada por Maurice Duverger, jurista francês que se dedicou à análise dos partidos políticos, da efetividade das Constituições e de formas de governo. Ele a apresentou em diversos ensaios e conferências, inclusive em entrevista a mim concedida em 1980 e publicada pelo *Jornal da Tarde*. Institucionalmente, no semipresidencialismo o presidente da República é eleito por voto popular e comanda o Executivo, mas indica um primeiro-ministro que exerce a função de coordenação do governo e pode ser destituído a qualquer momento, se perder a confiança parlamentar. Ou seja, o primeiro-ministro e o ministério são responsáveis perante o Parlamento. Obviamente, para funcionar bem, esse modelo pressupõe um sistema partidário organizado, com agremiações representativas e dotadas de identidade ideológica. Ainda que existam algumas diferenças entre os modelos francês e português, nesse modelo o presidente da República acaba detendo uma espécie de poder moderador.

Contudo, é possível transplantar esse sistema de governo no Brasil, cuja história política é distinta da de Portugal e da França? Até que ponto ideias importadas não acabam ganhando outros significados, apesar de manterem a aparência de sua significação nos países de origem? Assim, a dúvida é saber se o semipresidencialismo pode funcionar num país que, apesar das radicais mudanças econômicas e demográficas ocorridas entre as

décadas de 1940 e 1990, continua marcado pela pobreza, pelo baixo nível educacional e pelas disparidades regionais – o que não ocorre na França e, em menor escala, em Portugal. O Brasil é um país onde as estruturas econômicas nasceram despegadas de um projeto de nação. É também um país cuja institucionalidade até hoje continua longe de ser moderna e eficiente e em que as formas de articulação entre Estado e sociedade civil jamais propiciaram uma efetiva emancipação dos segmentos desfavorecidos da população. É, ainda, um país que se acostumou a mudar as regras do jogo a cada impasse político, como se isso bastasse para que todas as dificuldades fossem equacionadas. Trata-se, enfim, de um país em que, desde a Constituição republicana de 1891, as instituições políticas foram moldadas pela concepção de um Estado liberal baseado nos primados da separação de poderes, da garantia formal de direitos civis e da democracia representativa. No plano substantivo, porém, esse Estado até hoje enfrenta dificuldades para se sobrepor às diferentes formas de coronelismo, clientelismo, populismo e cartorialismo disfarçado de mercado. Em outras palavras, no plano formal o país conta com instituições forjadas a partir de uma utopia europeizante ou americanizada, que têm se revelado incapazes de pôr fim às desigualdades e de propiciar um regime comum de valores.

Por isso, as tensões que caracterizam a vida brasileira continuam tendo como causa principal o descompasso entre as expectativas criadas pelo modelo de industrialização das décadas de 1940 a 1980 no conjunto da população e o acesso limitado aos resultados concretos por ele produzidos. Assim, apesar da necessidade de uma tomada de consciência coletiva em relação à ruptura dos gargalos estruturais que impedem o desenvolvimento econômico e social do país, os impasses e as discussões do passado continuam sem respostas no presente. Como organizar o debate sobre o sentido do progresso quando falta autoridade governamental? De que modo obter um

consenso social mínimo em torno de um projeto nacional capaz de catalisar valores e anseios por meio de procedimentos democráticos? Quais devem ser as funções do Estado? Em que medida as funções de planejamento estratégico de investimentos e garantia das condições mínimas de funcionamento da economia e da sociedade conseguem acompanhar a crescente complexidade das técnicas de produção e da vida coletiva? Por fim, até que ponto é possível aceitar – cruzando-se a zona cinzenta entre moralidade e amoralidade e lembrando o tradicional embate entre burocracia profissional e política –, a distribuição de cargos e funções de Estado por meio de negociações com líderes de um sistema partidário fragmentado e desacreditado, em nome da viabilização da agenda do Executivo?

É nesse contexto que se deve analisar a proposta de adoção do semipresidencialismo. Pelo que tem sido dito por seus proponentes, as questões acima não foram levadas em conta no embasamento dessa propositura. Igualmente, seus objetivos não confessados parecem ser meramente pragmáticos, já que o governo tornou-se refém de interesses múltiplos e contraditórios, de demandas corporativas e setores econômicos conflitivos e de pressões regionais. Também nada foi dito sobre o enxugamento de cargos comissionados e sobre a limitação dos poderes dos governantes para autorizar nomeações – medidas necessárias para blindar cargos e funções do Estado contra nomeações de amadores, irresponsáveis e desonestos. Em nenhum momento, seus autores demonstraram ter consciência dos problemas de engate ou acoplamento entre a estrutura política e as estruturas sociais e econômicas – o que exigiria, certamente, sabedoria política e um esforço teórico de maior amplitude do que a simples alegação de que o semipresidencialismo deu certo na França e em Portugal.

Governos e governantes têm de atuar dentro dos limites constitucionais com apoio parlamentar. O problema

é que, para corresponder às expectativas da população e atender às reivindicações daqueles que os sustentam no Legislativo, presidentes da República muitas vezes deixam-se seduzir por programas incompatíveis com a Constituição. Esse é o momento em que os dois princípios da legitimidade de um governo – o respeito à Constituição e a obediência a um mandato substantivo que vem diretamente da vontade popular – podem colidir, paralisando a máquina governamental e levando o Estado a perder as noções de estratégia e prioridade. Pressionado por bancadas partidárias heterogêneas, muitas das quais de duvidosa representatividade, carentes de credibilidade e que atuam como grupos de veto, ao mesmo tempo que dificultam a formação de maiorias responsáveis capazes de destravar o caminho das decisões de interesse nacional, esse cenário leva os chefes do Executivo a um dilema: respeitar a Carta que prometeram cumprir ou apelar para saídas heterodoxas, nas quais se inclui a substituição de sistemas de governo.

A importação de modelos institucionais europeus ou americanos sempre foi fortemente criticada pelo pensamento político-social brasileiro. Na vertente conservadora, Oliveira Vianna classificou como idealistas utópicos aqueles que se deixaram fascinar por “modelos estranhos e fórmulas políticas estrangeiras”, ou seja, “aspirações políticas em íntimo desacordo com as condições reais e orgânicas da sociedade”¹⁰. Crítico das doutrinas constitucionais europeias e americanas, que a seu ver não se adequavam a uma “visão realista” do país, também chamou a atenção para o descompasso entre concepções liberais de Estado e ordem jurídica e as efetivas condições de uma sociedade dispersa, desarticulada e fragmentada. E lembrou, em *O Ocaso do Império*, que os partidos daquela época constituíam “simples agregados de clãs organizados para a exploração em comum das

10. *O Idealismo da Constituição*, p. 10.

vantagens do Poder” e que “os programas que ostentavam eram, na verdade, simples rótulos, sem outra significação que a de rótulos”¹¹. Dito de outro modo, ideias e modelos políticos aplicados em outro contexto institucional e conforme outras circunstâncias socioeconômicas acabam produzindo ocorrências e consequências não registradas em seus países de origem. Na vertente à esquerda, valendo-se do conceito marxista de ideologia, Roberto Schwarz analisou o deslocamento das ideias europeias adotadas no Brasil e seu impacto na literatura brasileira no século XIX. Segundo ele, as ideias oriundas do universo burguês europeu já estavam fora de centro com relação ao seu uso na própria Europa, naquele momento histórico. Assim, se o discurso liberal já mascarava a realidade social e econômica da Europa, no Brasil seu sentido era ainda mais defasado. Na virada do século XIX para o XX, enquanto o federalismo instituído pela Constituição de 1891 foi importado dos Estados Unidos, o Legislativo funcionava nos moldes do parlamento inglês e uma burocracia de letrados se embevecia com a utopia europeizante, a sociedade ainda continuava organizada em torno da escravatura.

Independentemente das diferenças de orientação e de abordagem, essas duas linhas de argumentação podem, a meu ver, ser utilizadas para se analisar não só a tese do semipresidencialismo, mas também a forma como ela tem sido justificada e a proposta para que seja aprovada por emenda constitucional, sem consulta ao eleitorado por meio de um plebiscito.

11. *O Ocaso do Império*, p. 19

5. ALTERNATIVAS DE ARBITRAGEM PARA A PARALISIA DECISÓRIA

Diante da atual paralisia decisória no âmbito da política e da economia e dos impasses jurídicos e institucionais dela decorrentes, levando ao *impeachment* de uma presidente da República, creio ser útil tirar da gaveta dois artigos clássicos sobre o tema. Com o título “Obstáculos políticos ao crescimento econômico do Brasil”¹², o primeiro texto é de Celso Furtado e foi apresentado em 1965 durante um seminário promovido em fevereiro de 1965 pelo Royal Institute of International Affairs (Chatam House)¹³. Com o título “Presidencialismo de coalisão: o dilema institucional brasileiro”,

12. Cf. *Revista Civilização Brasileira*, v. 1, n. 1.

13. O texto foi concluído em setembro de 1964, quando Celso Furtado encontrava-se exilado, passando um período acadêmico na *Yale University*. A versão em português foi publicada pela *Revista Civilização Brasileira*, v. 1, p. 129-145. A revista só teve cinco volumes, uma vez que foi fechada pela ditadura militar.

o segundo texto é de Sérgio Abranches e foi publicado em 1988 por uma revista do antigo Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (Iuperj)¹⁴, quando a Assembleia Constituinte encontrava-se diante de um impasse: dada a ausência de forças majoritárias capazes de definir uma linha programática precisa para a Carta que então se redigia, ela corria o risco de introduzir inovações políticas que poderiam levar a democracia a um quadro de ingovernabilidade. Ainda que sigam orientações diferentes e tenham sido escritos em momentos históricos distintos, os dois artigos têm sólida fundamentação teórica, destacam-se pela precisão analítica e têm o presidencialismo de coalizão como objeto, entre outros temas¹⁵.

Ao identificar os obstáculos políticos que então impediam o Brasil de crescer, Furtado aponta os tipos de federalismo e de presidencialismo prevaletentes no país. Ao atribuir grande força no Senado às regiões mais atrasadas e com baixa densidade populacional, nas quais as pequenas unidades federativas agrícolas tinham influência decisiva, ele colocou essa casa legislativa – que representa os estados – sob o controle de minorias

14. Cf. S. Abranches, *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro, Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34. Hoje descontinuada, a revista foi publicada durante décadas pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (Iuperj).

15. Desde já esclareço que, na leitura desses dois textos, tomei como contraponto o entendimento de que o sistema político brasileiro é condicionado por uma simbiose entre um Estado central de cariz patrimonial-burocrático e elites regionais oriundas de setores economicamente atrasados e dependentes do apoio político e financeiro da União para sobreviver. O que qualifica esse tipo de Estado, afirma Schwartzman em sua respeitada tese de doutorado, é o fato de que o acesso ao poder não seria um meio para a garantia de determinados interesses de grupos ou classes determinadas, porém um fim em si mesmo, pelos benefícios que os cargos públicos e o controle de recursos extraídos pela máquina governamental podem proporcionar. Assim, as elites políticas das regiões economicamente mais atrasadas não seriam representantes de seus respectivos Estados. Seriam, sim, intermediários entre a máquina administrativa da União e as populações de suas regiões. Trata-se, pois, de uma intermediação na qual vivem e da qual se alimentam. Cf. Simon Schwartzman, *São Paulo e o Estado Nacional*, p. 21-25.

carentes de efetiva representatividade e com poderes oligárquicos e uma visão de mundo pouco refinada. Tendo a maioria no Senado, essas minorias oligárquicas acabam dispondo de uma posição privilegiada na disputa pelo controle das instituições políticas e, por consequência, da definição das prioridades orçamentárias e dos gastos públicos. Já as regiões mais desenvolvidas e densamente povoadas se fazem presentes nas eleições para a Câmara dos Deputados – que representa a sociedade e cujo número de parlamentares é proporcional à população de cada estado – e para o Executivo. Na Câmara, o problema seria o populismo com base nas massas trabalhadoras urbanas, cuja heterogeneidade exige dos líderes populistas compromissos contraditórios e disfuncionais¹⁶.

Já no âmbito do Poder Executivo, o discurso vencedor nas eleições majoritárias, independentemente das ideologias das agremiações partidárias, é o que expressaria as reivindicações do Brasil moderno, onde se concentra a esmagadora maioria do eleitorado. Em seu artigo, Celso Furtado vê o governo federal basicamente como um aparelho arrecadador de impostos nas zonas urbanas e nas regiões mais desenvolvidas do país – impostos esses que se destinam ao financiamento e à manutenção de uma máquina administrativa sob controle de uma velha classe dirigente e servindo aos interesses desta. “Assim, tem sido possível mobilizar recursos das zonas mais desenvolvidas, principalmente dos centros urbanos, para manter um sistema de poder baseado na velha estrutura latifundiária”, diz ele¹⁷.

16. “O populismo pretende dialogar com massas heterogêneas, prometendo-lhes satisfação para as aspirações mais imediatas, sem qualquer preocupação com as consequências que daí poderiam advir a mais longo prazo. Por essa razão, todo grupo que atua organicamente dentro de um projeto seja de desenvolvimento histórico, seja de preservação de um conjunto de valores, tende a conflitar com os movimentos populistas”, diz Furtado (op. cit., p. 141).

17. Na sequência, Furtado afirma que “o candidato à Presidência poderia haver-se proposto um programa realista, tendo em conta o poder que detêm aqueles que controlam tanto o Congresso como ▶

Esse quadro embute o risco de sucessivos impasses políticos, de graves tensões institucionais e, no limite, de uma potencial paralisação entre o Executivo e o Legislativo. Muitas vezes isso acaba pondo em xeque o chamado "poder de agenda" do Executivo¹⁸. Igualmente, gera insegurança institucional e incertezas que induzem os agentes econômicos a adiar as decisões de investimento. Nessas circunstâncias, diz Furtado, para legitimar-se um presidente da República tem de "operar dentro dos princípios constitucionais". No entanto, para corresponder às expectativas do Brasil moderno que o elegeu, "principalmente da população urbana consciente politicamente", tem de estabelecer metas e alcançar objetivos que são fiscal e administrativamente incompatíveis com os condicionamentos e as limitações políticas criadas dentro das mesmas regras constitucionais pelo Congresso controlado pelas classes dirigentes tradicionais. "Assim, os dois princípios de legitimação da autoridade – a subordinação ao marco constitucional e a obediência ao mandato substantivo que vem diretamente da vontade popular – entram em conflito, criando para o presidente a disjuntiva de trair seu programa ou forçar uma saída não convencional, que pode ser, inclusive, a renúncia"¹⁹.

▷ grande parte do aparelho de Estado. Mas, nesse caso, ele simplesmente não conseguiria eleger-se, pois sempre apareceria outro candidato disposto a oferecer às massas a promessa que estas estão exigindo. A massa, pelo fato mesmo de que é amorfa, não tem qualquer possibilidade de participar do processo político, exceto no momento da barganha de seu voto contra promessas eleitorais" (C. Furtado, op. cit., p. 143-144).

18. A expressão é de Fernando Limongi e Argelina Figueiredo. Poder de agenda é a capacidade do Executivo de determinar quais propostas serão objeto de consideração pelo Congresso e quando o serão. Maior poder de agenda implica a capacidade do Executivo de influir diretamente nos trabalhos legislativos. Inversamente, menor poder de agenda pode ser visto quando presidentes fracos carecem de capacidade de interferência nos trabalhos legislativos. São obrigados a negociar, pois sabem que, sem concessões, não terão seus projetos votados e aprovados. Dos autores, cf. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 44, p. 88, disponível em: <<http://www.scielo.br/>>.

19. C. Furtado, op. cit., p. 140.

O quadro é agravado pelo comportamento oportunista dos parlamentares que representam as minorias oligárquicas das regiões atrasadas²⁰ e também pelo comportamento cambiante e contraditório de líderes populistas eleitos pelas regiões mais desenvolvidas. Nem os primeiros nem os segundos teriam sensibilidade, competência, coerência e senso de responsabilidade em matéria fiscal. Por isso, todas as vezes que toma iniciativas nos campos tributário e orçamentário, o Executivo é emparedado por pressões, demandas irrealistas e chantagens, o que tende a paralisar a administração pública – e as saídas de que o presidente da República dispõe, na base de concessões aos partidos que o apoiam, levam à dispersão de recursos escassos e a gastos irracionais. Cria-se assim um círculo vicioso pelo qual a feudalização do poder é causa da ineficiência administrativa e esta é condição para que continue a fragmentação do poder, realimentando as condições que levam à paralisação decisória. Como destravar esse quadro e restabelecer o funcionamento das instituições? – indaga Furtado. O ideal seria que a resposta se desse com base na ordem constitucional. Contudo, à medida que ela também acabou submersa nesse cenário de ingovernabilidade no início da década de 1960, isso acabou criando as condições para um recurso extremo: a arbitragem militar, com as Forças Armadas convertidas numa espécie de corte suprema de julgamentos sobre os "limites constitucionais" do conflito²¹. Ela não eliminou as causas do conflito, mas

20. "O controle da máquina administrativa federal por grupos políticos locais constitui sério obstáculo a toda tentativa de racionalização dessa máquina. Por outro lado, a ineficiência que daí resulta para os órgãos administrativos limita a eficácia do governo central e fortalece os centros locais de poder." (Ibidem, p. 143).

21. Este papel obriga as Forças Armadas a "abdicar da função de juiz *in extremis* da legitimidade dos conflitos para ser parte desde o início dos próprios conflitos e, pois, sufocá-los ou considerá-los, todos, ilegítimos", lembra Wanderley Guilherme dos Santos no ensaio "A Práxis Liberal no Brasil: Propostas Para Reflexão e Pesquisa" (*Ordem Burguesa e Liberalismo Político*, p. 114).

criou condições para a ruptura do impasse, com todo o custo que isso representou em matéria de supressão de liberdades públicas e garantias fundamentais.

A paralisia decisória e a necessidade de uma arbitragem para destravá-la, com o objetivo de assegurar condições mínimas de governabilidade do país e um tratamento adequado de múltiplas e contraditórias demandas sociais, também é o objeto da análise de Sérgio Henrique Abranches. Ele parte de algumas premissas. Em primeiro lugar, as demandas de uma sociedade heterogênea, como a brasileira, tendem a crescer exponencialmente em decorrência do fim do período de repressão de conflitos de interesse. Em segundo lugar, um relacionamento tenso e conflitivo entre o Executivo e o Legislativo e a ausência de um consenso sólido sobre a nova ordem política podem gerar graves problemas para a normalidade democrática. Em terceiro lugar, um sistema partidário fraco e altamente fragmentado dificulta a formação de maiorias consistentes e estáveis, capazes de assegurar a governabilidade. E, em quarto lugar, a multiplicação de demandas exacerba a tendência histórica de intervencionismo do Estado. Ele se divide em inúmeros órgãos governamentais, que desenvolvem diversos programas, beneficiando clientelas distintas – e, muitas vezes, com reivindicações conflitantes. Proliferam-se, assim, os incentivos e subsídios, ao mesmo tempo que a rede de proteção e as regulações estatais se multiplicam. Esse movimento tende a limitar progressivamente a capacidade de ação governamental²². Ao impedir o reordenamento e a racionalização dos gastos públicos e a formulação de programas consistentes e coerentes, a inércia burocrática e orçamentária do governo – José Sarney era o presidente à época – está na

22. "Verifica-se, portanto, o enfraquecimento da capacidade do governo, seja para enfrentar crises de forma mais eficaz e permanentemente, seja para resolver os problemas mais agudos que emergem de nosso próprio padrão de desenvolvimento", diz S. Abranches (Presidencialismo de Coalisão [...]), *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1, p. 6.)

raiz do dilema institucional brasileiro. Ele se define pela "necessidade de se encontrar um ordenamento institucional eficiente para agregar e processar as pressões derivadas de um quadro social, político e partidário heterogêneo, adquirindo assim bases mais sólidas para sua legitimidade, que o capacite a intervir de forma mais eficaz na redução das disparidades e na integração da ordem social"²³.

A transição da ditadura para democracia e a convocação da Assembleia Constituinte, entre 1985 e 1986, ampliaram o número de cidadãos a reivindicar direitos e provocaram uma explosão de demandas reprimidas, que se somaram àquelas já então presentes na pauta decisória. Por um lado, isso produziu uma sobrecarga na agenda de um Estado com notórias limitações fiscais. Por outro, exacerbou conflitos entre o Executivo e o Legislativo, que se processaram sem limites claros, bem definidos e compartilhados²⁴. Esse cenário foi agravado pela fragmentação de um sistema partidário incapaz de representar o perfil heterogêneo, plural, diferenciado e desigual da sociedade, o que dificulta a formação de maiorias estáveis e obriga os governos a recorrer a coalizões cada vez mais precárias e contraditórias²⁵. Como Furtado, Abranches fala no impacto da desigualdade regional no cotidiano do Legislativo e nas pressões de gastos sobre o Executivo.

23. *Ibidem*, p. 7-8.

24. Para Abranches, a Assembleia Constituinte exacerba "os problemas oriundos dessa fluidez institucional, reavivando os conflitos entre Legislativo e Executivo, os quais se processam [...] na ausência de mecanismos institucionalizados e legítimos de mediação e arbitragem. Os riscos de crises institucionais cíclicas permanecem altos e praticamente inevitáveis" (*Ibidem*, p. 9).

25. Bolívar Lamounier chama o cenário desse período histórico de "paralisia hiperativa". Ele envolve "uma síndrome de governabilidade em declínio, causada por um sentimento generalizado de insegurança entre as elites do país a respeito de sua coesão e legitimidade e agravada por uma tendência equivocada a querer solucionar um problema sobrecarregando constantemente a agenda política". Cf. *A Democracia Brasileira de 1986 à Década de 1990: A Síndrome da Paralisia Hiperativa*, em João Paulo dos Reis Velloso (org.), *Governabilidade, Sistema Político e Violência Urbana*.

Também lembra que a combinação de critérios partidários e regionais na formação dessas coalizões afeta a qualidade operacional dos ministérios mais estratégicos. Ao mesmo tempo, torna os órgãos e ministérios menos estratégicos em jurisdições cativas de determinados partidos e estados, abrindo caminho para que as lideranças políticas criem conexões burocrático-clientelistas que elevam os "prêmios" associados a ministérios secundários²⁶. Ministérios de "gastos ou clientelas", como os da Saúde, Educação e Agricultura, tendem a ser ocupados pelo critério regional, enquanto os ministérios de "direção", como os da Justiça, Indústria e Comércio e Relações Exteriores, tendem a ser ocupados pelo critério partidário.

O presidencialismo de coalizão, no qual os partidos da base se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória, é assim um sistema de alto risco, "cuja sustentação se baseia no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão"²⁷. E essa instabilidade tende a crescer ainda mais na transformação das alianças em coalizões efetivamente governantes para enfrentar situações decorrentes da deterioração do ambiente econômico, tais como descontrolado monetário, desequilíbrio cambial, preços distorcidos, redefinição de prioridades para o gasto público, aumento da carga tributária, mudanças nas regras previdenciárias e arrocho salarial. Por exemplo, uma coalizão pode formar-se com base em amplo consenso político e ser liquidada pela divergência quanto a princípios e orientações de política econômica ou de política social²⁸.

26. Cf. S. Abranches, *Presidencialismo de Coalizão [...]*, *Dados - Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1.

27. *Ibidem*, p. 27.

28. Para uma análise aprofundada desse cenário, e em perspectiva analítica distinta da de Abranches, ver F. Limongi e A. Figueiredo, *op. cit.*, p. 81-106.

Quando isso acontece, o relacionamento do governo com as bases majoritárias de sustentação se enfraquece, o que aumenta a polarização, estimulando novos embates. Com isso, a superação negociada dos conflitos torna-se cada vez mais difícil, tensa e sujeita a riscos de contingência, uma vez que essa polarização amplia desmesuradamente as concessões que um presidente da República tem de fazer – inclusive ao que há de mais paroquial na representação parlamentar – para se manter no comando. De polarização em polarização, de embate em embate, a paralisia decisória se converte num círculo vicioso, na medida em que cada fracasso se alimenta do fracasso anterior. A situação tende a piorar se ele estiver rompido com seu próprio partido, uma vez que aí estará enfrentando não apenas a oposição da maioria parlamentar, mas, igualmente, a desconfiança de seus próprios aliados.

Nessa ordem de coisas, diz Abranches, um cenário possível é aquele em que o presidente da República – com a popularidade já bastante erodida – torna-se cativo de seu partido, delegando sua própria autoridade, perdendo a chamada "capacidade normativa de conjuntura"²⁹ e ampliando o potencial de conflito entre o Legislativo e o Executivo. O presidente se mantém, mas, alimentando com isso a inépcia do governo, o equilíbrio político se torna cada vez mais precário, o que agrava a ineficiência do sistema de freios e contrapesos e embute um alto risco para a estabilidade do próprio regime democrático. Outro cenário seria o da alternativa cesarista ou bonapartista, igualmente prejudicial à normalidade democrática. Nele, o presidente enfrenta o partido, confronta o Legislativo e tenta afirmar sua autoridade com base na força. "A submissão do Legislativo ou a submissão do presidente

29. Capacidade normativa de conjuntura é a edição de normas pelo Executivo, como resposta à exigência de produção imediata e flexível de dispositivos legais decorrentes das flutuações da conjuntura econômica. Nesse sentido, ver J.P.C.V. da Rocha, *A Capacidade Normativa de Conjuntura Econômica*.

representam, ambas, a subversão do regime democrático. Este é um risco sempre presente, pois a ruptura da aliança, no presidencialismo de coalização, desestabiliza a autoridade presidencial”, afirma o autor³⁰. Diante desses cenários, ele recorre à mesma ideia desenvolvida por Furtado – a necessidade de uma arbitragem. A diferença entre eles é que o primeiro chamou a atenção para o risco da arbitragem militar (da qual foi vítima, com a cassação de seus direitos políticos e o exílio no Chile e na França). Já o segundo fala de um “nível superior” de arbitragem – mais precisamente, de uma “arbitragem adicional” aos mecanismos institucionalizados de regulação de conflitos. Ela preservaria a autoridade presidencial, por um lado, e a autonomia legislativa, por outro, neutralizando com isso o risco de um “conflito indirimível” capaz de levar à ruptura do regime democrático.

Nos tempos imperiais, essa arbitragem foi exercida pelo Poder Moderador, um mecanismo autoritário instituído pelo imperador D. Pedro I na Constituição outorgada de 1824. A República Velha dependeu do equilíbrio da política de governadores, com base na qual o presidente representava a coalisão majoritária, sendo os períodos de instabilidade aqueles em que as principais oligarquias não se entendiam. E nos dias de hoje? Por exemplo, em que medida uma Corte Suprema não poderia, ao interpretar a Constituição quando provocada pelos demais poderes, oferecer balizas jurídicas para o encaminhamento de soluções? Não se trata de convertê-la na condição de árbitro no plano substantivo, mas de fazê-la agir de modo eficiente no plano procedimental, preservando a engenharia constitucional. Para Abranches, o dilema institucional brasileiro resolve-se com instrumentos que garantam o equilíbrio constitucional e reduzam a dependência das instituições ao destino da Presidência da República, evitando que ela se torne o

ponto de convergência de todas as tensões. Não é da *fortuna*, mas da *virtú* – mais precisamente da capacidade de se criar mecanismos e instituições – que pode advir a garantia da normalidade democrática, evitando que “a desordem e o autoritarismo constituam nosso fado e nossa tragédia”. A seu ver, esse papel pode ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, desde que a instituição aja apenas no plano procedimental, com base na Constituição – e em hipótese alguma no plano substantivo, privilegiando questões de conjuntura em detrimento de questões relativas a regras e procedimentos constitucionais³¹.

Entre os meses de outubro e dezembro de 2015, as instituições capazes de promover as duas arbitragens acima mencionadas se manifestaram. Por um lado, em raro pronunciamento público, o comandante do Exército, general Eduardo Dias da Costa Villas Bôas, afirmou que, quando os problemas sociais se agravam, eles geram violência e põem em risco a estabilidade do país. “E aí nós nos preocupamos, porque isso passa a nos dizer respeito diretamente”³². Por outro lado, agindo como *locus privilegiado* no qual grupos, partidos e setores do Executivo e do Legislativo têm a oportunidade de reverter

31. “Nada há de exótico, impertinente, inconstitucional ou antidemocrático na intervenção do Judiciário no limite de suas atribuições constitucionais, ou no recurso político ao mecanismo de *impeachment* diante da suposição de crime de responsabilidade pelo presidente da República. São procedimentos legítimos e legais de nossa ordem constitucional. O *impeachment* é um processo eminentemente político, previsto pela Constituição e pela lei. O que se deve discutir são as causas dos impasses políticos, que levam à judicialização e ao recurso extraordinário aos procedimentos de *impeachment*. Refiro-me a causas institucionais e estruturais, não às motivações conjunturais de personalidades políticas específicas”, afirma Abranches, numa releitura de seu texto de 1988 à luz da crise brasileira de 2015. Cf. S. Abranches, *Presidencialismo de Coalisão* [...], *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1. A íntegra da releitura de Abranches pode ser encontrada em seu site na internet, disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/ecopolitica>>.

32. Entrevista, “Somos um País Que Está à Deriva”, *Valor Econômico*, 17 fev. 2017.

30. *Ibidem*, p. 31.

derrotas nos demais *loci* em que se desdobra ou desenvolve o processo decisório, o Supremo Tribunal Federal não se limitou a enquadrar o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), impedindo-o de converter o rito de aceitação de processo de *impeachment* em instrumento de chantagem para tentar se livrar das graves acusações de corrupção que lhe foram dirigidas pela Procuradoria-Geral da República. Em julgamento polêmico, a corte foi muito além, determinando que, apesar de caber à Câmara a prerrogativa de autorizar a abertura do processo, quem teria a competência de decidir sobre a instauração do *impeachment* seria o Senado.

Com o aprofundamento da crise nos meses seguintes³³, o Supremo Tribunal Federal foi classificado como “poder acovardado” por um ex-presidente da República acusado de buscar cargo ministerial para obter foro privilegiado e fugir do rigor de um juiz federal de primeira instância, o que levou seus ministros e ex-ministros a fazer contundentes pronunciamentos em defesa da instituição. Entre outras críticas ao ex-presidente da República, eles afirmaram que o *impeachment* é um processo previsto pela Constituição e que, se as regras por ela estabelecidas forem respeitadas pelo Poder Legislativo, o afastamento de um chefe do Executivo não pode ser considerado um ato de arbítrio jurídico e de violência política. “O *impeachment* é um instrumento legítimo pelo qual se objetiva viabilizar a responsabilização política de qualquer presidente da República, não importa quem seja e a qual partido esta pessoa esteja filiada. É um instrumento posto à disposição da cidadania porque só o eleitor tem legitimidade para provocar a abertura do processo de *impeachment*”, disse o decano da corte, o ministro José Celso de Mello Filho³⁴. Dois dias antes, motivado pela radicalização dos protestos e pelas promessas de alguns líderes de movimentos

33. E que culminou com o afastamento da presidente Dilma Rousseff por determinação do Senado, em 13 de maio de 2016.

34. *O Globo*, 27 mar. 2016.

sociais de “incendiar o país” caso o *impeachment* fosse aprovado, o general Villas Bôas reafirmara que uma eventual intervenção do Exército ocorreria somente respaldada pela Constituição e pelas leis complementares do país. “O Exército é uma instituição de Estado e, nos momentos de crise, as instituições sólidas acabam se tornando referência para a sociedade como um todo. A ela miram e dela aguardam atitudes que sinalizam como sair da crise. Toda e qualquer atitude nossa será sempre condicionada ao acionamento de um dos poderes da República”, concluiu ele³⁵.

Diante das acirradas discussões causadas pelo alcance das falas do comandante do Exército e das decisões do Supremo, bem como da instabilidade política causada pelos pedidos de prisão – enviado à corte pela Procuradoria-Geral da República – do presidente do Senado e do presidente do PMDB, o maior partido político do país, é possível então perguntar qual das duas arbitragens poderá prevalecer nos dias de hoje: a militar, que tem implícitas as ideias de segurança e consecução no curto prazo das condições de estabilização monetária e fiscal, ou a arbitragem judicial, em que – por princípio – estão implícitas as ideias de Constituição como garantidora da *polity* e da *politics* e de restabelecimento a médio e longo prazos das condições de governabilidade? E, dependendo da resposta, também é possível perguntar se o modelo de presidencialismo de coalisão – que teria funcionado bem nas décadas de 1980 e 1990 para viabilizar a transição política e assegurar a governabilidade, sustentando a capacidade institucional do Executivo – não teria se exaurido.

Depois de duas décadas e meia de normalidade constitucional, o modelo prevalecente na vida brasileira, apesar de todos os percalços, escândalos e denúncias de corrupção, é a organização com base num padrão de legitimidade legal-racional. Todavia, como no choque entre

35. *Ibidem*.

as panelas de ferro e a de barro é a mais fraca que costuma quebrar, o que garante que, num quadro de descontrolo monetário, aumento da dívida pública, perda de grau de investimento, queda na produção industrial, desemprego generalizado e crise social, a Constituição não seja mais um pedaço de papel? Vítima da arbitragem militar, Celso Furtado escreveu um ensaio realista demais para que a arbitragem judicial por vias constitucionais pudesse significar alguma coisa. Contudo, sua análise foi *post factum*, o que explica sua amargura pessoal e, por consequência, o acentuado pessimismo do texto. Por seu lado, Sérgio Abranches escreveu seu artigo em meio às indefinições da Assembleia Constituinte e à eclosão de dilemas econômicos e políticos oriundos do próprio processo de redemocratização – portanto, antes da campanha presidencial de 1989, do *impeachment* do então presidente eleito (Fernando Collor de Melo) e da crise de governabilidade que levou o vice-presidente empossado (Itamar Franco) a subordinar-se a um ministro da Fazenda (Fernando Henrique Cardoso) que lhe foi imposto com poderes de primeiro-ministro. O texto de Abranches não é nem pessimista nem otimista. É analítico.

Essa característica também está presente na já mencionada releitura que fez desse trabalho, quando, depois de chamar a atenção para “as disfuncionalidades agravadas pelo aumento espantoso da corrupção”, afirmou que o presidencialismo de coalisão tem de ser refundado fora do calor da crise, para que adquira novas capacidades institucionais voltadas à criação de mecanismos mais ágeis e menos traumáticos que o processo de *impeachment*³⁶. A mesma característica está igualmente presente, ainda, em

36. Mas, nesse caso, adverte Abranches, seria necessário primeiramente rever e fortalecer o processo eleitoral, com o objetivo de aumentar sua representatividade e gerar representações parlamentares mais responsáveis do que as atuais. Cf. S. Abranches, Abranches, Presidencialismo de Coalisão [...], *Dados - Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1.

outro texto publicado pelo autor em decorrência do agravamento da crise, no qual afirma que, quando um presidente é fraco e não tem as aptidões necessárias ao exercício da chamada alta política, ele se torna refém de quem tem essas competências.

O descasamento entre a maioria que elege o presidente e a maioria parlamentar que sai das urnas exige que o eleito negocie uma coalizão para poder governar [...]. A legislação partidária, a diversidade federativa, a forma de campanha e o método de converter votos em cadeiras promovem forte fragmentação partidária. O modo de formar coalizões em um contexto de fragmentação partidária e déficit programático é o clientelismo, o *toma-lá-dá-cá*, a troca de favores entre partidos e eleitores e entre presidentes e partidos. E clientelismo custa caro, exige capacidade fiscal para pagar todas as demandas e discricionariedade no gasto.³⁷

Em suma, diante do que aqui foi exposto, o que é necessário fazer para evitar o primeiro tipo de arbitragem – a militar – num período de deterioração das relações morais, sociais e políticas, da crescente perda de prestígio da democracia representativa, do esvaziamento de seu significado e da conversão do político em algo cada vez mais irrelevante? No caso do segundo tipo de arbitragem, a judicial, o que é preciso fazer para que o Supremo Tribunal Federal não se deixe seduzir nem pela ênfase excessiva aos princípios em detrimento das regras constitucionais, nem pela colocação de questões de conjuntura política à frente de questões relativas a regras constitucionais, rompendo com isso o equilíbrio sistêmico entre as duas casas do Legislativo e, por tabela, ampliando os impasses entre esse Poder e o Executivo e agravando os riscos de novas crises institucionais? Num momento de clara fragilidade institucional, e em que muitos parecem estar voltados para resgatar os sentidos históricos

37. Cf. S. Abranches, O Centro do Dilema Brasileiro Não é o Presidencialismo; É a Coalisão, *GI*, 13 mar. 2016, disponível em: <<http://gi.globo.com/>>.

da democracia, como reoxigenar a vida republicana em cenários alternativos aos de uma representação pouco eficiente do modelo de presidencialismo de coalisão em vigor?

À luz dos acontecimentos atuais, configurando um cenário de complexidade e desorientação que exige escolhas difíceis e sujeitas a contingências e bifurcações, as releituras de Celso Furtado e Sérgio Abranches são instrutivas. O que se pode extrair de seus textos, no momento político e institucional em que nos encontramos, é que não basta equilibrar as finanças do Estado mediante corte de gastos, aumento de impostos e outras medidas de natureza fiscal. Ainda que isso seja condição necessária ao resgate da governabilidade e a subsequente retomada de uma agenda realista de reformas macro e microeconômicas, não é condição suficiente para a superação da crise que o país enfrenta. Acima de tudo, é preciso refletir sobre a recuperação ou regeneração do poder público e, por tabela, sobre a recuperação das noções de coordenação e planejamento há muito tempo perdidas. Se as instituições de direito fazem alguma diferença para as decisões de investimento e para a retomada do crescimento, não há que se duvidar de qual é a arbitragem legítima para destravar a paralisia decisória que nos atinge.