

Clarissa Brandão Kowarski  
Eduardo Manuel Val  
Marco Aurélio Lagreca Casamasso  
Organizadores

# ESTADO DE DIREITO EM TENSÃO

**E**sta coletânea Estado de Direito em Tensão é composta por uma série de artigos desenvolvidos a partir de pesquisas do curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), e da contribuição de professores e pesquisadores convidados da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). A obra reflete a unidade de esforços acadêmicos voltados para a compreensão das transformações e desafios que o Estado de Direito enfrenta em diferentes contextos, especialmente em tempos de crise política, populismo, autoritarismo e desigualdade.

Os artigos aqui reunidos exploram uma ampla gama de temas, desde a ascensão de líderes populistas e seus efeitos sobre a democracia liberal, até as tensões estruturais do Estado de Direito no Sul Global. A análise da crise democrática no Brasil e no mundo, as implicações do neoliberalismo nas políticas públicas, e o confronto entre Estado de Direito e Estado de Exceção destacam-se como pontos centrais de investigação. A obra também se debruça sobre temas como a participação cidadã na política brasileira, o papel das Cortes Constitucionais diante de governos populistas, e a atuação do Supremo Tribunal Federal durante o regime militar no Brasil.



Ana Margareth Moreira Mendes Cosenza

André Luiz Maluf

Anne Nimrichter Oliveira

Bianca Neves Barbosa

Bruno Glória Silva

Clarissa Brandão de Carvalho Kovarski

Cláudia Tannus Gurgel Amaral

Cláudia Toledo

Eduardo Manuel Val

Lara Luise Oliveira Mota

Luiz Marcelo Fontoura Xavier

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Márcio Santoro Rocha

Maria Lúcia de Paula Oliveira

Nina Pacheco

Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro

Rodrigo Garrido Dias

Waleska Marcy Rosa

## ORGANIZADORES

### *Clarissa Brandão de Carvalho Kovarski*

Mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF) e do Programa de Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF).

### *Eduardo Manuel Val*

Professor Associado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Professor do quadro permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA). Professor visitante da Universidad de la Empresa (Uruguai). Líder dos grupos de Pesquisa LEICLA (Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo na América latina) e OAJI (Observatório de Acesso à Justiça na América Latina). Membro da Diretoria da Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDI). Membro Honorário do Instituto de Pesquisa e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA).

### *Marco Aurélio Lagreca Casamasso*

Professor Associado do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, em Volta Redonda-RJ (UFF), do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF) e do Programa de Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF). Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrado em Teoria do Estado e da Constituição pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

**ESTADO DE DIREITO  
EM TENSÃO**



Organizadores  
*Clarissa Brandão Kowarski*  
*Eduardo Manuel Val*  
*Marco Aurélio Lagreca Casamasso*

# ESTADO DE DIREITO EM TENSÃO



Rio de Janeiro  
2024



EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)

[www.catalivros.com.br](http://www.catalivros.com.br)

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2024 - Clarissa Brandão Kowarski; Eduardo Manuel Val; Marco Aurélio Lagreca Casamasso (Orgs.)

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial da Editora Processo*

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlín Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Carlos Martins Neto

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Gustavo Pereira Leite Ribeiro

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont' Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

*Diagramação* - Marco Medeiros  
*Capa* - Alexander Marins

K346e

Kowarski, Clarissa Brandão, Eduardo Manuel Val, Marco Aurélio Lagreca Casamasso (Orgs.)

Estado de Direito em Tensão - Clarissa Brandão Kowarski, Eduardo Manuel Val, Marco Aurélio Lagreca Casamasso (Orgs.)

Rio de Janeiro: Processo, 2024

209p. ; E-BOOK

ISBN - 978655378243-3

1. Estado de Direito em Tensão. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

*Printed in Brazil*

## AGRADECIMENTO

O Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – PPGDC-UFF – e os organizadores expressam os seus sinceros agradecimentos à Fundação de Amparo e Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ – pelo financiamento deste livro por meio do edital de *Apoio para Programas e Cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu*.



# SUMÁRIO

Sobre os autores e organizadores .....	XIII
Apresentação.....	XIX
<b>1. EROSÃO DA DEMOCRACIA: BRASIL SOB O GOVERNO BOLSONARO</b>	
<i>Cláudia Toledo</i>	
<i>Nina Pacheco</i>	
Introdução .....	1
1. A crise democrática mundial .....	2
2. O contexto brasileiro .....	6
3. O Governo Bolsonaro, de 2019 a 2022.....	12
4. Eleições de 2022 e posterior cenário nacional.....	16
Conclusão .....	19
Referências .....	21
<b>2. TENSÕES PARA O ESTADO DE DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO SUL GLOBAL: DESAFIOS DIANTE DA PRECARIZAÇÃO SOCIAL E A NECESSÁRIA DESCOLONIZAÇÃO</b>	
<i>Maria Lúcia de Paula Oliveira</i>	
Introdução .....	27
1.O Estado de Direito e a necessidade de descolonização.....	28
2. As várias configurações das Políticas Públicas e o Estado de Direito no Sul Global.....	33
3. O Estado de Direito, Desenvolvimento Econômico e o Estado após o Neoliberalismo.....	37
4.O Constitucionalismo Contemporâneo e o Estado de Direito: a lição de Roberto Gargarella.....	39
Conclusão .....	40
Referências bibliográficas .....	41

### **3. DEMANDAS SOCIAIS E PARTICIPAÇÃO ATIVA NAS ESCOLHAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA EM TEMPOS DE SE SOÇOBRRAR**

*Cláudia Tannus Gurgel Amaral*

Introdução .....	43
1. Democracia em ameaça .....	46
2. No Brasil os desafios da Sexta República: O neopopulismo e a democracia ameaçada .....	48
2.1 A participação social ceifada na elaboração de políticas públicas. (2018-2022) .....	50
2.2 O ataque às urnas eletrônicas: A Cartada final .....	53
3. Considerações Finais .....	53
Referências bibliográficas .....	55

### **4. POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL EM CONTEXTO DE CRISE: ANÁLISE DO ACÓRDÃO N° 123/2021 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS NO PERÍODO DA COVID-19**

*Bianca Neves Barbosa*

*Lara Luise Oliveira Mota*

*Waleska Marcy Rosa*

Introdução .....	57
1. Diálogos interinstitucionais: noções e categorias essenciais .....	59
1.1. A atuação dos poderes emergenciais no contexto de crise .....	60
1.2. A atuação argumentativa do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade .....	61
2. O panorama emergencial português durante a pandemia da covid-19. 63	
2.1. Atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em Portugal no contexto da crise gerada pela COVID-19 .....	64
2.2. A saúde pública na perspectiva das decisões dos tribunais portugueses .....	66
3. Análise do acórdão n° 123/2021 do Tribunal Constitucional Português .....	67
3.1. A fundamentação argumentativa no tocante à morte medicamente assistida e a alteração do Código Penal .....	69

3.2. O cenário do acórdão nº 123/2021 do Tribunal Constitucional e sua relação com o contexto da COVID-19.....	70
Conclusão .....	71
Referências .....	72

## **5. DIREITO EM EXCESSO: AMEAÇA AO ESTADO DE DIREITO**

*André Luiz Maluf Chaves*

*Clarissa Brandão Kowarski*

*Marco Aurélio Lagreca Casamasso*

Introdução .....	75
1. Questões terminológicas e conceituais .....	77
2. O direito expansivo e inclusivo .....	79
3. A hipernomia .....	81
4. A instrumentalização do direito.....	84
Conclusão .....	86
Referências .....	87

## **6. MANUAL DE DESMONTE DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL: ESTUDO DAS ESTRATÉGIAS POPULISTAS**

*Márcio Santoro Rocha*

Introdução .....	89
1. Populismo: o antipluralismo em sua essência.....	90
2. O papel das cortes constitucionais na defesa do estado de direito .....	94
3. Estratégias do populismo para erosão do poder das cortes constitucionais .....	98
Conclusão .....	101
Referências bibliográficas.....	102

## **7. OS PODERES EMERGENCIAIS DO ESTADO E O ESTADO DE DIREITO**

*Ana Margareth Moreira Mendes Cosenza*

Introdução .....	107
1. A emergência como tensionadora da relação entre os poderes .....	108
2. Sobre o conceito “Estado de direito” .....	112

3. A situação jurídica do “estado de emergência” .....	114
4. O estado de emergência de Carl Schmitt: suspensão do Estado de direito .....	117
5. O estado de emergência neokantiano: o Estado de direito não comporta exceções .....	119
6. O estado de emergência orientado a fins: a visão de Locke.....	120
7. Legalização da ilegalidade cometida em emergências segundo Dicey .....	123
8. O Estado de direito sempre precisa de terreno fértil .....	124
Conclusão .....	128
Referências bibliográficas .....	129

## **8. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: PRESERVAÇÃO HEGEMÔNICA, CONTRARREVOLUÇÃO PREVENTIVA E ELITES ORGÂNICAS, UMA RELAÇÃO POSSÍVEL**

***Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro***

Introdução .....	133
1. A tese da <i>autopreservação hegemônica</i> e o caso brasileiro.....	134
2. A <i>contrarrevolução preventiva</i> e os interesses dominantes no Brasil..	137
3. Interesses dominantes, poder de classe e elites orgânicas.....	140
4. A reorganização das forças dominantes no Brasil e a Constituição de 1988 .....	142
5. As relações políticas entre juristas e os interesses dominantes .....	146
Conclusão .....	149
Referências .....	151

## **9. E O ESTADO DE DIREITO? APONTAMENTOS QUANTO À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PERÍODO DE 1964 A 1984 E SEUS REFLEXOS**

***Anne Nimrichter Oliveira***

Introdução .....	155
1. O Direito em contexto: o regime militar instituído em 1964 e seus reflexos.....	156
2. A atuação do Supremo Tribunal Federal: a consolidação da política autoritária .....	162

3. A noção de Estado de Direito em perspectiva: impossibilidade em um contexto de permanência autoritária .....	165
Considerações finais .....	165
Referências bibliográficas .....	167

## **10. ESTADO DE DIREITO X ESTADO DE NÃO DIREITO, EXCEÇÃO E EMERGÊNCIA**

***Luiz Marcelo Fontoura Xavier***

Introdução .....	171
1. Estado de direito x Estado de não direito.....	173
Considerações finais.....	179
Referências .....	181

## **11. O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO EM HAYEK E A SUA CONCEPÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE COMO ANÁTEMA DO ESTADO LIBERAL**

***Rodrigo Garrido Dias***

Introdução .....	183
1. O Estado de Direito como um ideal político.....	184
2. O Estado de Direito em Hayek .....	186
2.1 A premissa epistemológica do pensamento de Hayek.....	186
2.2 A ideia de direito em Hayek.....	187
2.3 Hayek e o Estado de Direito.....	189
3 Hayek e a Discricionariedade Administrativa .....	190
3.1 A concepção atual de discricionariedade .....	190
3.2 A discricionariedade para Hayek .....	190
3.3 A motivação como ferramenta contra o arbítrio .....	191
Considerações finais .....	192
Referências .....	194

## **12. PAPEL DA BUROCRACIA NA ESTRUTURA ESTADO DE DIREITO E COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DA DEMOCRACIA**

***Bruno Glória Silva***

Introdução .....	195
1. Desenvolvimento dos conceitos de estado de direito e democracia ..	196

2. A burocracia no processo de formação do estado .....	198
3. Teorias sobre a burocracia: visão weberiana e críticas contemporâneas.....	200
4. Papel da burocracia na implementação de políticas públicas.....	202
5. Ataques ao estado administrativo e papel da burocracia como instrumento de resistência da democracia .....	203
Considerações finais .....	207
Referências bibliográficas.....	207

# **SOBRE OS AUTORES E ORGANIZADORES**

## ***Ana Margareth Moreira Mendes Cosenza***

Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF) e mestre em Sociologia e Direito (PPDSC-UFF). Especialista em Direito Público, Advocacia Trabalhista, com MBA em Gestão e Governança em Segurança Pública (UERJ). Tenente-Coronel da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Professora de pós-graduação lato sensu da Escola Superior de Polícia (ESPM), da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Professora convidada na Universidade Mackenzie-Rio, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do Centro para Estados Empírico-Jurídicos (CEEJ).

## ***André Luiz Maluf***

Mestre em Direito Constitucional (PPGDC-UFF). Pós-graduação em Direito Público (UCAM). Estudou Diritto Pubblico Comparato na Università di Siena (Exchange Program). Procurador do Município de Juiz de Fora - MG. Advogado.

## ***Anne Nimrichter Oliveira***

Mestre em Direito Constitucional pela e graduada em Direito pela UFF). Integrante do Observatório sobre inclusão em educação e direitos humanos (INFES/UFF), coordenado pela Professora Doutora Jacqueline Souza (PPGen/UFF). Graduanda em Pedagogia pela Universidade Federal Fluminense.

## ***Bianca Neves Barbosa***

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Participante do Programa de Iniciação Científica da UFJF (2022-2023), na modalidade VIC (voluntária de iniciação científica), vinculada ao Projeto Diálogos Interinstitucionais no Contexto da Pandemia COVID-19 em Portugal: o controle dos “poderes emergenciais” dos atos do Executivo pelo Tribunal Constitucional Português no contexto de crise – 2020 a 2023.

### ***Bruno Glória Silva***

Procurador do Município de Rio das Ostras/RJ, Subprocurador-Geral do Município de Campos dos Goytacazes/RJ, de 2017 a 2020. Sócio do escritório Pereira, Glória e Oliveira Advogados; Mestrando em Ciência Política na Universidade Federal Fluminense – UFF.

### ***Clarissa Brandão de Carvalho Kovarski***

Mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF) e do Programa de Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF).

### ***Cláudia Tannus Gurgel Amaral***

Pós-Doutora em Direito / UERJ, linha de pesquisa Direito da Cidade 2018; Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) na Área de Concentração -Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito da Cidade; tese intitulada: A Democracia Deliberativa Habermasiana: O Orçamento Participativo como instrumento viabilizador da Transformação Urbana (2015.01; Professora Associada da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) na Escola de Ciências Jurídicas e Políticas e Professora colaboradora no Programa da Universidade Nacional de Direito PPGD/UFRJ; Líder do Grupo de Pesquisa CAPES Institucional: Democracia e Participação Social; Professora visitante no Centre Émile Durkheim, I Université de Bordeaux-Fr (jan- abril 2017). Editora Assistente da Revista digital - Direito da Cidade/ UERJ (Qualis Capes A1), membro associado - investigador do Observatório Político -com sede em Lisboa-Portugal. Bolsa Sanduíche- Bolsista da CAPES durante período de janeiro a maio de 2013. Estudo e análise do Orçamento Participativo do Concelho de Cascais- Lisboa. PT. Estágio desenvolvido no DINÂMIA-CET-IUL (centro de estudos sobre mudança socioeconômica e território, nas linhas de investigação - Cidades e Territórios e Governança, Economia e Sociedade. no âmbito do ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL).

### ***Cláudia Toledo***

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Membro permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação (UFJF); Doutorado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Estágios Pós-Doutorais na Christian-Albrechts Universität zu Kiel (CAU), Alemanha, e na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

### ***Eduardo Manuel Val***

Professor Associado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Professor do quadro permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA). Professor visitante da Universidad de la Empresa (Uruguai). Líder dos grupos de Pesquisa LEICLA (Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo na América latina) e OAJI (Observatório de Acesso à Justiça na América Latina). Membro da Diretoria da Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDI). Membro Honorário do Instituto de Pesquisa e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA).

### ***Lara Luise Oliveira Mota***

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Participante do Programa de Iniciação Científica da UFJF (2022-2023), na modalidade BIC (bolsista de iniciação científica), vinculada ao Projeto Diálogos Interinstitucionais no Contexto da Pandemia COVID-19 em Portugal: o controle dos “poderes emergenciais” dos atos do Executivo pelo Tribunal Constitucional Português no contexto de crise – 2020 a 2023.

### ***Luiz Marcelo Fontoura Xavier***

Mestrado em Direito Constitucional (PPGDC-UFF). Delegado de Polícia do Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro - RJ

***Marco Aurélio Lagreca Casamasso***

Professor Associado do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, em Volta Redonda-RJ (UFF), do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF) e do Programa de Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF). Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrado em Teoria do Estado e da Constituição pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

***Márcio Santoro Rocha***

Graduado em Direito pela UERJ. Mestre e Doutorando em Direito pela UFF. Juiz Federal. Ex-Advogado da União.

***Maria Lúcia de Paula Oliveira***

Professora Adjunta da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professora do Programa de Pós-graduação em Direito (UNIRIO). Professora Doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Mestre em Filosofia (PUC-Rio). Procuradora da Fazenda Nacional.

***Nina Pacheco***

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Membro do Grupo de Pesquisa Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário.

***Pedro Paulo Oliveira de. Souza Ribeiro***

Professor e pesquisador graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com habilitação em Estado e Sociedade; bacharel em História e licenciado em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); especializado em Ensino de História pelo Colégio Pedro II (CP II); mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFF); doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); e membro do Núcleo de Pesquisas em Direito e Ciências Sociais do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (DECISO-IESP).

***Rodrigo Garrido Dias***

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUB MG. Bacharel em Direito pela Unisinos/RS. Advogado na Confederação Nacional de Municípios (CNM) em Brasília/DF.

***Waleska Marcy Rosa:***

Doutorado em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Associada da UFJF, na graduação e no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação. Coordenadora do projeto Diálogos Interinstitucionais no contexto da Pandemia COVID-19 em Portugal: o controle dos “poderes emergenciais” dos atos do Executivo pelo Tribunal Constitucional Português no contexto de crise – 2020 a 2023.



## Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a coletânea Estado de Direito em Tensão, composta por uma série de artigos desenvolvidos a partir de pesquisas do curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), e da contribuição de professores e pesquisadores convidados da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Esta obra reflete a unidade de esforços acadêmicos voltados para a compreensão das transformações e desafios que o Estado de Direito enfrenta em diferentes contextos, especialmente em tempos de crise política, populismo, autoritarismo e desigualdade.

Os artigos aqui reunidos exploram uma ampla gama de temas, desde a ascensão de líderes populistas e seus efeitos sobre a democracia liberal, até as tensões estruturais do Estado de Direito no Sul Global. A análise da crise democrática no Brasil e no mundo, as implicações do neoliberalismo nas políticas públicas, e o confronto entre Estado de Direito e Estado de Exceção destacam-se como pontos centrais de investigação. A obra também se debruça sobre temas como a participação cidadã na política brasileira, o papel das Cortes Constitucionais diante de governos populistas, e a atuação do Supremo Tribunal Federal durante o regime militar no Brasil.

O **primeiro artigo**, “Erosão da Democracia: Brasil sob o Governo Bolsonaro”, de Cláudia Toledo e Nina Pacheco, oferece uma análise sobre a crise democrática global, com ênfase na ascensão de líderes populistas na década de 2010, como Viktor Orbán, Tayyip Erdogan, Donald Trump e Jair Bolsonaro. O populismo, descrito como uma política oportunista e demagógica, está associado ao conservadorismo e à extrema direita, promovendo desigualdade e desrespeito aos pilares da democracia liberal, como o sistema de voto e a separação de poderes.

No Brasil, a ascensão de Bolsonaro é contextualizada por uma série de crises, como escândalos de corrupção, a prática de lawfare durante a Operação Lava Jato, a condenação de Lula e a crise econômica. A Lava Jato, além de deslegitimar o sistema político, fortaleceu o sentimento de

antipetismo, que Bolsonaro aproveitou para se projetar como um outsider, utilizando estratégias digitais e redes sociais para amplificar seu discurso populista. Seu governo (2019-2022) foi marcado por conservadorismo moral, ataques a instituições democráticas, repressão policial e uma gestão desastrosa da pandemia de COVID-19, onde adotou uma postura negacionista.

Apesar das controvérsias, Bolsonaro manteve apoio popular em um Brasil polarizado, o que foi refletido na votação apertada das eleições de 2022, vencidas por Lula. Contudo, a eleição de Lula não representou a superação total do populismo, como evidenciado pela violência pós-eleitoral, marcada pela invasão das sedes dos Três Poderes em janeiro de 2023. O cenário de desinformação, discurso de ódio e descrédito nas instituições permanece, mas há sinais de um possível fortalecimento da democracia após esses eventos.

O **segundo texto**, “Tensões para o Estado de direito e as políticas públicas no sul global: desafios diante da precarização social e a necessária descolonização”, de autoria de Maria Lúcia de Paula Oliveira, discute o conceito de Estado de Direito e seus desafios, especialmente no contexto contemporâneo e nos Estados do Sul Global. Embora o Estado de Direito e os Direitos Humanos sejam tratados como conceitos universais, aplicáveis em qualquer parte do mundo, há dificuldades em adaptá-los às diferentes realidades históricas e jurídicas. Além disso, questiona-se se a ideia de Estado de Direito, em alguns casos, não carrega resquícios de colonialismo. No Sul Global, a normatização e institucionalização do Estado de Direito podem ter um papel relevante, apesar das tensões que surgem em sociedades com democracias jovens e grandes desigualdades sociais. O conceito de "Sul Global" utilizado pela autora não é geográfico, mas sim crítico, referindo-se às hierarquias de poder e dominação que historicamente subjugaram essas regiões. Segundo ela, Jeremy Waldron defende a necessidade de um Estado de Direito que enfrente a desigualdade socioeconômica, como proposto pelo constitucionalista argentino Roberto Gargarella.

Diante dessa imposição de modelos ocidentais de Estado de Direito no Sul Global, a autora propõe uma "imaginação resistente" como forma de desafiar a exclusão e desenvolver novas práticas políticas que respondam aos desafios da complexidade social contemporânea. Por fim, há uma reflexão sobre a evolução das políticas públicas, ressaltando como o neoliberalismo e a globalização influenciaram a redução do papel do Estado em promover políticas redistributivas e de reconhecimento, espe-

cialmente no Brasil, onde as desigualdades históricas exigem uma abordagem mais inclusiva.

No **terceiro artigo**, de Cláudia Gurgel do Amaral, intitulado “Demandas sociais e participação ativa nas escolhas das políticas públicas: democracia em tempos de se soçobrar”, a autora analisa a evolução da participação popular e da cidadania no Brasil, destacando o papel dos movimentos sociais e a interação entre sociedade e Estado, principalmente após a redemocratização de 1988. A Constituição de 1988 institucionalizou a participação pública em políticas, como audiências e conselhos, o que fortaleceu os direitos civis, políticos e sociais. A autora também apresenta a edição do Estatuto da Cidade como um exemplo de gestão participativa, promovendo políticas públicas com ampla inclusão social.

Entretanto, segundo ela, a partir dos anos 2010, o país enfrentou desafios com o crescimento de movimentos populistas e autoritários, culminando na ascensão da extrema direita em 2018. O neopopulismo, caracterizado por retórica populista, manipulação de informações e ataques às instituições democráticas, enfraqueceu mecanismos de participação, como conselhos públicos e o sistema eleitoral, especialmente com críticas às urnas eletrônicas. A crise democrática, agravada por fake news e ataques institucionais, incluiu as violentas manifestações de 8 de janeiro de 2023.

Após a eleição de 2022, o novo governo restaurou muitos mecanismos participativos e recriou conselhos e conferências. O Plano Plurianual (PPA) 2024-2027 inaugurou um modelo participativo para fortalecer o diálogo entre governo e sociedade civil. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) também respondeu às tentativas de descredibilizar o processo eleitoral, declarando a inelegibilidade do ex-presidente Bolsonaro por abuso de poder político.

O texto destaca a importância de uma gestão democrática que continue fortalecendo a participação pública, promovendo políticas justas e inclusivas para garantir a continuidade da democracia participativa no Brasil.

No **quarto trabalho**, elaborado pelas autoras Bianca Neves Barbosa, Lara Luise Oliveira Mota e Waleska Marcy Rosa, intitulado “Possibilidade de Ativismo Judicial em contexto de crise: análise do Acórdão nº 123/2021 do Tribunal Constitucional Português no período da COVID-19”, elas avaliam o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional Português, focando nas decisões durante a pandemia da COVID-19, com destaque para o julgamento da inconstitucionalidade de normas sobre a morte medicamente assistida. O estudo faz

parte de um projeto comparativo que investiga como diferentes países, incluindo Portugal, lidaram com o uso de poderes emergenciais e o papel dos tribunais constitucionais durante a crise.

A pesquisa investiga se houve ativismo judicial na decisão do Tribunal Constitucional Português sobre a morte medicamente assistida, analisando se a atuação do Tribunal representou um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos. A metodologia utilizada foi qualitativa, baseando-se em teorias jurídicas de Alexy, Habermas e Bateup, para avaliar os argumentos institucionais e não institucionais usados na decisão.

A decisão do Tribunal Constitucional Português foi considerada levemente ou não ativista, com base em argumentos institucionais que sustentaram a inconstitucionalidade das normas sobre a morte medicamente assistida, com a justificativa de proteção à vida e insuficiente densidade normativa no decreto legislativo.

O artigo conclui que, embora o contexto emergencial tenha imposto desafios, o Tribunal atuou de forma equilibrada, respeitando o sistema de freios e contrapesos sem abusos de poder.

O **quinto texto**, "Direito em excesso: ameaça ao Estado de Direito", de André Luiz Maluf Chaves, Clarissa Brandão Kowarski e Marco Aurélio Lagreca Casamasso, trata da evolução do conceito de Estado de Direito nas últimas décadas, destacando seu papel como valor político-jurídico universal, equiparado à democracia, direitos humanos e justiça social. A partir da década de 1990, o Estado de Direito se expandiu globalmente, tornando-se um referencial de legitimidade política, especialmente após a queda de regimes autoritários e comunistas. Nesse contexto, o Estado de Direito passou a ser visto como um mecanismo eficiente para garantir a segurança jurídica, combater a corrupção e promover desenvolvimento econômico.

O texto explora como o Estado de Direito, embora enraizado no liberalismo, passou a ser adotado por grupos e partidos que defendem justiça social, sendo reconhecido por sua funcionalidade prática. A produção acadêmica sobre o tema também cresceu significativamente, refletindo o aumento de sua relevância. No entanto, o artigo busca destacar aspectos problemáticos desse conceito, como a "expansividade do direito", a "hipernomia" (excesso de normas jurídicas) e a "instrumentalização do direito", que podem minar a eficácia e a legitimidade do Estado de Direito.

Os autores criticam a tendência contemporânea de estender o direito a todas as esferas da vida, o que pode reduzir a liberdade individual e sobrecarregar o sistema jurídico. Além disso, o excesso de normas jurídicas gera incertezas e desconfiança na lei, criando um ambiente propício

à corrupção e à informalidade. A instrumentalização do direito, quando usado como ferramenta política para fins específicos, pode enfraquecer a confiança pública no sistema jurídico e na democracia.

O **sexto artigo**, “Manual de desmonte de uma Corte Constitucional: estudo das estratégias populistas”, de Márcio Santoro Rocha, traz um estudo sobre as estratégias usadas por governos populistas para enfraquecer ou controlar Cortes Constitucionais, minando sua independência ou reduzindo seus poderes, como forma de enfraquecer o Estado de Direito e a democracia.

A pesquisa conduzida pelo autor envolve uma revisão bibliográfica sobre populismo e o papel central das Cortes Constitucionais na preservação da ordem democrática, destacando as medidas empíricas adotadas por governos populistas ao redor do mundo, como o aumento do número de juízes indicados politicamente, a criação de câmaras disciplinares para juízes, o impeachment de magistrados "incômodos", e a imposição de maiorias qualificadas para decisões judiciais. Exemplos de países como Hungria, Venezuela e Polônia são apresentados, e são feitas comparações com medidas legislativas em andamento no Brasil, indicando o impacto potencial dessas estratégias no contexto nacional.

O artigo ressalta que as ações dos governos populistas são graduais e feitas sob uma aparência de legalidade, mas têm como objetivo final controlar o Judiciário e eliminar qualquer resistência institucional às suas políticas. A análise também abrange a influência das novas tecnologias de comunicação na disseminação de ideias populistas, enfatizando a importância de freios institucionais como as Cortes Constitucionais para resistir a essas tendências.

As Cortes Constitucionais, como última defesa do Estado de Direito, tornam-se alvos prioritários dos populistas devido ao seu papel contramajoritário, protegendo minorias e mantendo o equilíbrio de poder. Governos populistas adotam medidas legalmente disfarçadas para enfraquecer essas cortes, diferentemente de regimes revolucionários e golpistas do passado, que não buscavam essa aparência de legitimidade.

A questão levantada é se a democracia liberal será resiliente o suficiente para resistir a essas ameaças, especialmente no Brasil, onde várias propostas legislativas espelham medidas populistas internacionais que visam enfraquecer o Judiciário. Embora as instituições brasileiras ainda estejam funcionando, como reconheceu o Ministro Barroso em 2024, o texto enfatiza a necessidade de um engajamento popular em defesa do constitucionalismo e da democracia para evitar a repetição de um passado autoritário.

O **sétimo artigo**, intitulado “Os poderes emergenciais do Estado e o Estado de direito”, de Anna Margareth Moreira Mendes Cosenza, versa sobre a problemática do poder executivo e dos seus poderes emergenciais em face do Estado de direito contemporâneo. Poder que mais tensiona o Estado de direito, o executivo passa a assumir um protagonismo cada vez mais acentuado no contexto das inovações tecnológicas e sociais, reclamando para si a ampliação da sua liberdade discricionária, a fim de alcançar celeridade e eficiência na execução de decisões, sobretudo no enfrentamento de situações emergenciais. Nesse cenário, acentua-se a excepcionalização e a derrogação de direitos, podendo em risco as garantias do Estado de direito.

O conflito entre o Estado de direito e os poderes emergenciais apresenta-se como tópico central do artigo. Na sua análise, a autora recorre a referenciais teóricos modernos e contemporâneos, destacando-se, em outras, as contribuições de John Locke, Carl Schmitt, Nomi Lazar, e David Dizenhaus.

A despeito dos grandes riscos que impõem ao Estado de direito, potencialmente enfraquecendo os direitos fundamentais e inviabilizando o exercício democrático do poder político, os poderes emergenciais são avaliados como necessários à garantia da governabilidade. Urge, portanto, estabelecer, nas próprias bases estruturais do Estado de direito, as garantias e os limites dos poderes de exceção.

O **oitavo texto**, “Judicialização da política no Brasil: preservação hegemônica, contrarrevolução preventiva e elites orgânicas, uma relação possível”, de Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro, analisa a expansão do poder judicial e a judicialização da política em sua relação com interesses econômicos globais, evitando uma abordagem puramente comportamental dos juízes. Ao destacar o comportamento político de agentes externos ao Judiciário, o estudo discute como interesses políticos e econômicos maiores influenciam essa expansão, articulando as teses da autopreservação hegemônica, de Hirschl (2004), e da contrarrevolução preventiva, de Lemos (2014). A pesquisa sugere que a judicialização no Brasil está ligada a estratégias de preservação hegemônica das elites dominantes, utilizando-se do Judiciário como um meio de manter privilégios em um contexto de demandas sociais crescentes.

A partir dessas teorias, o estudo propõe a adoção da categoria analítica de “elite orgânica”, de René Dreifuss, para investigar como a dominação de classe se reorganizou entre as décadas de 1970 e 1990 no Brasil, período de transição da ditadura militar para a democracia liberal. A Constituição de 1988, nesse contexto, é vista como um pacto entre as

forças dominantes, fortalecendo o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), como árbitro das disputas políticas, o que favoreceu as elites em detrimento da maioria da população. Este fortalecimento do Judiciário reflete uma adaptação do poder de classe a uma nova ordem global, com influência de agentes internacionais e elites transnacionais.

O trabalho também aborda como a ação política estratégica das elites, particularmente através de juristas e magistrados, contribuiu para essa expansão do poder judicial, moldando a ordem constitucional e reforçando a hegemonia de interesses dominantes. Conclui-se que a judicialização da política no Brasil está profundamente conectada à preservação de privilégios, sendo essencial compreender as relações políticas e econômicas envolvidas para desvendar o verdadeiro caráter dessa expansão judicial, tanto local quanto globalmente.

**O nono texto** desta coletânea, de Anne Nimrichter Oliveira, “E o Estado de Direito? Apontamentos quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal no período de 1964 a 1984 e seus reflexos”, apresenta uma análise do processo de constituição do regime militar no Brasil, instituído em 1964, e seus impactos na política autoritária, especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF) e suas implicações para o atual Estado de Direito no país. A pesquisa explora as transformações políticas, econômicas e jurídicas trazidas pelo regime, com destaque para a repressão política e a intervenção militar. Além disso, observa-se o desequilíbrio entre os poderes, com o Executivo assumindo maior controle, afetando a independência do Legislativo e do Judiciário.

Durante o regime, o STF passou por modificações, como o aumento do número de ministros e a restrição de suas competências. A doutrina positivista, que validava as normas do regime sem questionamento moral, predominou, limitando o papel da Corte na defesa dos direitos fundamentais. A atuação do Judiciário, durante esse período, contribuiu para a manutenção da política autoritária e a legitimação das ações repressivas do regime militar.

Embora a democracia tenha sido restaurada com a promulgação da Constituição de 1988, o estudo ressalta que o Brasil ainda carrega resquícios autoritários. A criminalização de movimentos sociais e a manutenção de desigualdades econômicas são indicativos de que o país ainda não superou completamente o legado autoritário do regime militar, o que compromete a consolidação plena de um Estado de Direito democrático.

**No décimo texto** “Estado de direito x Estado de não direito, exceção e emergência”, o autor Luiz Marcelo Xavier apresenta um estudo com-

parando o Estado de Direito com o Estado de Exceção a partir da obra de David Dyzenhaus, explorando a coexistência entre as duas formas de governo e sua relevância no contexto brasileiro. A pesquisa bibliográfica utiliza a obra "Legality and Legitimacy" de Dyzenhaus e outros teóricos como Giorgio Agamben, para discutir como a realidade brasileira reflete um "mini estado de exceção". Nesse cenário, conforme aponta o autor, os direitos fundamentais são negligenciados em prol do combate à criminalidade, muitas vezes respondendo mais ao clamor social do que à necessidade real de soluções eficientes.

No contexto brasileiro, a criminalidade é frequentemente combatida com medidas excepcionais, como intervenções militares, que criam um ambiente de exceção permanente, mesmo em um Estado de Direito oficial. O artigo discute como essas intervenções, embora tragam uma sensação inicial de segurança, resultam em aumento da violência, como mortes em ações policiais, e demonstram a dificuldade de conciliar o combate ao crime com a proteção dos direitos humanos e a ordem jurídica constitucional. Além disso, a pesquisa aborda a crítica ao uso excessivo do poder punitivo como resposta à demanda social.

Por fim, o estudo ressalta a importância da supervisão e controle das ações excepcionais, como sugerido por Dyzenhaus, para garantir que o Estado de Direito prevaleça sobre o Estado de Exceção. A obra propõe que a motivação para essas medidas excepcionais seja sempre cuidadosamente monitorada, de modo a evitar a perpetuação do autoritarismo e assegurar o respeito aos direitos fundamentais.

O **décimo primeiro texto**, de autoria de Rodrigo Garrido, "O conceito de Estado de direito em Hayek e a sua concepção de discricionariedade como anátema do Estado liberal", examina o conceito de Estado de Direito na obra de Friedrich Hayek, focando em sua crítica à discricionariedade administrativa, que ele vê como incompatível com o Estado liberal. A pesquisa apresenta o Estado de Direito como um ideal político, onde o poder é exercido por meio de normas públicas e previamente estabelecidas, evitando a arbitrariedade. A discricionariedade administrativa, embora inevitável, é vista por Hayek como um risco de interferência estatal na liberdade individual, pois, segundo ele, quando os agentes públicos exercem liberdade além das leis estabelecidas, surgem oportunidades para o arbítrio.

A obra de Hayek, fundamentada em sua premissa de racionalismo evolutivo, propõe que o direito e as normas surgem de práticas sociais e tradições que evoluem ao longo do tempo, sendo o papel do Estado apenas o de guardião dessas normas. A discricionariedade administrativa é uma realidade necessária, mas deve ser cuidadosamente contida pela

legalidade e transparência para evitar que o poder estatal ultrapasse seus limites e interfira na liberdade dos indivíduos. Hayek acredita que a previsibilidade nas ações do Estado é essencial para garantir a liberdade.

Por fim, o artigo propõe a motivação dos atos administrativos como uma solução para combater o arbítrio, alinhando-se com a visão de Hayek sobre a importância de que as ações do governo sejam fundamentadas em normas conhecidas e justificadas. A motivação, nesse contexto, serve como uma ferramenta essencial para manter a administração pública dentro dos limites legais e evitar a arbitrariedade.

O **décimo segundo artigo**, “O papel da burocracia na estrutura Estado de Direito e como instrumento de resistência da democracia”, de Bruno Glória Silva, examina a relação entre burocracia, Estado e democracia, destacando a importância da burocracia para a formação do Estado de Direito e sua contribuição para a governança estatal. Embora muitas vezes criticada por sua suposta ineficiência, a burocracia desempenha um papel essencial na aplicação consistente das leis, contribuindo para a estabilidade e previsibilidade da administração pública. A pesquisa bibliográfica realizada fundamenta as análises teóricas sobre a burocracia e sua função em diversos contextos, especialmente em períodos de retrocesso democrático, nos quais a burocracia pode atuar como um instrumento de resistência para preservar a integridade das instituições democráticas.

A partir da análise de autores como Max Weber, o artigo explora como a burocracia, com sua estrutura hierárquica e regras bem definidas, oferece um meio eficaz para implementar políticas públicas de maneira impessoal, evitando a arbitrariedade. Mesmo em contextos de mudanças políticas, a burocracia mantém a continuidade das políticas estatais, garantindo a estabilidade necessária para o funcionamento eficaz do Estado. O estudo também aborda as críticas contemporâneas ao modelo burocrático, que incluem o formalismo excessivo e a resistência a mudanças, destacando a necessidade de adaptação para enfrentar os desafios atuais.

Em períodos de retrocesso democrático, a burocracia pode ser alvo de ataques que visam enfraquecer o Estado Administrativo e limitar seu poder. No entanto, a burocracia também se mostra uma força de resistência ao se manter fiel aos princípios legais e à transparência, ajudando a proteger o Estado de Direito. O artigo sugere que, em tempos de incerteza política, a burocracia pode servir como um bastião de proteção contra o abuso de poder, garantindo que as instituições continuem funcionando de acordo com os princípios democráticos.

Todos esses trabalhos em sua diversidade de abordagens, compartilham entre si uma profunda preocupação com a defesa do Estado de

Direito e o fortalecimento das instituições democráticas, abordando questões contemporâneas com rigor acadêmico e sensibilidade crítica. A coletânea convida os leitores a refletirem sobre as complexidades jurídicas, sociais e políticas que afetam a democracia no século XXI, oferecendo uma contribuição valiosa para o debate jurídico e constitucional no Brasil e no cenário internacional.

Rio de Janeiro, dezembro de 2024.

*Clarissa Brandão Kowarski*

*Eduardo Manuel Val*

*Marco Aurélio Lagreca Casamasso*

Os Organizadores

# 1. EROSÃO DA DEMOCRACIA: BRASIL SOB O GOVERNO BOLSONARO

*Cláudia Toledo  
Nina Pacheco*

## Introdução

Apresentam-se neste capítulo resultados e conclusões alcançados em estudos desenvolvidos na linha de pesquisa *Controle Judicial, Sistema de Freios e Contrapesos, Princípio da Separação dos Poderes*, integrante do Grupo de Pesquisa *Atual Judiciário – Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário*, certificado no CNPq, sob a coordenação de Cláudia Toledo (CNPq, 2023). Os estudos seguem em andamento, uma vez que Grupos de Pesquisa certificados não possuem prazo delimitado de vigência. A citada linha de pesquisa visa à análise da erosão democrática vivenciada pelo Brasil, a qual se acentuou especialmente a partir da eleição de Jair Bolsonaro para a presidência da república em 2018. A realidade brasileira é examinada no cenário mundial, investigando-se as características e causas do processo de deteriorização do regime democrático em âmbito internacional e nacional, com principal enfoque no cenário pátrio.

Nesse sentido, este capítulo é disposto em quatro seções. Na primeira delas, discorre-se sobre os *conceitos básicos* para o enfrentamento da temática *erosão da democracia*, com a exposição das contradições entre a ideologia populista e o regime democrático, e das características da ruptura democrática. A segunda seção traz o *contexto brasileiro*, fornecendo as razões para a ascensão de um *líder populista*, passando pelos escândalos de corrupção e sua correspondente espetacularização midiática, a polarização da sociedade e o sentimento de antipetismo, bem como o uso estratégico das redes sociais e especialmente a primeira identificação de *lawfare* no Brasil, qual seja, a condução judicial da Operação Lava Jato. Após a construção desse cenário, a terceira seção enfrenta o *governo Bolsonaro*, explorando atos e falas do ex-presidente ligadas a temas como homofobia e rejeição aos direitos humanos, militarismo e punitivismo, incluindo uma condução catastrófica do enfrentamento à pandemia, permeada por

negacionismo e desinformação. Na quarta e última seção, trata-se do cenário das *eleições de 2022*, com a análise detalhada dos números absolutos e percentuais nela envolvidos, seguida da abordagem da *violência pós-eleitoral* manifesta nos atos de completo vandalismo praticados no dia 08 de janeiro de 2023. Conclui-se então o estudo com a apresentação dos resultados de um dos primeiros levantamentos de dados sobre os efeitos dos atos de absoluto arbítrio ocorridos em Brasília, na visão da *democracia* pela população, a partir da realização de entrevistas.

## 1. A crise democrática mundial

A década de 2010 foi o marco da pulverização mundial das crises democráticas modernas. Nesse contexto, observou-se a ascensão de líderes populistas como Viktor Orbán na Hungria em 2010, Tayyip Erdogan na Turquia em 2014, Andrzej Duda na Polônia em 2015, Donald Trump nos Estados Unidos em 2016 e Jair Bolsonaro no Brasil em 2018. *Populismo*, conforme Andreas Voßkuhle (2020, p. 24) é política demagógica, definida pelo oportunismo na prática de suas atividades cotidianas, objetivo de angariar, por meio da dramatização da situação política, o favor das massas. Ressalta-se que o movimento de ascensão do populismo observado na década de 2010 relaciona-se com os conceitos de *conservadorismo* e de *direita* com tendência a posições de *extrema direita*. Conservadorismo constitui ideologia favorável à manutenção do *status quo*. Por sua vez, a distinção entre direita e extrema direita é apresentada por Norberto Bobbio<sup>1</sup> (1995, p. 119), mediante a articulação entre os valores centrais *igualdade* e *liberdade* em espectro político-ideológico estruturado em basicamente quatro níveis, conforme ilustrado no seguinte quadro:

---

1 Embora reconheça que a realidade é muito mais diversificada do que a conjunção entre dois valores apenas, Bobbio (1995) entende-os como dois critérios fundamentais que, combinados, preservam a *distinção* entre *esquerda* e *direita*, ao mesmo tempo que explicam como doutrinas não homogêneas como, à esquerda, comunismo e socialismo democrático, e à direita, fascismo e conservadorismo, podem estar potencialmente *aliadas* em situações excepcionais de crise.

<b>Extrema Esquerda</b>	<b>Esquerda</b>	<b>Direita</b>	<b>Extrema Direita</b>
Igualdade (+) Liberdade (-) Ou Igualdade sem liberdade, Movimentos igualitários autoritários. Ex.: jacobinismo	Igualdade (+) Liberdade (+) Ou Igualdade com liberdade, Movimentos igualitários libertários. Ex.: partidos social-democratas	Liberdade (+) Não Igualdade (-) Ou Liberdade sem igualdade, Movimentos libertários inigualitários. Ex.: partidos conservadores defensores de igualdade e liberdade meramente formais	Não igualdade (-) Não liberdade (-) Ou Desigualdade sem liberdade, Movimentos anti-igualitários e anti-liberais. Ex.: fascismo e nazismo

Fonte: elaboração própria, 2023.

Para que se compreenda o caráter tendencialmente antidemocrático do cenário global, necessário é conceituar *democracia*. Parte-se do conceito apresentado por Yascha Mounk (2019, p. 44), que entende democracia como “um conjunto de instituições eleitorais com poder de lei que traduz a opinião do povo em políticas públicas”. Considera-se, porém, que o conjunto de instituições necessárias ao pleno funcionamento do regime democrático não se encerra nas *instituições eleitorais*, mas abarca também a garantia dos *direitos fundamentais*, conjugada à observância do *princípio da separação dos poderes*, conforme o *sistema de freios e contrapesos*.

Nesse contexto, merecem destaque as cinco contradições entre a *ideologia populista* e a *democracia* trazidas por Voßkuhle (2020, p. 44). A primeira delas é a valorização das *certezas e verdades absolutas* por parte dos populistas em detrimento do *debate democrático*, do qual fazem parte as diferenças. A segunda é a valorização da *homogeneidade* em lugar do *pluralismo*, com a presunção de uma verdade política absoluta e unitária por parte da população. A terceira delas é a ênfase na *identidade* em lugar da *representação*, pois apenas o líder populista seria capaz de falar pelo povo ou por aquela elite que se considera como povo, ouvindo sua voz diretamente de forma antiparlamentar. A quarta é o que denomina como *encargo difuso* em lugar de *mandato livre*, pois os populistas partem da premissa da vontade popular homogênea para afirmar, diante da ocorrência de qualquer problema, que os deputados devem obedecer à vontade unitária do povo. A quinta e última é o *alinhamento* em lugar da *oposição eficaz*, com a ocupação não apenas das posições políticas centrais, mas também dos demais cargos públicos, inclusive daqueles próprios ao Poder Judiciário, de forma que o controle dos atos do governo seja visto como atentatório ao povo e à vontade popular.

Além da apresentação dos principais conceitos norteadores da análise da erosão da democracia em âmbito global, é necessário elencar caracte-

rísticas dessa forma de deterioração do regime democrático. A primeira delas é a *gradualidade* da erosão democrática, em processo denominado por Aziz Huq e Tom Ginsburg (2018) de *retrocesso constitucional*. Nele, a erosão gradativa pode ocorrer tanto por desconstrução de conquistas e restrições de direitos, quanto por atos e falas antidemocráticas à luz das instituições e da legalidade democrática, chegando até à tomada de medidas efetivamente autoritárias. Por serem atitudes graduais, podem isoladamente não ter grande impacto, mas o seu conjunto é capaz de colocar em risco a democracia nacional. Essa modalidade de ruptura se diferencia da reversão autoritária típica do séc. XX, que é rápida, completa e geralmente realizada por meio de golpes de Estado ou do uso de poderes de emergência. O retrocesso constitucional, diferentemente, é caracterizado como

[...] processo gradual (mas, em última análise, ainda substancial) de decadência nos três pontos básicos da democracia – eleições competitivas; direitos fundamentais individuais de liberdade de expressão e associação; e Estado de Direito, com as funções jurisdicional e administrativa necessárias para que a escolha democrática prospere. Retrocesso exige a mudança *simultânea* nesses três aspectos. Na prática, ele é diferente da reversão, porque acontece mais lentamente, por meio do acúmulo de mudanças pontuais, cada uma talvez inócua ou mesmo isoladamente justificável. (Huq; Ginsburg, 2018, p. 83-84, tradução livre)<sup>2</sup>

A segunda característica é a erosão institucional do *sistema de freios e contrapesos*. Segundo Souza Neto (2020, p. 41), “nas democracias em crise, as instituições neutras são atacadas ou capturadas. O Poder Judiciário, em geral, e as cortes constitucionais, em particular, costumam ser alvos preferenciais da intervenção autoritária”. Na Polônia, por exemplo, foi aprovada lei que determinava que as decisões da Corte Constitucional apenas se tornariam vinculantes caso aprovadas por maioria de dois terços de seus juízes (Souza Neto, 2020, p. 41-43).

Por outro lado, o ataque ao regime democrático somente é possível por conta da *desconfiança nas instituições e na democracia*, situação que

---

2 No original: “a more incremental (but ultimately substantial) decay in three basic predicates of democracy – competitive elections, liberal rights to speech and association, and the adjudicative and administrative rule of law necessary for democratic choice to thrive. Retrogression demands *simultaneous* change in these democratic predicates. In practice, it is distinct from reversion because it occurs more slowly through an accumulation of piecemeal changes, each perhaps innocuous or even justified in isolation” (Huq; Ginsburg. 2018, p. 83-84).

se relaciona com a terceira característica: a erosão da democracia ocorre em localidades que vivenciam *falta do desenvolvimento econômico esperado* pela população e uma *crise de representação*. Analisando a realidade estadunidense, Mounk (2019, p. 31) avalia que “a falta de crescimento econômico fez muitos cidadãos americanos perderem a confiança na democracia, e atribuírem a culpa aos imigrantes e às minorias étnicas”. Esses mesmos agentes são também responsabilizados pela crise de representação, em virtude do sobrevalor destinado pelo populismo à homogeneidade em face das diferenças. Assim, a busca por alguém que fale em nome do *povo*, em nome de uma maioria que sente a crescente perda do espaço comum por conta do reconhecimento das minorias, materializa-se na escolha do líder populista, que reivindica para si a *exclusividade* do direito de fala em nome do *povo homogêneo*.

A quarta característica da erosão da democracia contemporânea e, talvez, seu traço mais marcante é a perda, pela grande mídia, do espaço de influência para as *redes sociais*. A mídia e as instituições, tais como o Poder Judiciário, são entendidas nesse contexto como mecanismos de *controle excessivo*, que impedem o cumprimento da *vontade do povo*. Se, antes, o controle dos meios de comunicação de massa era feito por uma elite, com a popularização da internet a partir dos anos 2000, observa-se uma caracterização completamente diferente. A internet possibilita a criação de *bolhas de identidade* que funcionam a partir do perfilamento dos usuários com o direcionamento do conteúdo que lhe é mais interessante, de forma a reforçar cada vez mais suas ideias e posicionamentos. As estratégias de influência nas redes sociais prestam-se, assim, à intensificação de certezas dentro das mesmas bolhas identitárias, chamadas *bolhas virtuais* (Bastos; Figueiredo; Couto, 2021) ou *filtros bolhas* (Pariser, 2011), onde se dão as *câmaras de eco* (Sunstein, 2009), em que ideias e crenças comuns são reforçadas e ampliadas mediante sua comunicação e repetição por usuários com opiniões semelhantes, em grupos homogêneos. Além disso, a divulgação de *fake news*, com títulos sedutores, adjetivos enfáticos e conteúdo apelativo com alta carga dramática intensifica a comoção gerada pelas informações. Patrícia Mello (2020) destaca o contexto de enfraquecimento da mídia crítica no Brasil, na Hungria e nos Estados Unidos, pois o permanente conflito dos líderes populistas com a imprensa, além dos ataques pessoais a certos repórteres, gera a desconfiança em relação à mídia tradicional e o consequente descaso a ela dirigido pelas críticas que lhe são feitas. Com isso, as redes sociais ganham protagonismo enquanto fontes de informação. O uso de dados pessoais e de algoritmos representa a principal ferramenta para que cheguem até os usuários as notícias com as quais eles concordam e que reforçam suas certezas.

Destarte, a crise da democracia liberal se concretiza com o enfraquecimento da *arena de contestação democrática*, visto que os eleitores não se veem mais totalmente identificados com seus governantes, justamente pela representação de minorias, o que traz a sensação de perda do espaço comum pela maioria. A tentativa dos líderes populistas de homogeneização dos interesses dos governados mediante o isolamento da oposição e, mais ainda, por meio da dissimulação do caráter autoritário dos governos, confere uma aparente legalidade e legitimidade democrática que mascara a natureza dos regimes autocráticos (Toledo; Vieira; Barbosa, 2022).

O Instituto Varieties of Democracy (V-Dem) da Universidade de Gotemburgo, na Suécia, responsável pela produção da maior base de dados sobre democracia no mundo, apontou, em seu relatório de 2021, decréscimos nos níveis de democracia liberal em 25 países ao redor do mundo (V-Dem Institute, 2021, p. 33-34), dentre os quais estão Brasil, Estados Unidos, Hungria, Polônia e Turquia. O relatório utiliza como critérios para medir as democracias os níveis de, por exemplo, eleições livres, esforços de censura (especialmente acadêmica e artística) pelo governo, disseminação oficial de desinformação e desrespeito ao contraditório. Destaca-se também o indicador dos dez países com os maiores retrocessos constitucionais, desde 2010, do qual participam, em primeiro, segundo, terceiro e quarto lugares respectivamente Polônia, Hungria, Turquia e Brasil (V-Dem Institute, 2021, p. 19).

## 2. O contexto brasileiro

Diante do cenário global de erosão gradual da democracia no qual o Brasil está inserido, passa-se a buscar razões, em âmbito nacional, capazes de explicar a ascensão de um líder populista autoritário. A corrupção e os frequentes escândalos envolvendo os principais partidos políticos brasileiros são ponto central para compreender a ascensão de Bolsonaro. Segundo Souza Neto (2020, p. 83), o financiamento empresarial de campanhas eleitorais foi responsável por tornar as práticas de corrupção corriqueiras, criando, em certa medida, uma dependência entre políticos e financiadores, pois se torna comum que os valores entregues aos candidatos depois retornem às empresas “na forma de facilidades em licitações, tratamento privilegiado perante a regulação estatal e influência na edição de leis favoráveis aos interesses empresariais”. Apesar do arsenal de medidas institucionais previstas desde a Constituição Federal de 1988 e que contavam com a articulação entre os três Poderes Públicos para o combate à corrupção, foi a Operação Lava Jato – investigação realizada pela Polícia Federal entre março de 2014 e fevereiro de 2021 (as primeiras denúncias do Ministério Público Federal foram feitas em 2014 e recebidas

no mesmo ano pela 10ª Vara de Justiça Federal de Curitiba/PR) – a grande responsável por fazer da investigação criminal de tais condutas um espetáculo e por suscitar o sentimento de revolta em relação aos seus protagonistas. Os protestos iniciais contra corrupção expressos nas manifestações de 2013 rapidamente se transformaram em reivindicações antissistema e antipolítica.

A Lava Jato, segundo Souza Neto (2020), não se tratou somente de um conjunto de processos penais para investigar e responsabilizar os réus pela prática do crime de corrupção, mas, acima de tudo, foi um importante instrumento político na mudança de paradigma da democracia brasileira. Instrumentos processuais penais, tais como o sigilo de informações politicamente sensíveis, foram flexibilizados para servirem de material para o espetáculo feito em torno da operação.

[...] as informações constantes dos acordos eram objeto de divulgação pela grande imprensa, ainda que não se tivessem produzido as provas de corroboração. A partir das delações, criavam-se amplas campanhas de desmoralização de autoridades governamentais. Ainda que não servisse à produção de provas, os acordos cumpriam a função de enfraquecer os políticos escolhidos como ‘inimigos’, deslegitimando-os perante a opinião pública (Souza Neto, 2020, p. 87).

O primeiro resultado almejado pela manipulação da opinião pública foi o apoio ao processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, do Partido dos Trabalhadores (PT). Em 2015, o processo foi aberto pelo presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha contra a ex-presidente, com o fim de investigar possíveis crimes de responsabilidade por ela cometidos, tendo sido concluído em 2016, com a condenação de Dilma Rousseff pela prática de crimes de responsabilidade, sendo-lhe aplicada a sanção de perda do mandato. Todo o processo de *impeachment* contou com declarações e ataques pessoais à ex-presidente, em especial nas palavras de vários deputados federais no momento da justificação de sua escolha quando da votação do processo na Câmara. Dentre tais declarações, destaca-se a fala do então deputado federal Jair Bolsonaro, que homenageou o Coronel Ustra, um dos mais conhecidos torturadores da ditadura militar brasileira (Della Barba; Wentzel, 2016), regime responsável pela prisão e tortura da ex-presidente.<sup>3</sup>

---

3 As palavras finais do voto de deputado federal Jair Bolsonaro a favor do *impeachment* da ex-presidente foram "pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff, pelo exército de Caxias, pelas

O resultado desfavorável e o *impeachment* da ex-presidente intensificaram ainda mais o sentimento de *antipetismo* suscitado pela *revolta* em relação às denúncias de corrupção relativas ao governo petista, especialmente durante os dois mandatos do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, e o *ressentimento* à melhora nas condições de vida das classes mais baixas, mediante o incentivo de programas sociais que garantissem a essa população o exercício de direitos básicos.

Leandro Lage e Luiziane Saraiva (2021, p. 127ss) explicam que o ressentimento é afeto utilizado na competição por *capital político*, tendo sido o governo Bolsonaro marcado pela “política do ressentimento”. Há duas formas de ressentimento. A primeira delas se coloca como resposta afetiva do *fraco* à opressão, à dominação pelo *forte*, em que o indivíduo ressentido constrói um adversário moral, vendo em si mesmo a imagem da bondade e no outro, a da maldade, contra o qual resultam as reações de hostilidade, rancor e ódio, fundados em uma sensação de impotência, inveja e desejo de vingança. A segunda forma de ressentimento, que é propriamente a mais relevante no contexto brasileiro, é o ressentimento não dos “fracos e dominados”, mas dos *nobres decadentes*, expresso no “ódio recalcado dos dominantes quando se encontram em face da revolta daqueles que consideravam inferiores” (Ansart, 2004, p. 19). O ressentimento é então animado pelo desejo de reencontro com a *autoridade perdida*, com o poder denegado. Também nesse caso, o ressentimento resulta em ódio reprimido, em vontade de vingança. Esse *rancor nostálgico* surge, no cenário nacional, especialmente a partir dos impactos socioeconômicos de experiências políticas com nítido enfoque na redução das desigualdades e do *incômodo* crescente experimentado pela elite social e política brasileira com transformações sociais que ameaçavam seus privilégios históricos. Restringiam-se assim as oportunidades de ostentação de diferenças de *status* social, em virtude da redução dos parâmetros de distinção e hierarquização que asseguravam aquele lugar privilegiado. Trata-se então de ressentimento não apenas com a própria decadência social, mas, principalmente, com o *desprestígio* de experimentar a *redução das desigualdades* (Cohen, 2019).

Ainda, percebe-se no Brasil claramente a expressão dessa última forma de ressentimento não apenas em elites privilegiadas, mas na própria *classe média*, cuja dificuldade para desenvolver autoconsciência de classe é histórica. A “aversão aos pobres indesejados” é marcante em parte da classe média brasileira, que se ressentente por aqueles que, “mesmo não me-

---

Forças Armadas, pelo Brasil acima de tudo e por Deus acima de tudo, o meu voto é sim” (Della Barba; Wentzel, 2016).

recendo", acabaram se saindo melhor ou receberam alguma *vantagem* injustificada – como seriam os programas de distribuição de renda ou as ações afirmativas, como as políticas de cotas para acesso a universidades públicas (Fassin, 2019). A classe média, embora não seja homogênea, caracteriza-se evidentemente como classe trabalhadora, e assume a posição de *vítima de injustiça* em relação às pessoas que recebem *tratamento especial* dos governos mediante assistência por programas sociais (Hoggett; Wilkinson; Beedell, 2013). Parte da classes média brasileira passa então “a rejeitar não os ricos historicamente privilegiados, mas os pobres emergentes que passaram a viajar de avião” (Lage; Saraiva, 2021, p. 136).

Não obstante, o uso político-estratégico do ressentimento, que marcou o bolsonarismo, cria uma identidade em meio a essa pluralidade de afetos e mesmo de classes sociais: “o sujeito ressentido, vendo-se como vítima, arroga uma autoridade moral em relação ao outro, apontado como a causa de seu infortúnio” (Lage; Saraiva, 2021, p. 136).

Ao ressentimento, soma-se a ocorrência do primeiro caso expressivo de *lawfare* na esfera política brasileira, a partir da condução judicial dos diversos processos abertos contra o ex-presidente Lula no contexto da Operação Lava Jato. O desfecho dessa operação foi a condenação de Lula pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, resultando na perda de seus direitos políticos e em sua *inelegibilidade* nas eleições de 2018.

No Brasil, a primeira alusão a *lawfare* coube a Cristiano Zanin Martins, Valeska T. Zanin Martins e Rafael Valim, que o conceituaram como “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (Martins; Martins; Valim, 2019, p. 26). Confere-se aqui conceito mais restrito a *lawfare* como *uso estratégico do Direito*, na esfera *judicial*, por aqueles que desempenham funções essenciais à *prestação jurisdicional do Estado*, mas que, nestes casos, atuam implicitamente no sentido da satisfação de seus *interesses individuais*.

Da análise desse conceito, decorre que se trata de *uso estratégico judicial* do Direito. O termo “estratégico” remonta à *teoria do agir comunicativo* de Jürgen Habermas (1987; 1989), segundo a qual o *agir estratégico* é aquele orientado exclusivamente ao êxito, ao sucesso, para tanto recorrendo o agente a ações dissimuladas, nas quais não explicita sua real intenção, mas dá a entender algo dela diverso. No agir estratégico, a linguagem tem a função exclusiva de *influenciar* o outro e não de expor um estado de coisas, ou seja, sua finalidade é a *persuasão* e não a demonstração argumentativa da *verdade*.

No entanto, *lawfare* implica não somente a falta de veracidade ou a dissimulação nas palavras e ações de indivíduos, mas se refere àqueles que agem judicialmente em nome do *Estado* ou da *sociedade* de forma

geral, como membros da *Magistratura* e/ou do *Ministério Público*. Seu compromisso é, assim, com a aplicação do Direito para a realização dos fins públicos ou sociais/coletivos, expressos, em uma democracia, nas normas jurídicas vigentes no país. Tais normas, em um regime democrático, são entendidas como expressão da vontade, das necessidades e dos interesses da sociedade e de seus membros, ou seja, representam o interesse público e social/coletivo, em nome do qual juízes e promotores encenam estar agindo ao aplicarem o Direito no contexto de *lawfare*.<sup>4</sup>

Desse modo, *lawfare* trata-se, enfim, do uso do *Direito* para *fins privados* por parte daqueles que atuam no processo judicial representando exatamente os fins públicos, sociais, expressos nas normas jurídicas estrategicamente aplicadas. No caso da Operação Lava Jato, a investigação criminal iniciada em 2014 pela Polícia Federal contra crimes de corrupção se transformou em um processo inquisitório, com a prática de atos abusivos contrários ao Estado Democrático de Direito. O sentimento antipequista foi crescentemente amplificado, sendo suficiente para que o PT passasse a ser visto como o representante de tudo aquilo que se desejava combater no país, ou seja, passasse a ocupar o lugar não mais de partido político adversário ou opositor, mas de *inimigo comum*, responsável por praticamente todas as mazelas nacionais, em meio a um discurso de ódio em uma sociedade polarizada (Toledo; Vieira; Barbosa, 2022).

A conexão entre os resultados da Lava Jato e a vitória de Bolsonaro é apresentada no discurso corrente de maneira relativamente simples: 1) a Lava Jato investigou, denunciou e prendeu parte excessiva da elite política brasileira; 2) a corrupção passou a ser vista como algo endêmico, aumentando a rejeição aos partidos tradicionais; 3) os eleitores buscaram uma alternativa de um político que não estivesse envolvido em nenhuma das denúncias dos últimos anos e ao mesmo tempo expressasse uma quebra com o padrão de ação da elite política brasileira tradicional (Nicolau, 2020, p. 46).

---

4 Ressalte-se que, justamente pela prática de *lawfare*, todas as provas utilizadas em processos relacionados à Operação Lava Jato a partir do acordo de leniência realizado com a empresa Odebrecht foram *anuladas* pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão do Ministro Dias Toffoli na Reclamação 43.007/DF, no dia 06 de setembro de 2023. A justificativa de tal anulação fundou-se no entendimento de que tais provas foram obtidas mediante a “atuação coordenada entre acusação e magistrado”; a “parcialidade do ex-Juiz Sérgio Moro e da força tarefa da Operação Lava a Jato”; os “constantes ajustes e combinações realizados entre o magistrado e o Parquet”. A reunião desses fatores representou “verdadeiro conluio a inviabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa” (Brasil, 2023, p. 109-110, 131-132).

Na campanha de Bolsonaro, ainda merece destaque o discurso que o apresentava como um *outsider* na política – embora, na verdade, não o fosse, porquanto desde 1989 ingressara no meio político, elegendo-se primeiramente como vereador no Rio de Janeiro, passando então a deputado federal por sete mandatos, de 1991 a 2018, quando foi eleito presidente da república. Portanto, Bolsonaro era um “desconhecido” na política não por se tratar de um *outsider* e, sim, por não passar de um integrante do chamado *baixo clero*, praticamente sem visibilidade. No entanto, sua apresentação como um *outsider* o colocava como diferente da política tradicional e de todos os seus vícios. Some-se a isso o atentado sofrido por Bolsonaro, enquanto candidato, durante campanha presidencial na cidade de Juiz de Fora em setembro de 2018, que o colocou em destaque na mídia, proporcionando-lhe a posição que lhe era a mais favorável, a mais indicada, considerando tanto sua pouca familiaridade com debates fundados em argumentos – baseados em dados objetivos empírica ou cientificamente comprovados –, quanto sua incontinência verbal, responsável pelas inúmeras declarações bombásticas feitas praticamente em cada oportunidade que lhe foi dada a palavra por mais de alguns minutos. O processo de recuperação do ferimento causado pela facada sofrida forneceu a Bolsonaro razões médicas cientificamente amparadas para justificar sua ausência aos debates entre os presidenciáveis naqueles eleições.

Ainda, o cenário internacional, com a vitória de Donald Trump em 2016 nos Estados Unidos, uma figura com traços comuns a Bolsonaro (o qual, inclusive, nutria por Trump manifesta admiração), contribuiu para o emprego de algumas estratégias de campanha semelhantes.

A presença digital de Bolsonaro foi crucial para o sucesso da campanha, tal como aconteceu nos Estados Unidos com Trump. Mello (2020) expõe algumas das principais estratégias utilizadas: a criação de grupos no Whatsapp e no Facebook; a identificação de influenciadores; a criação de bases com listas de números de celulares que poderiam ser segmentadas por região, renda, gênero e outros critérios de perfilamento que fortaleciam a eficácia do conteúdo enviado. As redes sociais representaram o principal meio de informação para aqueles que já cultivavam a desconfiança em relação à mídia tradicional.

Assim discorre Lilia Schwarcz (2019, p. 226-227) sobre as características dos populistas modernos, observadas no cenário brasileiro atual:

Esses novos governos têm, igualmente, recorrido a uma profusão de estratégias comuns: a seleção de um passado mítico e glorioso; a criação de um antiintelectualismo e um antijornalismo de base; um retorno à sociedade patriarcal de maneira a elevar conceitos como hierarquia e ordem; o uso da polícia do Estado ou, se necessário, de milícias para reprimir

bandidos, mas também desafetos políticos; uma verdadeira histeria sexual que acusa mulheres, gays, travestis e outras minorias de serem responsáveis pela degeneração moral de suas nações; um apelo à própria vitimização (a sua e de seus aliados), conclamando a população a reagir aos supostos alçozes de outrora; o incentivo à polarização que divide a população entre “eles” e “nós”, estabelecendo que “nós” somos os realizadores e “eles” os usurpadores; o uso extensivo da propaganda política que não preza a realidade, pois prefere inventá-la; a naturalização de certos grupos nacionais e a consequente ojeriza aos imigrantes, logo transformados em estrangeiros; a manipulação do Estado, de suas instituições e leis, visando perpetuar o controle da máquina e garantir um retorno nostálgico aos valores da terra, da família e das tradições, como se esses fossem sentimentos puros, imutáveis e resguardados.

### 3. O Governo Bolsonaro, de 2019 a 2022

O governo Bolsonaro foi marcado por diversos atos e falas do presidente, que, apesar de isoladamente terem o poder de chocar parte considerável da população, seu acúmulo acaba por gerar processo de anestesiamento, banalização e *naturalização* do absurdo, proporcionando a tolerância, convivência e mesmo aceitação, em um regime democrático, de comportamentos e discursos a ele contraditórios e, portanto, com ele racionalmente incompatíveis. Além disso, muitas das declarações funcionavam como *cortina de fumaça* para desviar o foco das atenções de ações governamentais e institucionais questionáveis.

A verborragia calculada para atormentar adversários e incomodar as instituições ajuda a desviar a atenção. É o método adotado desde que assumiu a presidência. [...] E novamente seguindo o roteiro trumpista, dia sim, dia não, submete o país a sobressaltos com seus discursos radicais e falas distópicas que confrontam a realidade e desafiam a Constituição. Enquanto distrai a opinião pública, muda leis por atos institucionais que não dependem do Congresso (El País, 2021)

Traço marcante das declarações de Bolsonaro foi o conservadorismo moral, uma verdadeira *guerra moral* para salvaguardar os valores das chamadas (ou mesmo autointituladas) *peças de bem*. Os valores a serem salvos eram restritos e específicos, limitando-se àqueles da *religião cristã* (especialmente a religião evangélica) e da tradicional *família* brasileira, o que ficara claro desde sua atuação como deputado federal, quando, por exemplo, em 2011 prestou apoio às mobilizações contrárias ao Projeto de Lei nº 122 (Brasil, 2006), que criminalizava a homofobia, bem como par-

tipou da chamada *Marcha da Família*, ocorrida em Brasília, (Exame, 2011). O moralismo sexual também era presente no discurso, com ênfase na repulsa ao movimento LGBT. Em 2002, afirmou: “não vou combater nem discriminar, mas, se eu ver (sic) dois homens se beijando na rua, vou bater” (Nascimento *et al.*, 2018, p. 156-157). O resgate dos valores cristãos e conservadores, muitas vezes, fazia frente às lutas por direitos da população LGBT e, diante disso, as declarações se davam no seguinte sentido: “se ser homofóbico é defender as crianças nas escolas, defender a família e a palavra de Deus, pode continuar me chamando de homofóbico com muito prazer, pode me dar o diploma de homofóbico” (Nascimento *et al.*, 2018, p. 158-159).

A rejeição aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, que sempre caracterizou o perfil de Bolsonaro, foi também evidentemente marcante em suas falas, mesmo antes do início do mandato. Nascimento *et al.* (2018) analisaram as matérias com pautas políticas relacionadas a Bolsonaro no ano de 2011; encontraram o total de 91 matérias, sendo que, em 78 delas, ocorreram críticas aos direitos humanos. Dessa pauta, decorre a clara oposição de Bolsonaro à reforma agrária, reduzindo-a à titulação de terras ocupadas e não à distribuição aos trabalhadores rurais sem acesso. Assim também ocorreu com a demarcação de terras indígenas, que chegou ao absolutamente contraditório ponto de ser atividade transferida por Medida Provisória (MP)<sup>5</sup> para o Ministério da Agricultura, a despeito de o garimpo irregular e a agricultura (especialmente a monocultura latifundiária) serem justamente os maiores riscos sofridos pelos indígenas, em virtude precisamente da invasão às suas terras por garimpeiros e fazendeiros nelas interessados para a satisfação de seus próprios interesses particulares. As declarações do então presidente sobre o tema foram no seguinte sentido: “enquanto eu for presidente, não tem demarcação de terra indígena” (Putti, 2019).

---

5 Quando tomou posse, Bolsonaro editou MP reestruturando o governo. Um dos pontos dessa reestruturação foi a transferência da competência de demarcação de terras indígenas da FUNAI para o Ministério da Agricultura. A MP chegou a ser aprovada pelo Congresso, mas os parlamentares modificaram o trecho sobre a demarcação, fazendo com que a atribuição fosse da FUNAI. Não bastando, Bolsonaro editou outra MP, atribuindo novamente a competência para o Ministério da Agricultura. Essa MP foi então liminarmente suspensa pelo Min. Barroso, por ser vedada, segundo o art. 62, §10 da Constituição Federal (Brasil, 1988), a reedição na mesma sessão legislativa, de MP que tenha sido rejeitada. Essa suspensão foi mantida pelo plenário do STF (D’Agostinho; Oliveira; Barbieri, 2019).

Ademais, o *militarismo* e o *punitivismo*, sempre presentes no discurso de Bolsonaro desde o início de sua vida política, seguiram como pautas centrais na sua campanha política e no seu governo. Assim, como deputado federal, em apologia à ditadura militar e à tortura, Bolsonaro defendeu a pena de morte para os cinco chilenos, dois argentinos e dois canadenses condenados no Brasil pelo sequestro do empresário Abílio Diniz, dizendo que “esses vagabundos deveriam estar todos mortos, mas antes devem ser torturados para contar quem são os integrantes de suas quadrilhas” (Nascimento *et al.*, 2018, p. 154). Em sua campanha à presidência, enxergando seus adversários políticos com o inimigos, Bolsonaro afirmou que se deveria “fuzilar a petralhada”, ao se referir aos integrantes e apoiadores do PT (Ribeiro, 2018). Finalmente, em seu mandato, o incentivo ao militarismo e à intolerância policial culminou no aumento da letalidade pela polícia. As mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil praticamente triplicaram, passando de 2.212, em 2013, para 6.416 em 2020 (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021).

A exaltação do militarismo e da ditadura militar, em posição de hostilidade às instituições democráticas, foi tema constantemente presente na fala do ex-presidente, a exemplo de seu permanente incentivo – às vezes mais explicitamente, outras vezes, menos – ao fechamento do Congresso Nacional e do STF. Esse discurso e postura são típicos do perfil dos líderes populistas da atualidade. Exemplos disso ocorreram durante a pandemia de COVID-19, quando Bolsonaro apoiou e participou de atos favoráveis ao fechamento do Congresso Nacional e do STF, ou quando, na comemoração da Independência do Brasil, no dia 7 de Setembro de 2021, em plena Av. Paulista, diante de cerca de 125 mil pessoas, Bolsonaro enfaticamente afirmou: “Temos um ministro do Supremo [Min. Alexandre de Moraes] que ousa continuar fazendo aquilo que nós não admitimos. [...] Ou esse ministro se enquadra ou ele pede para sair. [] Sai, Alexandre de Moraes. Deixa de ser canalha” e completou “[...] qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes esse presidente não mais cumprirá” (Poder 360, 2021; Uol, 2021; G1, 2021).

Ao longo do período pandêmico, a democracia brasileira, que já vivia sob declarações indecorosas, passou a conviver também com o *negacionismo* em relação à doença e às políticas de saúde. A condução do governo Bolsonaro no enfrentamento à pandemia foi catastrófica, tendo-se apresentado, em verdade, como *necropolítica*, com índices de letalidade próprios de guerras: em dezembro de 2022, último mês do governo Bolsonaro, o número de mortes pela Covid no Brasil era de cerca de 694.000 pessoas. O Brasil foi o segundo país no mundo com maior número de mortes, ficando atrás apenas dos EUA. Na maior guerra da história, a segunda guerra mundial, nenhum país da Europa Ocidental, exceto a própria Ale-

manha, teve tantas perdas.<sup>6</sup> A conduta do ex-presidente se aproximou do chamado *darwinismo social*, no qual a proteção dos mais fracos subverte a natureza e sobrevivem os fisicamente mais fortes. A doença foi minimizada por Bolsonaro como *gripezinha*, que não teria a capacidade letal então divulgada pela mídia internacional (BBC, 2020). À medida que a pandemia avançava no tempo e no espaço, atingindo números cada vez maiores de infectados e mortos, o ex-presidente reiterava falas de que ele nada poderia fazer em relação ao elevado número de mortes, afinal “é a vida. Todos nós iremos morrer um dia”, chegando a responder com impaciência a um repórter, que lhe perguntou sobre o número de vítimas no país: “eu não sou cozeiro, tá certo?” (Gomes, 2020). Além disso, destaca-se a divulgação pelo governo do chamado kit COVID, com medicamentos comprovadamente ineficazes para o tratamento da doença, tais como cloroquina, azitromicina e ivermectina e o desestímulo ao cumprimento das medidas internacionalmente adotadas como o uso de máscaras, o isolamento e, principalmente, a vacina (Santos; Crispim, 2021). O isolamento era desestimulado devido aos seus efeitos de enfraquecimento da economia, apresentada como prioridade pelo governo na campanha *O Brasil não pode parar*, a qual diminuía a gravidade da pandemia quanto à saúde e à vida e estimulava o povo a não deixar de realizar suas atividades plenas (CNN Brasil, 2020). A campanha foi questionada perante o STF em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 669/MC DF e o Min. Roberto Barroso decidiu liminarmente pela vedação da produção e circulação da campanha em qualquer meio. Na decisão:

[...] uma campanha publicitária, promovida pelo Governo, que afirma que “O Brasil não pode parar” constitui, em primeiro lugar, uma campanha não voltada ao fim de “informar, educar ou orientar socialmente” no interesse da população (art. 37, §1º, CF). [...] Trata-se, ademais, de uma campanha “desinformativa”: se o Poder Público chama os cidadãos da “Pátria Amada” a voltar ao trabalho, a medida sinaliza que não há uma grave ameaça para a saúde da população e leva cada cidadão a tomar decisões firmadas em bases inverídicas acerca das suas reais condições de segurança e de saúde. (Brasil, 2020, p. 15)

---

6 Na França, país da Europa Ocidental com as maiores perdas na segunda guerra mundial depois da Alemanha, foram cerca de 600.000 mortos (entre civis e militares). Na Áustria, foram 370.000 mortos. No Reino Unido, foram 450.900 mortos (Ecos da Segunda Guerra Mundial, 2023).

#### 4. Eleições de 2022 e posterior cenário nacional

O contexto das eleições em 2022 foi diferente daquele de 2018, especialmente pela candidatura do principal opositor político de Bolsonaro, Lula, pelo PT. A força política de Lula fez com que importante estratégia de campanha bolsonarista fosse a manutenção do apelo ao sentimento de antipetismo. As redes sociais permaneceram como a principal ferramenta durante esse processo, veiculando narrativas distópicas e com linguagem simplificada, capazes de intensificar a intolerância e acentuar a polarização, inviabilizando o debate democrático (Soares; Correia, 2022).

Esse debate é o único meio eficaz de aproximar aqueles com posições distintas mediante diálogo fundado no respeito ao outro como um *igual a si em liberdade*; é a única forma, portanto, de reconstruir o sentido de uma sociedade plural ofuscado pela suposta homogeneidade o povo presumida pelo populismo. A despeito da absolutamente mal-conduzida gestão do combate à pandemia pelo governo Bolsonaro e apesar de suas incontáveis declarações e atos antidemocráticos, Bolsonaro ainda contou com 43,2% dos votos válidos, contra 48,43% de Lula no primeiro turno (Uol, 2022).

A aliança dos candidatos e partidos com distintas ideologias e posições políticas (variando do centro à esquerda) em defesa da *democracia* como *elemento comum* foi central. Simone Tebet, que havia disputado a presidência pelo MDB, partido centrista, com a obtenção de 4,16% dos votos, declarou expresso apoio a Lula, por reconhecer nele “compromisso com a democracia e com a Constituição”, afirmando não caber naquele momento “a omissão da neutralidade” (Lima; Garcia, 2022). Também declararam seu apoio a Lula o ex-candidato à presidência Ciro Gomes (PDT), que obteve 3,05% dos votos válidos; o senador José Serra (PSDB); o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB); o economista Armínio Fraga, presidente do Banco Central no governo de FHC (G1, 2022), dentre outros.

Lula ganhou as eleições de 2022 no segundo turno. No entanto, os números foram ainda mais impressionantes nesse momento: a despeito do peso de (i) todos os aspectos absolutamente sérios e negativos destacados em relação às declarações e à postura de Bolsonaro ao longo de seu mandato presidencial, e (ii) mesmo contando com o apoio de diversos políticos e pessoas públicas, em especial dos ex-presenciáveis Simone Tebet e Ciro Gomes, que juntos reuniram 7,21% dos votos no primeiro turno, Lula venceu as eleições com 50,9%, tendo Bolsonaro ficado com 49,1% dos votos (TSE, 2022). Essa diferença mínima entre ambos, junto aos demais números abaixo, leva a uma série de conclusões:

- 1) No primeiro turno, os 48,43% de votos destinados a Lula representam 57.259.504 votos; e os 43,2% destinados a Bolsonaro totalizam 51.072.345 votos. No segundo turno, os 50,9% dos votos em Lula correspondem a 60.435.999 votos e os 49,1% de votos destinados a Bolsonaro correspondem a 58.206.354 votos. Isso significa dizer que, enquanto Lula conquistou 3.086.495 votos adicionais no segundo turno, Bolsonaro conquistou mais do que o dobro de eleitores (7.134.009 votos);
- 2) Muito poucos eleitores que não haviam votado no primeiro turno se mobilizaram para efetivamente participar das eleições no segundo turno. O número de abstenções em ambos os turnos manteve-se basicamente o mesmo: 20,95% de abstenções no primeiro turno e 20,58% no segundo turno. Isto é, houve uma mínima redução de 0,37% (ou 570.424 eleitores) nas abstenções, no segundo turno;
- 3) Como o número de abstenções e votos inválidos (nulos e em branco) pouco variou entre os turnos, os votos que Lula e Bolsonaro efetivamente disputaram foram aqueles destinados aos demais candidatos presidenciais. Tais votos somaram o total de 10.468.294, dos quais 81% (8.514.710 votos) destinaram-se à Simone Tebet e Ciro Gomes no primeiro turno. Ambos declararam expresse apoio a Lula no segundo turno. No entanto, como exposto, Lula obteve no segundo turno apenas 3.086.495, enquanto 7.134.009 eleitores votaram em Bolsonaro. Isto é, 68% dos eleitores que mudaram seu voto no segundo turno optaram por Bolsonaro.

Desse modo, uma das mais surpreendentes conclusões a que se chega a partir da análise dos números relativos às eleições de 2022 é que a maior parte dos eleitores de Simone Tebet e Ciro Gomes optou por Bolsonaro no segundo turno, a despeito de seu candidato original ter declarado a importância de se relevarem as diferenças ideológicas naquele momento, em prol da garantia do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, a despeito de Lula ter vencido as eleições, é preocupante verificar como grande parte dos brasileiros não apenas tolera as afrontas à democracia e o desrespeito aos direitos fundamentais experimentados no governo de Bolsonaro, como *opta* por essa afronta e desrespeito. Essa é a opção de metade dos eleitores (49,1%), o que corresponde a um terço da população brasileira<sup>7</sup>, sendo que a diferença entre o número de eleitores de Lula e de Bolsonaro (2.139.645 votos) representa menos do que 1% dos brasileiros.

---

7 Os 58.206.354 eleitores de Bolsonaro equivalem exatamente a 27% da população brasileira atual de 216,4 milhões (UNFPA, 2023).

Esses percentuais são alarmantes, especialmente pelo fato de a experiência internacional ter demonstrado que a *principal oportunidade* para se frear o processo crescente de erosão da democracia e evitar que se chegue a um ponto de não retorno, com a transformação do líder populista em um ditador, tem sido as primeiras eleições subsequentes à sua ascensão, pelo fato de as *instituições* ainda estarem em funcionamento e a *oposição política* ainda oferecer resistência efetiva, mantendo chances reais de êxito eleitoral naquele contexto. Com a reeleição, as instituições e a oposição perdem considerável parte de sua capacidade de resistência, as medidas de exceção se normalizam, o arbítrio é naturalizado e a expectativa de perpetuação do regime não democrático se generaliza, como mostram, por exemplo, os cenários da Turquia, Hungria ou Venezuela.

O inquietantemente elevado índice de aprovação de Bolsonaro (metade dos eleitores do país ou um terço da população brasileira) deriva do perturbador e destrutivo nível de polarização da sociedade brasileira, que segue alto mesmo após as eleições de 2022. Demonstração mais clara disso foi a chocante *violência pós-eleitoral* (V-Dem, 2023) expressa nos deprimentes atos golpistas praticados em 08 de janeiro de 2023, com a invasão e dilapidação das sedes dos Três Poderes brasileiros, experiência inédita no cenário não apenas nacional, mas mundial. Não há notícia na História de ocupação popular dos prédios dos três Poderes do Estado, com a depredação não apenas material, mas especialmente *simbólica* pelo povo do seu próprio patrimônio.<sup>8</sup>

O país segue enfrentando processo de identificação de todos os envolvidos nos atos do dia 08 de janeiro, seja invasores, seja financiadores, a fim de responsabilizá-los legalmente (Exame, 2023). Talvez representem algum alento os resultados de estudo intitulado *Panorama Político*, realizado pelo instituto de pesquisa DataSenado, divulgado ainda em fevereiro de 2023. Esse foi um dos primeiros trabalhos realizados após os atentados de 08 de janeiro, no qual são trazidas diversas estatísticas sobre o posicionamento da sociedade brasileira em relação à democracia. Um dos talvez mais motivantes “efeitos colaterais” daqueles atos de alienada

---

8 Dentre todos os atos toscos, agressivos e ilegais praticados pelos invasores dos prédios públicos, talvez o que mais lamentavelmente expressa essa destruição pelo povo do seu próprio patrimônio simbólico tenha sido a cena de um dos vândalos subindo em escultura que simboliza a *justiça*, erguendo, abrindo e agitando, em gestos de escárnio, exemplar da *Constituição Federal* que ficava exposto na sede da mais alta Corte do país, o Tribunal Constitucional brasileiro, STF. Esse exemplar da Constituição foi roubado durante a invasão (Uol, 2023).

agressividade e incivilizado arbítrio seja o *aumento do apoio à democracia*, identificado nos números apresentados pelo relatório.

A *democracia* foi apontada como *melhor forma de governo* por 73% dos brasileiros, recuperando o maior patamar alcançado em meados de 2016, com um aumento de 6 pontos percentuais. Este aumento se justifica com a redução daqueles que consideram que, em algumas situações, um governo autoritário seria melhor.

[...]

Em relação ao *nível de satisfação com a democracia* do Brasil, 18% dos brasileiros se declaram *muito satisfeitos*. Este patamar representa um *aumento de 8 pontos* percentuais em relação ao final de 2021 e pode ser explicado pela queda de 9 pontos percentuais daqueles que se declaram pouco satisfeitos, que agora representam 49% dos brasileiros. O grupo que não está nada satisfeito com a democracia no Brasil se manteve constante e corresponde a 28% da população. (DataSenado, 2023) (grifos acrescidos)

## Conclusão

Diante do cenário exposto, compreende-se o governo Bolsonaro enquanto populista, tendo em vista suas pautas conservadoras e antidemocráticas, de direita e extrema direita. Isso se torna evidente com seus discursos que contrariam os pilares da democracia liberal: o sistema de voto, os direitos fundamentais e a separação de poderes. Um Brasil abalado (i) por escândalos de corrupção espetacularizados pela mídia; (ii) pela prática de *lawfare* na condução judicial da Operação Lava Jato; (iii) pela condenação do principal candidato à presidência da república nas eleições de 2018, Lula, com a cassação de seus direitos políticos; e (iv) por severa crise econômica nacional, foi o cenário ideal para a demonização do Partido dos Trabalhadores como o inimigo comum do país. Assim, a estratégia eleitoral de Bolsonaro com o discurso de *outsider*, de alguém diferente da política tradicional, aliado à presença digital e uso massivo da mídia social, com a criação de grupos e de bases de dados segmentadas, pavimentou o sucesso de seu governo populista nas eleições de 2018.

Esse governo foi a coroação do processo de erosão da democracia brasileira, que começara anos antes e do qual o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff havia sido um dos mais graves exemplos, em 2016. O retrocesso nas conquistas de direitos, reforçado pelos atos e falas antidemocráticos do ex-presidente Bolsonaro, com constante ataque às instituições – em especial, ao Congresso Nacional e ao Supremo Tribunal Fede-

ral – e apelos ao seu fechamento, demarcaram a fragilização do sistema de freios e contrapesos. Os questionamentos à mídia tradicional, tida como um espaço de controle excessivo, alçou as redes sociais à importância de principal meio de difusão de informação, o que levou à criação de estratégias como as bolhas virtuais e câmaras de eco, com conteúdos elaborados para causar a comoção desejada, e intensificar certezas e a ilusão de homogeneidade, em lugar do debate plural.

Não bastante a postura marcadamente antidemocrática, Bolsonaro se apresentou como um populista, pautado no conservadorismo moral segundo os valores da religião evangélica e da família tradicional brasileira, no moralismo sexual com forte repulsa ao movimento LGBT, e na rejeição aos direitos humanos, com a criação de embaraço para a demarcação e proteção dos territórios dos povos indígenas, além do aumento dos índices de letalidade da polícia em âmbito nacional. Soma-se a todo esse cenário a condução absolutamente desastrosa e irresponsável do governo Bolsonaro no combate à pandemia de COVID-19, marcada pelo negacionismo e desinformação.

Por outro lado, as eleições de 2022 se apresentaram como a grande chance de frear o avanço autoritário, tendo em vista que o maior adversário político de Bolsonaro, Lula, estava concorrendo, o que não aconteceu em 2018. Entretanto, Bolsonaro ainda contava com considerável popularidade e os escândalos de corrupção anteriores envolvendo o Partido dos Trabalhadores foram responsáveis pela manutenção do sentimento de antipetismo em grande parte da população brasileira, o que foi usado como ferramenta de campanha, juntamente à constante incitação ao ódio nas redes sociais.

Por fim, destaca-se que a vitória de Lula nas urnas infelizmente não significa a garantia de derrota do populismo brasileiro ou a definitiva superação do processo de erosão da democracia, considerando-se os números das eleições – por exemplo, o fato de Lula ter sido eleito no segundo turno com a mínima diferença de 1,8% dos votos, percentual que corresponde à escolha de menos de 1% da população brasileira considerada na sua totalidade. A demonstração maior de permanência da polarização na sociedade e do apoio ainda desfrutado por Bolsonaro na população foi a violência pós-eleitoral ocorrida no dia 08 de janeiro de 2023, com atos de intensa depredação do patrimônio público praticados por mais de 4.000 vândalos, por meio da invasão e depredação das sedes dos Três Poderes brasileiros – os prédios do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal. O descrédito nas instituições, a manutenção da desinformação, o estímulo ao discurso de ódio e à intolerância ainda são desafios remanescentes à consolidação da democracia brasileira.

Porém, é alentador constatar não apenas a derrota eleitoral – ainda que com mínima margem de diferença nos votos – de líder populista que governara o país naturalizando crescentemente o arbítrio e a hostilidade, como verificar, nos resultados de estudos posteriores aos atos golpistas de janeiro, a retomada do processo oposto ao descrito neste capítulo: a *afirmação e busca de consolidação da democracia na realidade brasileira*.

## Referências

- ANSART, Pierre. Em defesa de uma ciência social das paixões políticas. *História: Questões & Debates*, v. 17, n. 33, p. 145-164, 2000.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso; FIGUEIREDO, Fernanda Farias; COUTO, João Victor Lima de Abreu. Algoritmos, Inteligência Artificial e Novas Formas de “Fazer Política”: análise da influência da IA nos processos eleitorais democráticos na contemporaneidade. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, v. 21, n. 41, p. 175-193, 2021.
- BBC News Brasil. **2 momentos em que Bolsonaro chamou covid-19 de ‘gripezinha’, o que agora nega**. 27 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>. Acesso em: 09 set. 2023.
- BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda*. Razões e Significados de uma Distinção Política. São Paulo: Editora UNESP, 1995.
- BORGES, Laryssa. *Sergio Moro aceita convite e será novo ministro da Justiça*. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/sergio-moro-aceita-convite-e-sera-novo-ministro-da-justica/>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- BRASIL. Decreto de 21 de abril de 2022. *Diário Oficial da União*: seção 1 - Extra D, Edição 75-D, Brasília, DF, 21 abr. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 43.007/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 06 set. 2023. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/09/integra-decisao-toffoli-impeachment-dilma.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.
- CASTRO, Juliana. *Lula, Bolsonaro, Doria ou Ciro: quem tem a maior rejeição?*. Disponível em: <https://www.jota.info/eleicoes/lula-bolso->

- naro-doria-ou-ciro-quem-tem-a-maior-rejeicao-07042022. Acesso em: 13 mai. 2022.
- COHEN, Jean L. Populism and the Politics of Resentment. *Jus Cogens*, v. 1, n. 1, p. 5-39, 2019.
- CNN Brasil. *Governo lança campanha Brasil não pode parar contra medidas de isolamento*. 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/governo-lanca-campanha-brasil-nao-pode-parar-contra-medidas-de-isolamento/>. Acesso em: 09 set. 2023.
- D'AGOSTINHO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana Oliveira; BARBIERI, Luiz. *STF mantém suspensão trecho de MP que transferiu demarcação de terras indígenas para agricultura*. G1. 01 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/01/stf-mantem-suspensao-trecho-de-mp-que-transferiu-demarcacao-de-terras-indigenas-para-agricultura.ghtml> Acesso em: 09 set. 2023.
- DATASENADO. *Panorama Político 2023: Opiniões sobre democracia, sociedade e prioridades do cidadão em um contexto pós-eleitoral*. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasetenado/arquivos/panorama-politico-2023>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- DELLA BARBA, Mariana; WENTZEL, Marina. *Discurso de Bolsonaro deixa ativistas estarecidos' e leva OAB a pedir sua cassação*. BBC News Brasil. 2016. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160415\\_bolsonaro\\_ongs\\_oab\\_mdb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160415_bolsonaro_ongs_oab_mdb). Acesso em: 07 set. 2023.
- CNPq. *Diretório de Grupos de Pesquisa*. Disponível em: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9577817194798619](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9577817194798619). Acesso em: 07 set. 2023.
- ECOS da Segunda Guerra Mundial. *Os mortos na segunda guerra mundial – civis e militares*. 2013. Disponível em: <https://segundaguerra.org/os-mortos-na-segunda-guerra-mundial/>. Acesso em: 09 set. 2023.
- EL PAÍS BRASIL. *O método Bolsonaro, um assalto à democracia em ca?mera lenta*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-18/o-metodo-bolsonaro-um-assalto-a-democracia-em-camera-lenta.html>. Acesso em: 27 set. 2021.
- EXAME. *A manifestação de grupos religiosos contra lei anti-homofobia em imagens*. 2011. Disponível em: <https://exame.com/mundo/a-manifestacao-de-grupos-religiosos-contra-lei-anti-homofobia-em-imagens/>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- EXAME. *Atos terroristas: os 11 pontos para entender tudo desde o 8 de janeiro*. 2023. Disponível em: <https://exame.com/brasil/atos-terro->

- ristas-os-11-pontos-para-entender-tudo-desde-o-8-de-janeiro/. Acesso em: 27 jun. 2023.
- FASSIN, Éric. *Populismo e ressentimento em tempos neoliberais*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2019.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- GOMES, Pedro Henrique. “Não sou coveiro, tá? Diz Bolsonaro ao responder sobre mortos por coronavírus. G1. 20 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/20/nao-sou-coveiro-ta-diz-bolsonaro-ao-responder-sobre-mortos-por-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 09 set. 2023.
- G1. *Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que Ministro tem tempo para se redimir: ou se enquadra ou pede para sair*. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/07/bolsonaro-ataca-alexandre-de-moraes-e-diz-que-ministro-tem-tempo-para-se-redimir-ou-se-enquadra-ou-pede-para-sair.ghtml>. Acesso em: 16 set. 2023.
- G1. *Segundo turno das eleições: saiba quem anunciou apoio a Lula e a Bolsonaro nesta quarta-feira*. 05 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/10/05/segundo-turno-das-eleicoes-saiba-quem-anunciou-apoio-a-lula-e-a-bolsonaro-nesta-quarta-feira.ghtml>. Acesso em: 09 set. 2023.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madri: Taurus, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HOGGETT, Paul; WILKINSON, Hen; BEEDELL, Pheobe. Fairness and the Politics of Resentment. *Journal of Social Policy*, v. 42, n. 3, p. 567, 2013.
- HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, p. 78-169, 2018.
- LAGE, Leandro R.; SARAIVA, Luiziane S. Ressentimento e Guerra Cultural no Populismo de Extrema Direita: tensões morais e fronteiras de antagonismo. Dossiê Guerras Culturais. *Revista Eco-Pós*, v. 24, n. 2, p. 124-150, 2021.
- LIMA, Kevin; GARCIA, Gustavo. *Terceira colocada nas eleições, Simone Tebet declara apoio a Lula no segundo turno*. G1. 05 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/10/05/terceira-colocada-nas-eleicoes-simone-tebet-declara-apoio-a-lula-no-segundo-turno.ghtml>. Acesso em: 09 set. 2023.

- MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.
- MELLO, Patrícia Campos. *A máquina do ódio: Notas de uma repórter sobre fake News e violência digital*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- MENDES, Lucas. *Plenário do STF anula condenações de Lula na Lava Jato*. Poder 360. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stf-forma-maioria-para-anular-decisoes-da-justica-de-curitiba-contralula/>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- NASCIMENTO, Leonardo *et al.* “Não falo o que o povo quer, sou o que o povo quer”: 30 anos (1987-2017) de pautas políticas de Jair Bolsonaro nos jornais brasileiros. *PLURAL*, São Paulo, v. 25.1, p. 135-171, 2018, Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/149019/146180>. Acesso em: 31 out. 2020.
- NICOLAU, Jairo. *O Brasil dobrou à direita: Uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- PARISER, Eli. *The Filter Bubble: what the internet is hiding from you*. Nova York: Penguin Press, 2011.
- PODER 360. *Leia a íntegra do discurso de Bolsonaro no ato de 7 de Setembro em São Paulo*. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/leia-a-integra-do-discurso-de-bolsonaro-no-ato-de-7-de-setembro-em-sao-paulo/>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- PUTTI, Alexandre. *Bolsonaro: “Enquanto eu for presidente, não tem demarcação de terra indígena”*. Carta Capital. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-enquanto-eu-for-presidente-nao-tem-demarcacao-de-terra-indigena/>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- RIBEIRO, Janaína. *"Vamos fuzilar a petralhada", diz Bolsonaro em campanha no Acre*. Exame. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/>. Acesso em: 13 mai. 2022.
- SANTOS, José Matheus; CRISPIM, Roberto. *Bolsonaro desdenha de vacina e enaltece “kit Covid” um dia após CPI lhe atribuir 9 crimes na pandemia*. Folha de São Paulo. 21 out. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/10/bolsonaro-desdenha-de-vacina-e-enaltece-kit-covid-um-dia-apos-cpi-apontar-9-crimes-dele-na-pandemia.shtml>. Acesso em: 09 set. 2023.
- SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

- SOARES, Ingrid; CORREIA, Victor. *Bolsonaro aposta em redes sociais, polarização e em sentimento antipetista*. Estado de Minas. 18 abr. 2022. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/04/18/interna\\_politica,1360606/bolsonaro-aposta-em-redes-sociais-polarizacao-e-em-sentimento-antipetista.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/04/18/interna_politica,1360606/bolsonaro-aposta-em-redes-sociais-polarizacao-e-em-sentimento-antipetista.shtml). Acesso em: 09 set. 2023.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- SUNSTEIN, Cass. *Going to Extremes*. How like minds unite and divide. Nova York: Oxford University Press, 2009.
- TOLEDO, Cláudia; VIEIRA, Nicholas; BARBOSA, Karine. The decline of democracy, the mass phenomenon and the Brazilian case. *Studies in Social Science Review*, v. 3, n. 4, p. 869-877, 2022.
- TRIBUNAL Superior Eleitoral. *Portal do TSE*. 2023. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao-resultados/home-comparecimento-votacao?session=201074864714137>. Acesso em: 10 set. 2023.
- UNITED Nations Population Fund (UNFPA). 2023. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/situacao-da-populacao-mundial-2023-8-bilhoes-de-vidas-infinitas-possibilidades>. Acesso em: 11 set. 2023.
- UOL. *Bolsonaro prega desobediência a Moraes no STF em ato golpista em SP*. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/07/7-de-setembro-discurso-bolsonaro-aveni-da-paulista.htm>. Acesso em: 12 set. 2023.
- UOL. *Resultado das eleições para presidente*. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/analise/presidente-1-tur-no/resultado-das-eleicoes-para-presidente-considerando-os-votos-validos/?uf=sp>. Acesso em: 09 set. 2023.
- UOL. *Terroristas pegam réplica da Constituição no STF; original está em museu*. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/01/08/terroristas-pegam-replica-da-constituicao-no-stf-original-esta-em-museu.htm>. Acesso em: 11 set. 2023.
- V-DEM INSTITUTE. *Autocratization Turns Viral: democracy report 2021*. Gotemburgo: GU Interntryckeri, 2021. 52 p. Disponível em: [https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr\\_2021.pdf](https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf). Acesso em: 13 mai. 2022.
- V-DEM INSTITUTE. *Defiance in the Face of Autocratization: democracy report 2023*. Gotemburgo: GU Interntryckeri, 2023. 56 p. Dispo-

nível em: [https://v-dem.net/documents/29/V-dem\\_democracyreport2023\\_lowres.pdf](https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf). Acesso em: 27 jun. 2023.

VOßKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Sarai-va Educação, 2020.

## 2. TENSÕES PARA O ESTADO DE DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO SUL GLOBAL: DESAFIOS DIANTE DA RECARIZAÇÃO SOCIAL E A NECESSÁRIA DESCOLONIZAÇÃO

*Maria Lúcia de Paula Oliveira*

### Introdução

A invocação da importância do Estado de Direito e do seu correspondente (ainda que não exatamente sempre com os mesmos significados) em língua inglesa( “rule of law” ) é uma característica do discurso sobre o político na contemporaneidade. Invoca-se o Estado de Direito, assim como os Direitos Humanos, como conceitos universais, passíveis de utilização em qualquer lugar do mundo. Alguns desafios se colocam, porém, para esse universalismo do Estado de Direito: será possível formular um conceito de Estado de Direito que dê conta das várias expressões históricas do Estado de direito, bem como das várias formas como o Estado de Direito pode se estruturar nos vários sistemas jurídicos? É possível se questionar se o chamado “Estado de Direito”, ao menos uma certa espécie de concepção de Estado de Direito, não pode ser um resíduo de uma “herança colonialista”, da qual deve se dar conta. Mas, por outro lado, nos Estados do Sul Global é possível identificar um papel relevante que a normatização e institucionalização do Estado de Direito podem ter.

É bom que se saliente que o conceito de “Sul Global” já traduz no seu surgimento uma postura crítica no que concerne às hierarquias de poder, de dominação globais, que subordinaram, ao longo da história, pessoas e instituições de parte significativa do mundo. Não se trata de um conceito geográfico, ainda que se possa identificar como “Sul Global” países da Ásia, África e América. Já se referiu ao Sul Global como sendo uma metáfora do sofrimento humano causado pelo colonialismo e pelo capitalismo a nível global.(BERGER,2020,p.2)

Contemporaneamente, existe uma tendência, identificada primorosamente por Jeremy Waldron de uma concepção reducionista do Estado

de Direito, identificada com aquilo que poderia se chamar um “constitucionalismo dos mercados”, no qual o papel das instituições jurídicas e políticas seriam basicamente trazer segurança para a liberdade de mercado. O modelo neoliberal e o seu desdobramento contemporâneo num sistema político e social de “capitalismo da precarização”, ilustram experiências políticas instruídas por essas concepções. Importante, em contraposição, pensar um Estado de Direito, articulado com um constitucionalismo que dê conta dos desafios da desigualdade socioeconômica e da precarização social. Nestes termos, remetemos à interessante contribuição do constitucionalista argentino Roberto Gargarella, que redimensiona a relação entre Estado de Direito e Constitucionalismo, numa apreciação crítica, que teremos a ocasião de apresentar.

Como já se pode evidenciar, as tensões para o Estado de Direito são indiscutíveis nos Estados do Sul Global, como se ilustra, inclusive, na realidade política brasileira. O objetivo pretendido é diagnosticar as tensões advindas da invocação de Estado de Direito na experiência política distinta daquela relativa aos países onde esse mesmo conceito surgiu (Podemos pensar em Inglaterra, Alemanha ou França) e os desafios para sua efetivação em sistemas políticos com democracias jovens, grande desigualdade social e nas quais a precarização social produz resultados terríveis.

## **1. O Estado de Direito e a necessidade de descolonização: o transplante do conceito e desafios para sua configuração**

Indiscutivelmente, o conceito de “Estado de Direito” faz parte da nossa “herança colonial”. E, como bem lembra o comparativista, Upendra Baxi, falar em herança colonial implica reconhecer um processo de dominação, que se deu em boa parte pela força, com maior ou menor resistência (BAXI, .2003) Essas transações, que surgem a partir da herança colonial podem encobrir o silenciar das vozes dos que sofrem a violência, se subordinando à herança colonial, que redundo no colonialismo. Baxi é bastante crítico quanto a essa incorporação da herança colonial, os estudos jurídicos comparativos que privilegiam do ponto de vista positivista, os institutos e formas de normatividade da legalidade global dominante(BAXI,2003). Do ponto de vista de teorias do desenvolvimento, os estudos comparativos costumam realçar a superação do pré-moderno pelo moderno, com o desenvolvimento econômico, decorrente da incorporação desses mesmos modelos colonialistas. É preciso atentar para a história complexa subjacente. Falando em “herança colonial”, é importante perceber como essa herança marca a história mesmo após o fim do colonialismo, refletindo, por exemplo na narrativa que conforta e confirma as imagens euro-americanas de progresso e “desenvolvimento”. Mantém-se

a perspectiva de que a lei moderna seria um presente do Ocidente para o mundo, reeditada contemporaneamente no discurso triunfalista com relação aos méritos da globalização.

Upendra Baxi (2003, p.49) lembra, com propriedade, que o “Estado de Direito”, a doutrina da separação dos poderes, a autonomia relativa das profissões legais e as Cartas de Direitos são oferecidas como invenções morais da teoria jurídica e política euro-americana sem nenhuma linhagem em nenhum outro lugar (BAXI, 2003, p.. A missão pós-colonial seria simplesmente fazer desenvolver essa potência do direito moderno. No entanto, é importante perceber como esse ideário, a serviço de imagens icônicas de “democracia”, “boa governança” ou “racionalismo econômico”, está, na verdade, a serviço do propósito de tornar o mundo seguro para o investidor estrangeiro. De outro lado, a trajetória do direito moderno, especialmente quando deslocamos nossa atenção para o Sul Global, camufla uma história brutal de combinação do “Estado de Direito” com um “Reino de Terror”, se constituindo naquilo que se denominou como as “Mitologias Brancas”. Ou seja, ainda que se tenha um Estado de Direito, sua formulação convive com processos oficiais e semi-oficiais de opressão e subjugação, perceptível, por exemplo, nos países que vivem sob o flagelo da escravidão. Como bem ilustra o trabalho de Luiz Gama no Brasil em sua luta contra o escravismo, a principal tarefa do advogado, do jurista, que quer contestar a leitura oficial do direito, é buscar a universalização dos direitos, por meio da “desuniversalização” de conceitos abstratos jurídicos, que encobriam a opressão. Assim, “povo”, “cidadão”, “eleitor”, “representante”, “escravo” e “senhor” foram categorias quebradas, cindidas por Luiz Gama em sua atuação forense, para dar conta das diferenças legitimadas e das violências justificadas. (LIMA, 2024, p.515). A mesma lógica pode ser aplicada aos povos indígenas e a forma como o Direito colonial lidou com eles:

Dá-se uma grande variedade de práticas que vão dos acordos à guerra, por todo tipo de mediação e composição, caracterizadas em geral pelo denominador comum da evolução e do desenvolvimento à margem de programas e mandatos constitucionais e pelo resultado da atribuição ao Estado de um poder arbitrário e incontestável e ao povo indígena um direito frágil e precário; a população nativa chega, desse modo, a usufruir de uma autonomia tolerada e baseada nos costumes, mas não garantida por um poder próprio e por um preciso ato de reconhecimento. Entre um ordenamento e outro, entre a vontade explícita de alguns Estados e a hipocrisia de outros, não parece que se instaure uma ordem jurídica de alcance geral. Que possibilidade existe de um Estado de Direito que possa se estender efetivamente para toda a Nação. (CLAVERO, 2006, p. 661)

Um ponto a ser destacar é aquele que identifica o juridicismo (a idéia de que ter boas leis resolve qualquer problema no mundo) presente no discurso sobre o direito moderno. Substituir o “governo dos homens” pelo “governo das leis” com uma condição indispensável para emancipação humana. Criou-se uma idealização de um direito moderno, que “apagou” as várias histórias de agressões de classe, raça ou gênero, que persistiram. A lei se torna uma “tática política”, para disfarçar processos de dominação, daí a presença de uma desconfiança na lei nessa parte do mundo que recebeu a herança colonialista. Por outro lado, se des-simboliza as lutas populares por uma legalidade alternativa, já que o modelo de legalidade emancipador seria somente o modelo eurocêntrico.

Para Upendra Baxi (2003, p.57), existem alguns legados dessa “herança colonialista”: uma governabilidade mercantilista (o modelo de mercado privado prevalece e com ele a política comercial, daí por que os comerciantes se tornam ou formam os legisladores e os juizes com modelos legais inspirados na legalidade metropolitana), uma “alta”- legalidade colonial (em que o sistema legal replica o modelo de conquista metropolitana, se tornando a própria lei mecanismo de conquista) e um “baixo nível de liberdade civil” (a lealdade do sujeito colonial é obtida pela força, por meio do aparato policial e penal, implementando-se regimes de vigilância e terror para manter ordens econômicas extremamente opressivas, mas que convergem para o progresso capitalista). É possível falar, portanto de uma “legalidade predatória”, destinada a promover a prosperidade imperial e estruturar a violência colonial.

A “linguagem dos direitos”, subjacente ao modelo do Estado de Direito, do ponto de vista colonialista, tem algumas funções, como, por exemplo, a mediação e a proteção das facções do capital que competem entre si. Os direitos, nesse contexto, emergem como favores ou concessões, pelas mais variadas razões, pelo soberano colonial. Justifica-se, então, direitos garantidos diferentemente, já que eles não são limites ao poder supremo executivo, mas marcos do poder do soberano. Uma graduação na atribuição dos direitos se justifica para manter certo padrão de governabilidade, daí porque injustificável qualquer interpretação extensiva dos direitos para além das “fontes” estabelecidas do direito. Incabível, nesse contexto, o discurso dos direitos naturais do constitucionalismo moderno, sendo incabível a criação “jusnaturalista” de direitos. O modelo “patriarcal” do direito que é próprio do sistema jurídico colonial reitera muitas vezes as práticas pré-coloniais de subjugação de gênero e raça.

Cumprir examinar mais detidamente os esforços ocidentais para transplantar não instituições ou teorias jurídicas, mas noções basilares da civilização ocidental como a do Estado de Direito. Mauro Bussani (2020, p.704) nos lembra do “etnocentrismo expansivo”, que os antropólogos

identificam, que seria essa tendência de considerar a nossa forma de sociedade melhor do que qualquer outra e tentar espalhá-la o máximo possível. Para o Ocidente, Democracia e Estado de Direitos seriam elementos valiosos por si mesmos e pelo que eles possibilitam. É claro que existe ainda também uma convergência entre esse etnocentrismo expansivo e os interesses ocidentais. Indispensável para viabilizar o transplante ou a “transação” (como propõe Baxi), seria a construção de uma base cultural comum compartilhada que permita algum sucesso do transplante. Hoje, por exemplo, a globalização jurídica tem sido defendida por grandes partes do público ocidental e da elite política, intelectual, econômica e profissionais:

Scholars are indeed powerful agents of legal change and of legal transplants. In addition to advising governments and agencies, they participate in transnational public debates, and, therefore, may influence foreign legal circles, debates, and public opinion. They are not perceived by local communities as agents of external imposition, and as such they do not trigger resistance. () Next to economic power, scholars certainly represent one of the most effective channels through which Western legal notions and models have progressively entered the vocabulary, and informed the techniques, ordinarily used in international legal debates and in the international practice of the law. (BUSSANI,2020,p.710)

As complexas noções de Estado de Direito (ou “rule of law”) e de Democracia são exemplos do papel importante que a elite jurídica teve na difusão de conceitos oriundos da história européia. Durante a Guerra Fria, o conceito de Estado de Direito se torna um princípio da ordem internacional desejado, se identificando como uma grande conquista da civilização ocidental. O que seja Estado de Direito é uma discussão nada pacificada, mas poderíamos talvez citar o Secretário Geral da ONU quando afirma que o conceito de Estado de Direito está no centro das missões da própria ONU, afirmando que ele se refere a um princípio de governo no qual todas as pessoas, instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o próprio Estado, são submetidos a leis que são publicamente promulgadas, aplicadas com igualdade e de forma independente, e que sejam consistentes com os direitos humanos internacionais. Poderíamos talvez estranhar a vinculação feita entre Estado de Direito e Direitos Humanos, sendo talvez a interpretação dos teóricos mais predominante a de que não se deve confundir o Estado de Direito com os Direitos Humanos, ainda que exista uma confluência entre eles, já que não é possível existir direitos humanos se não houver Estado de Direito. É comum se identificar alguns sub-princípios ou elementos que definem o Estado de

Direito. Na definição de Jeremy Waldron, por exemplo, o “rule of law” envolve igualdade legal, força coercitiva do poder da autoridade, clareza e previsão das leis e procedimentos legais que protejam as pessoas dos abusos do poder público e privado, o que por fim inclui a independência do órgão judicial, a transparência dos negócios públicos e a integridade dos procedimentos legais (WALDRON, 2023, p.39). Para Gerald J. Postema (2022, p.15), ao tentar conceituar Estado de Direito, é importante não se vincular a determinadas instituições ou práticas, mas sim ao propósito da sua invocação, identificada com a limitação do exercício do poder para evitar o seu exercício arbitrário o máximo possível, por meio da lei. A lei, além de constranger o exercício arbitrário do poder, estabelece formas de lidar com aqueles que o exercem arbitrariamente. Ele aponta os princípios da soberania, igualdade, da prestação de contas e da fidelidade como aqueles que sintetizam a razão de ser de uma concepção de Estado de Direito.

Se formos ver mesmo as experiências ocidentais de Estado de Direito, constatamos que esse conceito, rapidamente apresentado no parágrafo anterior, não se encontra implementado em sua plenitude em muitos dos Estados. De outro lado, em sociedades não ocidentais podem ser encontrados, costumeiramente, ao menos alguns dos aspectos característicos de um Estado de Direito, como promulgação do direito, obediência ao direito, etc). Mauro Bussani (2020, p.715) lembra, porém, a dificuldade de identificar alguns sistemas islâmicos e orientais como Estado de Direito, por serem Estados não comprometidos com o respeito aos direitos humanos. Se existe algum ponto de contato entre Estado de Direito e Direitos Humanos, será que só a previsão e garantia desses direitos em sua amplitude (direitos sociais, econômicos, ecológicos, etc) caracterizaria um Estado de Direito? Uma linha de argumento possível é a que a existência do Estado de Direito é uma questão de gradação, ou seja, o Estado de Direito seria um ideal a ser perseguido. Essa ampliação do conceito de Estado de Direito torna o debate acerca dele eminentemente ideológico, e muitas vezes, oportunista. O Estado de Direito é instrumento para a efetivação dos direitos sociais, para a defesa das minorias oprimidas, para a adoção de medidas legislativas favoráveis ao mercado e garantidora de investimentos estrangeiros? Essas finalidades, é bom salientar, são muitas vezes conflitantes. Assim, se atentarmos para os índices globais como o World Justice Project ou do Banco Mundial, mostram que países autocráticos e até ditatoriais podem ranquear bem em termo de investimentos estrangeiros, mas mau em termos de proteção social.

Mauro Bussani (2020, p. 722) recupera o argumento que vê na complexificação da sociedade e secularização e profissionalização do processo de formação do direito as origens do Estado de Direito. A partir do direi-

to romano, inicia-se o processo de construção do que se compreenderia hoje como Estado de Direito, constituindo-se uma tecnocracia profissional e independente, que se constituíram na sustentação da infraestrutura institucional e legal. Para Bussani, isso explicaria a dificuldade de se caracterizar o Estado de Direito em sistema jurídicos, distintos dos ocidentais, onde o processo de formação de direito se deu de forma diferente. Daí a importância de contextualizar historicamente e comparativamente o que se pretende identificar como Estado de Direito, para evitar uma utilização oportunista da categoria, apontando-se ainda as limitações das tentativas de medição empírica do Estado de Direito (por meio de índices globais) |:

Depriving the rule of law of its very historic and comparative value (or assessing it through the lenses of a handful of indicators, that can be universalized without paying due attention to its historical sources (and to the different contexts where it is exported) is doomed to appear as preposterous or opportunistic. It comes as no surprise, therefore, that those notions of the rule of law, turned into ahistorical and a-geographical concepts, are put in the service -not of the gradualism evoked in some theoretical approach, but of strategies unable to build a pacified and fruitful relationship between “us” and “them”. (BUSSANI, 2020, p.726)

Sem dúvida, lidar com o Estado de Direito na contemporaneidade, em um contexto do Sul Global, supõe a percepção de que o direito não tem sua existência constituída formalmente, mas o direito vive num contínuo, “being expressed, interpreted, debated, contested, reinforced and sometimes dismatled through the continuous work of communities of practice...” (TOOPE, 2023, p.249). Somente através de uma imaginação resistente, conseguiremos lidar com as instituições do Estado de direito de forma liberadora e emancipadora, fazendo conceber um Direito que não reitere as massivas exclusões sociais que caracterizam o mundo contemporâneo, especialmente quando atentamos para a realidade do Sul Global. (MEDINA, 2013, p.250).

## **2. As várias configurações das Políticas Públicas e o Estado de Direito no Sul Global**

É somente no Séc.XX, se tem a profissionalização das ciências sociais e do comportamento e, a partir de então, a solução de problemas públicos passa a contar com a participação de profissionais qualificados e de uma gama de atores que se dedicam a estudar as políticas. A expansão do pa-

pel do Estado com a assunção das políticas sociais torna crucial que atenção seja dada não só ao ciclo das políticas, como a necessidade de seu financiamento. A crise do Estado Social, na Europa, leva a um novo momento na teoria das políticas pública: ingressamos na “era das políticas públicas baseadas em evidências”, da busca de uma neutralidade da tomada da decisão pública. As reformas políticas aqui propugnadas vieram na onda do capitalismo neoliberal, e propugnavam, dentre outras coisas, a maior participação dos atores privados na gestão das políticas públicas. Hoje vivemos um outro momento, em que as relações econômicas se globalizaram e a tecnologia da informação nos inserem na contingência das sociedades em rede, em que as políticas públicas dependem menos das escolhas estatais e mais de processos políticos de maior complexidade (BEKKERS, FENGER, SCHOLTEN, 2017).

Subjacente a esse desenvolvimento das políticas públicas e da sua teorização, deve se perceber a correlação entre o modelo econômico e o papel do Estado. O modelo do Estado liberal convive com um Estado comprometido com um papel garantidor das liberdades individuais. Nesse modelo, o papel das políticas é o controle social visando a permitir o desenvolvimento da atividade econômica. No modelo do Estado de Bem-estar Social, as políticas públicas se expandem e assumem outras funções, relacionadas a estabilização social por meio da elevação da qualidade da vida. Com o neoliberalismo, preconiza-se a diminuição do papel das políticas públicas em geral, cabendo ao Estado a maximização da competição nos mercados domésticos e abertura das economias ao capitalismo global. Com a abertura dos mercados, os Estados acabam assumindo o papel de estimuladores da competitividade de determinados setores da economia, “vencedores” do processo de abertura da economia.

Recentemente, Albena Azmanova (2020, p.159) publicou importante obra que explicitou as relações íntimas que hoje o capitalismo mantém com a precarização. Para a filósofa, o capitalismo pode ser combinado com uma série de sistemas políticos, mas tem uma dinâmica constitutiva própria que envolve competição, a obtenção de lucro e a produção (mais do que a criação). De outro lado, integra a estrutura interna do capitalismo instituições como a propriedade privada, a gestão dos meios de produção e a “liberdade” do contrato de trabalho. O capitalismo teria um “ethos”, relacionado com a sua legitimidade que se basearia na correlação entre riscos e oportunidades na distribuição das mudanças de vida na sociedade. Ela identifica alguns modelos de capitalismo no mundo ocidental: o capitalismo liberal, o capitalismo do bem-estar social, o capitalismo neoliberal e o capitalismo da precarização. Em sua original avaliação, não vivemos um outro momento de ressurgir do modelo neoliberal, como supõe alguns, mas de sua superação por um outro modelo. Segundo Azma-

nova, as características mais marcantes desse novo modelo seriam as seguintes: a) a generalização -em maior ou menor grau – da precarização através das várias classes sociais; b) a ativa redistribuição dos recursos econômicos dos atores mais fracos para os mais fortes, feita pelo Estado no afã de aumento de competitividade global da economia; c) o engajamento no sistema com base no medo. Para ela, o momento político seria único para se busque alternativas políticas distintas das ditadas pelo modelo do capitalismo de precarização. A operação do capitalismo engendraria três tipos de dominação e suas correspondentes formas de injustiça: 1) a dominação relacional, que consistiria na “subordinação de um grupo de atores a outro grupo por força da distribuição desigual de poder na sociedade.” (2020, p.207) As injustiças correspondentes seriam a desigualdade e a exclusão e os remédios seriam a inclusão política, por meio do aperfeiçoamento do sistema eleitoral e a redistribuição da riqueza; 2) a dominação sistêmica, definida como a “subjugação dos membros da sociedade à lógica operativa do sistema social.” No capitalismo, essa lógica se traduz no imperativo da competição produtora do lucro, que gera a injustiça sistêmica, nesse caso traduzida pela comodificação do trabalho (tratando a capacidade da pessoa trabalhar como um bem produzido para a troca no mercado) e pela alienação, mas também pela destruição da natureza; 3) finalmente, a dominação estrutural, que consiste “nas limitações no julgamento e ação que as principais instituições do sistema social impõe aos atores” (AZMANOVA, 2020, P.208). A injustiça estrutural se traduz na impossibilidade de parte significativa dos atores de controlar as instituições, sua impotência para mudar, ou mesmo afetar, as regras do jogo. A exploração do trabalho, por exemplo, não pode ser remediada simplesmente com salários maiores ou com políticas redistributivas. Nesse caso, a emancipação supõe a abolição das instituições que engendram a dominação estrutural. Ou seja, não basta fazer dos empregados sócios da empresa. É preciso rever a lógica mesma que sustenta a dependência do empregado em relação ao seu empregador. Ou do entregador de comida em relação à empresa para o qual presta serviços. Segundo Azmanova, o grande paradoxo da emancipação é de que a luta contra a dominação relacional pode ocasionar o agravamento da dominação sistêmica e estrutural. Lutas contra desigualdade e exclusão podem tender a afirmar os valores mesmo daquele sistema social no qual se dá a luta, contribuindo paradoxalmente para aumentar a legitimidade do sistema injusto.

A superação do capitalismo de precarização não passaria, portanto, por políticas redistributivas ou inclusivas. Supõe políticas que subvertam o ethos do produtivismo, e que apostem no papel das instituições políticas de garantir “segurança” às pessoas, para que elas não dependam da lógica produtivista para viver melhor. Nesse cenário, como ficariam as

políticas públicas, e que Estado de Direito deveria existir? A exploração do trabalho, por exemplo, não pode ser remediada simplesmente com salários maiores ou com políticas redistributivas. Nesse caso, a emancipação supõe a abolição das instituições que engendram a dominação estrutural. Ou seja, não basta fazer dos empregados sócios da empresa. É preciso rever a lógica mesma que sustenta a dependência do empregado em relação ao seu empregador. Ou do entregador de comida em relação à empresa para o qual presta serviços. Segundo Azmanova, o grande paradoxo da emancipação é de que a luta contra a dominação relacional pode ocasionar o agravamento da dominação sistêmica e estrutural. Lutas contra desigualdade e exclusão podem tender a afirmar os valores mesmo daquele sistema social no qual se dá a luta, contribuindo paradoxalmente para aumentar a legitimidade do sistema injusto.

A discussão em torno dos bens públicos se traduz numa importante discussão com relação a quais serão as políticas públicas a serem adotadas, e os custos financeiros para suas manutenções. A adoção de uma austeridade fiscal, por exemplo, significa redução dos investimentos em políticas sociais, gerando insegurança e maior risco para a população, que no caso brasileiro já vive em sua boa parte à margem do mercado de trabalho. Estamos diante da equação perfeita para a proliferação do capitalismo de precarização, mas por outro diante de uma oportunidade única para desnudar a falácia da lógica produtivista e das instituições concebidas à imagem da lógica do lucro obtido no “livre” mercado. É preciso coragem para ir além das políticas que diminuem as contradições do sistema social, para mostrar que existe uma outra forma de repensar as instituições e as políticas públicas para além dos “fetichismos”, criando novas formas de relação do cidadão com o trabalho e com os riscos gerados pelo capitalismo global.

De outro modo, existem peculiaridades do capitalismo brasileiro que não nos permite abrir mão das políticas redistributivas e de reconhecimento. Isso porque, no Brasil, conquistas do capitalismo liberal, com a quebra de privilégios sociais, ainda não foram enfrentadas. A discriminação racial no Brasil, é bom lembrar, é uma herança difícil, que a sociedade brasileira terá que enfrentar o quanto antes. Parece-nos, que no caso brasileiro, não se pode abandonar políticas redistributivas e de reconhecimento social, mas conjuga-las com políticas que diminuam a precarização social em geral. Como teremos a oportunidade de desenvolver no prosseguir do presente trabalho, esses desafios que as políticas públicas terão que enfrentar, não seriam compatíveis com uma definição muito restritiva ou formalista do Estado de Direito.

### 3. O “Estado de Direito”, o Desenvolvimento Econômico e o Estado após o Neoliberalismo

Como já salientado, a partir do fim da Guerra Fria, surge no contexto internacional, em instituições como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Bancos Regionais de Desenvolvimento, a associação entre Desenvolvimento e Estado de Direito. A lei é vista, então, como instrumento indispensável ao desenvolvimento econômico e em conformidade com outras intervenções colonialistas, buscava a reforma das instituições jurídicas e do ensino jurídico, para trazer uma transformação nos atores legais. Tais intervenções, marcadas pelo eurocentrismo, foram fadadas ao insucesso. Nos anos oitenta, muda a característica da intervenção, já marcada pela influência do modelo neoliberal de Estado. Nesse modelo, muda o papel do Estado e das leis, cuida-se agora de construir sistemas legais orientados estruturalmente e substancialmente para a proteção do investimento estrangeiro e do mercado internacional (CHALMERS;PA-HUJA,2021, p.377).

Surge na teoria acerca do Estado de Direito uma concepção de que ele envolveria manter legislação e a tentação para legislar em um controle bem estrito. Ou seja, o Estado de Direito implica legislar ao mínimo, acentuando-se os possíveis eventuais conflitos entre ele e a Democracia, associando-se ao ideário do Consenso de Washigton. Existem alguns posições radicais como as partilhadas por F.A. Hayek que contrasta lei com legislação e afirma que o Estado de Direito seria o oposto da legislação regulando. Uma versão mais moderada, como resumida por Jeremy Waldron (2023, p.209), reconhece a importância positiva de certos tipos de legislação como a penal ou processual, que devem contribuir para o bom funcionamento do sistema de mercado. Já a legislação como um meio de políticas públicas distributivas ou regulatórias é inerentemente submetida a suspeita, pois pode limitar ou enfraquecer os direitos de propriedade, arranjos de mercado e oportunidades de investimento. Waldron ao fazer a critica a essas concepções, registra que não se deve subestimar a importância do devido processo legislativo:

These procedural virtues – legislative due process, if you like - are of the utmost importance of the rule of the law. Bicameralism, checks and balances (such an executive veto), the production of a text as the focus of deliberation, clause-by-clause consideration, the formality and solemnity of the treatment of bills in the chamber, the publicity of legislative debates, successive layers of deliberation, and the sheer time for consideration (formal and informal, internal and external to the legislation) that is allowed to pass between the initiation and the final enactment of

a bill -these are all features of legislative due process that are salient to an enactments eventual status as law (for the purposes of our thinking about the rule of law.). (WALDRON, 2023, p.221)

Na versão extremada, defende-se a contenção legislativa por consistir a legislação em exercício de poder, mas realça Jeremy Waldron que a atividade legislativa não é exercício arbitrário pelo legislador do seu poder, mas de poder exercício com respeito ao devido processo. Quanto à versão moderada, que vê problemas na legislação interventiva ou de proteção social, Waldron salienta que tal legislação é também resultado do devido processo legislativo. O grande jurista coloca ainda em questão a visão não instrumentalista do Estado de Direito, já que sempre vai haver uma programa político governamental que vai orientar a atividade legislativa, mas porque, questiona ele, devemos “a priori” eleger uma determinada visão substantiva como a melhor, como pretende as teorias alimentadas pela visão libertária do Estado e do Direito? Por que confundir o Estado de Direito com a Liberdade Econômica, já que se trata de valores políticos diversos? Waldron finda por salientar a importância da legislação econômica e social, salientando que a limitação da propriedade e a regulação do mercado se constituem em uma importante e central função da lei. Como realça Waldron:

New public goods are conceivable, new externalities come to light, and new modes of provision are imagined. This, too, varies over time and with circumstances, in the face of social, economic, ecological, and demographic change. That matters like these may need collective attention from time to time is not a cranky or anomalous position; it is not Bolshevik or socially destructive. It is the ordinary wisdom of human affairs. (WALDRON, 2023,p.232)

O Estado de Direito contemporâneo não pode ser esse comprometido exclusivamente e particularmente pela liberdade de mercado. Como já se salientado, no modelo do Estado do capitalismo de precarização ,radicalização do modelo neoliberal do Estado, são indispensáveis para a própria sobrevivência social, a existência de políticas sociais e econômicas, de caráter distributivo, regulatório e de reconhecimento, mas também políticas que consigam subverter o próprio ethos do lucro e da commodificação que estruturam o modelo econômico injusto em que vivemos. A sobrevivência do devido processo legal supõe a estruturação de políticas públicas que coloquem em xeque as perversões de um modelo socioeconômico extremamente opressivo e que compromete a igualdade legal imprescindível para que o Estado de Direito sobreviva.

#### 4. O Constitucionalismo contemporâneo e Estado de Direito: a lição de Roberto Gargarella.

Bastante interessante é a contribuição de Roberto Gargarella(2021, p.425) para a teoria do Estado de Direito, salientando as tensões entre Estado de Direito e Constitucionalismo. Identifica o constitucionalista argentino três questões principais a serem equacionadas, quais sejam: 1º) a conexão entre o princípio da autonomia individual e o devido processo legal; 2º. ) a relação entre Estado de direito e propriedade privada; 3º.) como correlacionar Estado de Direito e Controle de Constitucionalidade. Pela sua relevância, sintetizaremos nas linhas seguintes, os argumentos apresentados e, ao fim, salientaremos a especial relevância deles para reposicionar a concepção de Estado de Direito em sua adoção nos sistemas constitucionais do Sul Global.

Uma primeira investigação proposta parte da proposta de alguns autores, como Joseph Raz, de que o Estado de Direito estabeleceria princípios jurídicos que visam a proteção das liberdades individuais básicas. O Estado de Direito visaria justamente minimizar os danos que a legislação poderia causar às liberdades e à dignidade. Associa-se o Estado de Direito com os valores liberais tradicionais e tal associação, registra Gargarella, não é só característica de autores que defendem um visão formalista do Estado de Direito, mas mesmo de autores como Ronald Dworkin, que defendem visões substantivas do Estado de Direito. Esses valores de fundo que sustentam o Estado de Direito, de qualquer modo, não abrangem o ideal do autogoverno, traduzido no âmbito constitucional na separação dos poderes, no sistema de freios e contrapesos, no bicameralismo, dentre outros mecanismos. Essa também deve ser, salienta Gargarella(2021,p.430), uma parte do que decorreria do estabelecimento do Estado de Direito: é indispensável que o sistema legal trabalhe para tornar a vontade deliberada do povo possível. Assim como a autonomia individual (privada), a autonomia pública (expressão da soberania popular através dos poderes estatais), são duas partes importantes daquilo que constitui a justificação do Estado de Direito.

Na correlação entre Estado de Direito e propriedade privada, também se identifica pretensões importantes. Partindo da leitura de Locke e Hayek , Gargarella faz a crítica das teorias que tomam o direito de propriedade como pré-político, independentemente das decisões políticas e constitucionais tomadas. A partir do Estado Social , tal formulação se mostra obsoleta, tendo se percebido a importância da regulação social e econômica para o bem coletivo, não se justificando atribuir ao Estado de Direito o papel de preservador da interferência legislativa ilegítima, como propõe Hayek. Citando Waldrom e sua crítica a essa “hostilidade à legisla-

ção”, que já tivemos a oportunidade de apresentar no tópico anterior, Gargarella(2021, p.430) conclui que essa visão hostil não somente impede uma comunidade democrática de fazer o que ela é capaz de fazer, como confunde, de forma equivocada, o conceito de Estado de Direito com o de eficiência econômica. O jurista argentino dirige ainda dois comentários críticos quanto à necessidade de aprimorar o devido processo legislativo e de que também não se mitifique o poder legislativo como o único poder que expressa a vontade popular. Na verdade, o poder legislativo pode estar, na prática, bem distante da vontade popular, assim como também o poder judiciário pode ser elitista. De qualquer modo, a solução para essas dificuldades institucionais, salienta Gargarella (2021, p.434), atento as mazelas políticas sul americanas, não passa por uma pretensa tentativa de transformar o Executivo em guardião da constituição política.

No que tange ao controle judicial de constitucionalidade, Gargarella (2021, p.438) relembra que o Poder Judiciário sempre foi chamado para preservar o Estado de Direito. Isso poderia levar, como o autor vai avaliar na teorização de Joseph Raz, a uma afirmação da supremacia judicial em decorrência mesma do controle de constitucionalidade visando a preservação do Estado de Direito. Gargarella contrapõe a essa concepção aquela que compreende uma visão dialógica do controle de constitucionalidade, no qual a função do Judiciário não seria afirmar a sua interpretação ou aplicação da Constituição como a correta em face dos demais poderes, mas num respeito e releitura com o princípio da separação dos poderes, buscar a cooperação entre os poderes através de uma conversação constitucional. Essa “conversação pública” pode se desenvolver de variadas formas e por meio da intervenção de diferentes instituições, mas numa sociedade democrática pluralista, salienta Gargarella, é difícil negar que quem deve dar a última palavra deve ser a comunidade. Diante de um desacordo razoável, não parece razoável que o Judiciário deva resolvê-los, mas a própria sociedade.

Os pontos destacados por Gargarella permitem opor a visões individualistas, conservadoras e elitistas, uma concepção de Estado de Direito mais democrática. E não se deve imaginar que essa concepção possa colocar em xeque a certeza e a estabilidade da ordem legal, ou mesmo enfraquecer a defesa dos direitos individuais e das liberdades.

## **Conclusão**

Dos elementos coligidos nos parágrafos anteriores, verifica-se ser indispensável o movimento de repensar o conceito de Estado de Direito diante dos desafios concretos da realidade social contemporânea no mun-

do, mas especialmente se o objetivo é pensar as políticas públicas e o direito no Sul Global. Como tivemos a oportunidade de apresentar, uma concepção formalista do Estado de Direito ou uma concepção substancialista que identifique Estado de Direito com a liberdade econômica vão traduzir sistemas jurídicos preocupados com a liberalização dos mercados a nível global, o que prenuncia um Estado incapaz de lidar com as mazelas sociais e econômicas que assolam o Sul Global, bem como com a precarização social, marca do desdobramento do modelo do Estado Neoliberal.

Um compromisso com a luta contra a desigualdade e contra a precarização supõe apostar no aperfeiçoamento das instituições e da educação jurídica para que se passe a ter instituições que consigam fazer valer o devido processo legal (devido processo legislativo, judicial e administrativo), e se há uma concepção de Estado de Direito que pode se adequar a esse desafio é essa concepção procedimental, em que os poderes do Estado não adotem posturas paternalistas (muitas vezes alimentadas pelo autoritarismo ou pelo messianismo intelectual), mas que criem os meios para impulsionar a efetiva participação popular. Como fazer isso, diante da complexificação da vida no avançar do Séc. XXI, parece ser uma tarefa bastante desafiadora, mas ela só poderá ser levada a cabo se colocarmos em campo a “imaginação resistente”. Formas resistentes de imaginação podem contestar exclusões e estigmatizações, e nos tornar mais sensíveis ao sofrimento dos sujeitos excluídos e estigmatizados. Nossa imaginação social deve ser radicalmente pluralizada e aberta para uma fricção epistêmica com o fim de melhorar nossas sensibilidades sociais e criar ou melhorar relações de solidariedade. (MEDINA, 2013, p.306). As instituições do Estado de Direito do Sul Global, longe de replicar modelos ou assimilar memórias de outros, deve buscar recorrer à sua própria memória política, a partir do qual se constituíram práticas compartilhadas, que podem ser modificadas ou mantidas, conforme as circunstâncias, visando a luta contra a exclusão social e contra a precarização.

## Referências Bibliográficas

- AZMNOVA, A. *Capitalism on Edge – How Fighting Precarity can Achieve Radical Change without Crisis or Utopia*. Columbia: Columbia University Press, 2020.
- BAXI, U. “The Colonialist Heritage”, in LEGRAND, P. MUNDAY, R. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- BEKKERS, V. FENGER, M. SCHOLTEN, P. *Public Policy in Action – Perspectives on the Policy Process*. Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2017.

- BERGER, T. “The “Global South” as a Relational Category – Global Hierarchies in the Production of Law and Legal Pluralism”, in *Third World Quarterly*. DOI: 10.1080/01436597.2020.1827948.
- BUSSANI, M. “Deglobalizing Rule of Law and Democracy: Hunting Down Rhetoric Through Comparative Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol.67, 2020, p. 701/744.
- CHALMERS, S. PAHUJA, S. “Economic Development and the Rule of Law”, in MEIER HENRICH, J. LOUGHLIN, M. *The Cambridge Companion to The Rule of Law*, Cambridge: Cambridge Oxford Press, 2021 p. 377/405.
- CLAVERO, B. “Estado de Direito, Direitos Coletivos e Presença Indígena na América” in COSTA, P. ZOLO, D. *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.649/684.
- GARGARELLA, R. “Constitutionalism and the Rule of Law”, in MEIER HENRICH, J. LOUGHLIN, M. *The Cambridge Companion to The Rule of Law*, Cambridge: Cambridge Oxford Press, 2021, p. 425/442.
- LIMA, B.R. *Luiz Gama contra o Império – A Luta pelo Direito no Brasil*. São Paulo: Contracorrente, 2024.
- MEDINA, J. *The Epistemology of Resistance – Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice and Resistant Imaginations*. New York: Oxford University Press, 2013.
- POSTEMA, G.J. *Laws Rule: The Nature, Value and Viability of the Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2022.
- PIEVATOLO, M.C. “Rule of Law e Ordem espontânea. A crítica do Estado de Direito Eurocontinental em Bruno Leoni e Friedrich von Hayek”. in COSTA, P. ZOLO, D. *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.649/684.
- WALDRON, J. *Thoughtfulness and The Rule of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2023.
- TOOPE, S.J. *A Rule of Law for Our New Age of Anxiety*. New York: Cambridge University Press, 2023.

### 3. DEMANDAS SOCIAIS E PARTICIPAÇÃO ATIVA NAS ESCOLHAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA EM TEMPOS DE SE SOÇOBRAR

*Cláudia Tannus Gurgel Amaral*

#### **Introdução**

A dinâmica da participação da sociedade em espaços públicos de interlocução com o Estado, sob a ótica do cidadão comum, muito influenciada pelos movimentos sociais, marcou épocas na história do Brasil na luta pelos direitos. Nada se opõe à ideia de relação simbiótica entre sociedade, democracia e dinâmica da vida social. No cotidiano desta dinâmica, as mais diversas práticas da linguagem se renovam. Sem embargo, em determinados momentos marcantes da história elas se estabelecem como protagonistas com novos estilos.

Com o início do fim do regime político representado pela ditadura militar nos idos dos anos de 1985, o esforço para construção de uma nova democracia no Brasil ganhou ímpeto, e uma das marcas desse esforço assumiu o rosto com a palavra cidadania, entendida esta como condição de pertencimento de uma pessoa à comunidade de um país. A consequência normativa constitucional desse pertencimento foi o reconhecimento dos direitos civis e sociais e o alinhamento dos direitos políticos assegurados ao cidadão. Não há dúvidas que a presença maciça dos cidadãos em comícios, os movimentos sociais ressurgindo com dinamismo e protagonismo, e os debates e reuniões públicas, fizeram com que naturalmente surgissem as bandeiras e demandas por mais espaços participativos na vida política.

De acordo com Avritzer, a ampliação da esfera pública no Brasil na década de 70 do século passado esteve relacionada com a tentativa de diálogo entre o Estado e as associações civis, com destaque às reuniões comunitárias e as práticas de reivindicações públicas à criação de espaços de participação. Esses movimentos se articulavam em torno do enfrentamento do crescente déficit social das classes urbanas de baixa renda nas

questões sobre saneamento, urbanização, saúde e habitação. Esses espaços seriam os canalizadores dessas demandas. (AVRITZER,2002).

Como bem faz lembrar Murilo de Carvalho, em duas passagens de sua obra fazendo referência ao período durante a Constituinte:

“A cidadania literalmente caiu na boca do povo”. (...) “o povo quer isso... o povo quer aquilo. (...). Ou seja, Cidadania virou gente. (...) O cidadão pleno é aquele que exercita a cidadania em suas três dimensões: direitos civis (direito à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei); direitos políticos (direito à participação do cidadão no governo da sociedade – voto) e direitos sociais (direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde entre outros dessa natureza). (CARVALHO,2002).

Na história recente da redemocratização da política brasileira não se duvida que os arranjos constitucionais introduzidos ao Texto de 1988 sofreram influência direta do processo da Assembleia Constituinte (ANAC) de 1987 no que concerne ao tema participação social, influenciando as articulações políticas que defendiam uma maior participação popular nesta época de efervescência política pela luta dos direitos.

No curso do processo da ANAC as articulações sociais e políticas fizeram da participação popular um dos protagonistas na arena constituinte. Do ponto de vista regimental, a Constituinte admitiu oficialmente a participação direta dos cidadãos, bem como das diversas organizações da sociedade civil. Ferramentas participativas foram postas em prática neste processo, a saber: Sugestões, audiências públicas, propostas de Emendas populares, e as cartas também chamadas de missivas, com sugestões foram enviadas diretamente pelos cidadãos de toda parte do Brasil aos congressistas;

As missivas tinham o propósito de contribuir para com os debates nas diversas temáticas de interesse comum e que poderiam pautar a nova Carta brasileira. Um movimento de capilaridade atuando em todo o território nacional e representou um importante processo participativo. Como prática cultural da política republicana, os missivistas desmistificaram a crença popular de que o povo brasileiro, por falta de preparo cultural, sempre foi alheio às questões da política, preferindo outros assuntos como futebol ou carnaval.

Consequências desse processo foram os exitosos reflexos na elaboração do texto final da Constituição de 1988, com variados dispositivos fazendo referência à participação popular, impulsionando-a para se tornar coautor e corresponsável pela criação e gestão de políticas públicas, especialmente na seara dos direitos sociais. Assim, a bandeira participativa ga-

nhou destaque no advento da Sexta Republica, a exemplo as Emendas populares sobre a reforma urbana.

É crível olhar para o passado e verificar que a República brasileira à época nem sequer havia completado o primeiro centenário quando em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição e com ela iniciando a sexta República. Com o declínio da ditadura militar iniciado anos antes, a nova Carta foi gestada num processo de frenética participação popular, não só nas galerias do Congresso Nacional em Brasília como por todo país. Caravanas, manifestações populares aconteciam. Todo esse movimento lançou as bases para um crescimento e fortalecimento da nova democracia nos anos seguintes.

Como salienta Avritzer, a democracia brasileira é identificada no mundo pela marcante presença dos movimentos e atores sociais, que gerou uma forma *sui generis* de participação e capilaridade institucionalizadas. (AVRITZER, 2016).

Nesta linha, pode-se afirmar que ao fim e ao cabo, a Constituinte gerou uma institucionalidade participativa percebida pela Carta de 1988 ao destacar em diversos artigos a participação social, e também foi parâmetro às legislações posteriores nesta temática.

A nova gramática democrática contribuiu para a superação da democracia representativa de baixa intensidade com a consolidação das esferas públicas. Esse processo ao longo dos anos se expressou nos três níveis de Poder. Sob tal prisma, a democracia é compreendida como um processo contínuo e não a saltos, e se abre através da história, parametrizada pela Constituição. (AMARAL, 2022).

Sendo a Constituição de 1988 a matriz do arcabouço jurídico, na seara das ferramentas de participação social institucionalizada ela se fez presente em inúmeras leis criadas após a sua promulgação. O destaque fica por conta do Estatuto da cidade - Lei 10.257/01. Em sintonia com as diretrizes constitucionais sobre a reforma urbana (arts.182 e 183), esta lei destinou ao nível local de Poder o protagonismo das experiências participativas na gestão pública, pois ao traçar as normas gerais para uma boa gestão democrática, indica as ferramentas participativas que devem ser implantadas pelo gestor municipal. Vale destacar os artigos:

Lei 10.257/01.

art.4º Para os fins desta lei serão utilizados, entre outros instrumentos:

(...) f) gestão orçamentária participativa.(...)

Capítulo IV Da Gestão Democrática da Cidade

art. 43. dispõe que para se efetivar a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e

- municipal;
- II – debates, audiências e consultas públicas;
- III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Também direcionou a criação de mais de vinte mil Conselhos sobre saúde educação, políticas urbanas, assistência social, criança e adolescente, cultura e outros tantos criados na quase totalidade dos municípios brasileiros. Em 2003 surgiram as Conferências Nacionais no plano federal, com mais de 101 realizadas e cerca de seis milhões de participantes.

Não se duvida da força normativa que nesta seara teve o Estatuto da cidade. A partir dele as 5.570 cidades brasileiras tiveram que amoldar a “máquina” administrativa à moldura participativa.

Nesta senda, democratizar a democracia, objetiva buscar modelos de uma participação mais direta do cidadão na seara pública, como também, interconectar esses modelos com os movimentos sociais, associações, cidadãos, os agentes políticos e os administradores públicos, desfazendo as amarras da burocracia estatal.

Foi a partir de 1988 que a mobilização participativa passou a ter capilaridade institucional, e neste sentido, a participação cidadã na vida política brasileira numa perspectiva de alargamento da democracia continuou em marcha, malgrado abalos foram sentidos na seara política, a partir dos anos de 2010, tanto na democracia brasileira como em outras pelo mundo.

Aqui, era quase certo que após 1988 estavam fechadas definitivamente as portas para autoritarismo e movimentos populistas. Mas infelizmente não foi esse rumo da história.

Em alguns países um movimento crescente da onda de um populismo mais extremista foi ganhando envergadura. A doutrina especializada atenta a esse movimento passou a denomina-lo de neopopulismo de direita.

No Brasil, esse movimento chega ao poder em 2018 querendo se perpetuar a qualquer custo, atacando instituições e Poderes, com o fito de abalar os alicerçasse da democracia. Mas tal movimento não começou em 2018, pelo contrário, veio de um movimento crescente identificado a partir das manifestações populares de junho de 2013.

## **1. Democracia em ameaça**

Ao assumir diversas formas e apoiado por diferentes ideologias, o fenômeno por alguns especialistas denominado de neopopulismo possui

raízes no movimento populista de direita, e que atualmente se resvala na chamada extrema direita. Por si só traz o germe da destruição do processo democrático.

Visto como uma manobra ideológica e política tem como norte abalar o processo democrático, agindo contra e desafiando as instituições ao ponto de aniquilá-las perante a opinião pública, e ao fim e ao cabo, levar ao poder regimes autoritários.

Assim foi infelizmente na recente história brasileira. Os ataques físicos às instalações dos prédios do STF e Congresso Nacional em 08 de janeiro de 2023, os ataques nas mídias desqualificando a atuação dos Ministros dos Tribunais Superiores ao longo dos 4 anos de Governo (2018-2022).

Sobre o Legislativo o mote era a dominação pelas alianças, e no Executivo apropriar-se da máquina pública. Armar a sociedade e as polícias a fim de serem seus “exércitos”, também fez parte da ideologia.

Segundo Fancelli, o líder populista apresenta-se como um moralista e pouco se concentra nos planos de governo e demandas sociais. Crítica e aponta àqueles que julga serem os responsáveis pelo declínio da política nacional, instigando a polarização social e política. Por fim, suas ações e falas são em nome do povo. Mas, com uma postura excludente e discriminatória, apenas alguns grupos são considerados parte do Povo, ou seja, aqueles que pensam como o líder populista. (FANCELLI,2021.pg 25).

A mentira como estratégia política e o debate não baseado em fatos, integram o farto arsenal de estratégias antidemocráticas dos atuais líderes neopopulistas e autoritários do mundo. Todavia, pelo carisma e sedução junto ao seu “povo”, a infundada fonte de credibilidade perante seus eleitores não parece afetá-los, pois o emocional supera o racional.

O neopopulismo ao se juntar ao movimento do negacionista acrescenta novos contornos às características clássicas do populismo do século XX, e juntos atuam pautados nas imaginárias teorias da conspiração, utilizando como principal estratégia a manipulação das informações pelas *fake News*, como exemplo a rejeição à ciência. Infelizmente tal assertiva foi posta em prática no período de maior insegurança mundial da saúde humana em razão da pandemia da Covid-19. As vacinas, os efeitos do aquecimento global e até mesmo à esfericidade da terra foram questionados. (FANCELLI,2021).

Pierre-André Taguieff, citado por Ricardo Vélez Rodríguez, definiu o neopopulismo ou populismo contemporâneo como um fenômeno populista nas suas mais recentes manifestações. Para este autor, está mais para um estilo político, alicerçado no recurso sistemático à retórica de apelo ao povo num modelo de legitimação do tipo carismático ao valorizar a mudança para o novo. Não poderia ser considerado nem uma ideologia política, nem um tipo de regime, conforma abaixo descreve:

O populismo, oscilando entre o autoritarismo e o hiper-democratismo, bem como entre o conservadorismo e o progressismo reformista. – É justamente porque se trata de um estilo, uma forma vazia preenchida do seu jeito por cada líder, que o populismo pode ser posto ao serviço de objetivos antidemocráticos, bem como de uma vontade de democratização. (Rodrigues, 2008).

O citado autor lançou em 2008 uma obra sobre o Patrimonialismo na América Latina, e seguindo os ensinamentos de Taguieff apresentou as 12 principais notas ao identificar o fenômeno do populismo contemporâneo. Dessas destacamos 6, a saber:

“ (...) **Soteriologia**. O estilo político do populismo se encarna na figura do salvador do povo, identificava como carismática; **Personalismo**. O líder populista trabalha somente para a sua causa pessoal e, para isso, elabora um discurso em que esta aparece identificada com a causa do povo, dando ensejo, assim, a uma deformação do princípio da soberania; **Demagogia**. O líder populista é um demagogo cínico que explora, sistematicamente, no seu discurso, o ressentimento das massas contra as elites; **Sedução**. O líder populista, é um sedutor das massas populares, utilizando, para isso, a mídia, a propaganda e as pesquisas de opinião; **Ação direta**. O líder populista apela para a vinculação direta entre ele e o povo, dispensadas mediações institucionais, como as que dizem relação ao governo representativo; **Semelhança popular e antielitismo**. Apela-se, no contexto do populismo contemporâneo, para restabelecer uma relação de semelhança entre o líder e o povo. “Ele tem a cara do povo” repetem, caricaturalmente, as mídias a serviço do dono do poder.”

Todavia, essas características unidas levam a um propósito único, qual seja: desestabilizar a democracia, enfraquecendo aos poucos as instituições ao ponto de aniquilá-las, ou por completo ou perante o povo, desacreditando-as.

## 2. No Brasil os desafios da Sexta República<sup>9</sup>: O neopopulismo e a democracia em ameaça.

Nos movimentos de rua de junho de 2013 começou uma marcha an-

---

9 A Sexta República Brasileira ou Nova República (1988), é o período da História do Brasil que se seguiu após o fim da ditadura militar aos dias atuais. É caracterizado pela ampla democratização política do Brasil e sua estabilização econômica.

tes ainda não visita na política nacional. A uma, o incremento das redes sociais (Facebook, Orkut e depois os grupos de whatsApp), que até então eram usadas para fazer amizades e acompanhar shows e outros eventos passaram a ter outra utilidade. A cada semana as pessoas eram convocadas em massa a participarem das manifestações, passeatas e protestos de ruas nas grandes cidades, tanto no Brasil como no mundo. As pautas eram amplas e variadas. No Brasil, o movimento de junho tinha como pautas reivindicatórias o fim dos aumentos das passagens dos transportes públicos e a adoção do passe livre. Melhorias nos serviços públicos como saúde e educação também estavam presentes. A duas, foi um movimento popular apartidário e sem representação institucional, como sindicatos por exemplo. Uma forte característica desse grupo era a juventude em peso nas ruas que gritavam: “Sem partido!”, e, “Não nos representam”! Vale aqui recordar que o grito “não me representam” também estava presente em outras partes do mundo: Na Espanha o “15M” com o lema “democracia direta já” foi um movimento muito parecido como o nosso de junho 2013 e em Nova York o “Occupy Wall Street” tinha como lema “Nós somos os 99%”.

No Brasil, em julho, foram formadas as práticas assembleístas do movimento do Passe livre (São Paulo); da Assembleia Popular Horizontal (Belo Horizonte) e do Bloco de Lutas (Porto Alegre). Assim, estreava no cenário político brasileiro uma nova forma de mobilização de massa ancorada nas redes sociais em velocidade até então não vista. A linguagem das redes passou a ser mais simples e fluída, atraindo centenas de novos participantes por dia querendo se manifestar. Aqueles que até então estavam longe dos debates políticos ou descrentes com tudo encontraram neste espaço virtual sua tribuna para expressar diretamente sua opinião. Queriam uma participação mais direta na política.

Após junho de 2013, as discussões políticas passaram a fazer parte do cotidiano das redes sociais, e rapidamente a polarização política foi instaurada com debates acalorados. A partir de 2014 até as eleições de 2018 a polarização se fortaleceu, e corrente política denominada de nova direita e depois de extrema-direita foi mais rápida em identificar nessa nova arena apartidária o local propício para emplacar sua plataforma e bandeiras.

Neste novo ambiente de manifestações, a extrema direita conclamava seus seguidores virtuais para passeatas nas pautas, família e religião e contra a corrupção. Não eram amais àqueles jovens de 2013. Outro grupo estava se formando, agregando uma parte significativa da classe média. As direita e esquerda tradicionais foram pegas despreparadas, e diante desta nova realidade virtual e truculenta de participação não conseguiram frear o movimento extremista que crescia, tampouco movimentar seus seguidores com a força que as redes fizeram.

Nos quatro anos seguintes à eleição de 2018, em tudo mais que se vivenciou, a política brasileira se viu às voltas com fantasmas do passado. Na defesa de um dos lemas da ideologia da Ação Integralista<sup>10</sup> da década de 1930, qual era: "Deus, pátria e família", e em pleno século XXI seu lema renasce nas base da extrema direita.

Os grupos dessa vertente em regra defendem opiniões extremas nacionalistas, xenófobas, racistas, fundamentalistas religiosas, ou outras opiniões reacionárias.

Assim, com as cautelas devidas, é possível traçar uma ligação entre as manifestações de junho de 2013 e a crise da democracia instaurada no Brasil durante quatro a partir de 2018, com o fortalecimento do movimento da chamada extrema direita ou neopopulismo.

## **2.1 A participação social ceifada na elaboração de políticas públicas. (2018-2022)**

Uma das tantas características marcantes do neopopulismo do governo brasileiro de 2018 – 2022 foi a investida no aparato de interface entre o governo federal e a sociedade. Ao contrário da nossa tradição, a *práxis* daquele governo foi o uso de instrumentos de participação informais – como as redes sociais, plataforma WhatsApp e outros, focados diretamente nos seus seguidores. Foi a época da participação popular informal - valorizando as ferramentas de participação não institucionais.

O objetivo dessa prática é desarticular todo o sistema institucionalizado de participação que vinha sendo vivenciado pelos brasileiros a partir de 1988, nos mais diversos níveis, como fóruns de debates, Conselhos, audiências públicas e outros. Essas ferramentas de participação institucionalizadas iniciaram um ciclo virtuosos desde então e muitas delas foram criadas por lei. Mas esse ciclo encontrou um obstáculo com intenção de destruí-lo.

No início do governo passado, do então presidente Bolsonaro, foi publicado o Decreto Federal n.9759 de abril /2019 pelo qual o presidente da República à época extinguiu quase a totalidade de colegiados (Conselhos na sua maioria) no âmbito da Administração Pública federal, inde-

---

10 Foi um movimento conhecido como o "fascismo brasileiro. A Ação Integralista Brasileira (AIB) foi um movimento político brasileiro ultranacionalista, corporativista, conservador e tradicionalista católico de extrema-direita. Inspirado no fascismo italiano e no integralismo lusitano tinha como base a doutrina social da Igreja Católica. Foi fundado em 7 de outubro de 1932 pelo escritor e jornalista brasileiro Plínio Salgado. São Paulo era o estado da sua base.

pendente da forma como foram criados, ou seja, por lei ou decreto executivo.<sup>11</sup>

Sua intenção era diminuir de 700 para pelo menos 50 o número de Conselhos previstos pela Política Nacional de Participação Social (PNPS) e pelo Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). Esses programas, criados pelo governo Dilma Rousseff, em 2014, também foram extintos. Entre os Conselhos que foram ameaçados de extinção estavam organismos importantes de representação da sociedade brasileira como o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade), o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT (CNCD/LGBT), o Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (Conaeti), o dos Direitos do Idoso (CNDI), o de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), o Conselho Nacional de Segurança Pública (Conasp), o de Relações do Trabalho, o de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO), a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), a da Biodiversidade (Conabio), o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI).

Vale recordar que existem inúmeros órgãos colegiados com atribuições essenciais para a execução de várias políticas públicas. A extinção, sem detalhar quais órgãos, trouxe como efeito imediato uma insegurança jurídica concernente à condução e desenvolvimento de políticas públicas.

Por certo que este ato descomedido não ficaria com sua eficácia plena por muito tempo. Em 13 de junho do mesmo ano, o Plenário do STF por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, e afastar até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6121) a possibilidade de ter-se a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência "sobre a competência ou a composição".<sup>12</sup>

As medidas contra a participação popular na Administração Pública foi um dos caminhos usados pelo então Governo para testar os limites legais das Instituições esticando a corda até o fechamento de espaços cívicos.

Na sequência dessa metodologia neofacista e diante dos pronunciamentos do STF, o governo iniciou outra forma de aniquilar a força dos

---

11 Essa extinção, no entanto, foi afastada por medida cautelar do STF em ADI 6121... no mérito em ... ver histórico

12 Íntegra dos votos: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560>

Conselhos, passando a publicar decretos objetivando a alterar a composição dos mesmos a seu interesse. A gota d'água foi em 2019, quando o Governo federal conseguiu com a alteração de sua composição revogar no âmbito no Conama (Conselho Nacional de meio ambiente) normas de proteção às restingas e mangues de importância para proteção ambiental.

A resposta veio em 2021. A eficácia do decreto foi suspensa em dezembro de 2021 por liminar concedida pela relatora, ministra Rosa Weber, então presidente do STF. Em 2023, por unanimidade o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional o Decreto 9.806/2019, editado pelo então presidente da República, que havia alterado a composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). A decisão se deu na sessão virtual finalizada em 19/5/2023, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 623, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

Após a eleição de 2022 para presidente da República, o novo Governo que tomou posse em janeiro de 2023 alterou esse quadro logo nos primeiros seis meses de mandato, vale dizer, a participação social passa a estar presente na agenda oficial, bem como volta com *status* na estrutura administrativa federal. A renovada Política Nacional de Participação Social (PNPS) conta com um conjunto de conceitos e diretrizes relativos às instâncias e mecanismos participativos, criados para possibilitar o diálogo, a aprendizagem e o compartilhamento de decisões entre o governo federal e a sociedade civil.

Além do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e da Lei nº 8.142/90 que regulamenta o SUS, em janeiro de 2023 foi reestruturado o Conselho de Participação Social pelo Decreto nº 11.406, de 31 de janeiro de 2023, sendo uma instância orientada ao assessoramento do Presidente da República no diálogo e na interlocução com as organizações da sociedade civil e com a representação de movimentos sindicais e populares; e na promoção do diálogo com a Secretaria-Geral da Presidência da República quanto à participação social na execução de políticas públicas.

No âmbito do orçamento público federal, o modelo participativo ganha novos contornos. O PPA 2024-2027 passa a ser participativo, inaugurando a plataforma digital do governo federal em abril de 2023.

Por fim, a recriação dos Conselhos, e a volta da realização da Conferências como as da Saúde e da juventude previstas para dezembro de 2023 já são realidades. A recriação do Ministério da Secretaria-Geral com uma prioridade absoluta da participação social e a criação do Conselho e do sistema de participação social dão novo fôlego à participação social no âmbito federal, sendo um estímulo às instâncias políticas menores a fazer o mesmo.

## 2.2 O ataque às urnas eletrônicas: A Cartada final

O ataque às urnas eletrônicas e ameaças com judicialização e questionamentos aos resultados das eleições estiveram presentes nas mídias a partir da segunda metade do segundo ano daquele governo, período no qual sistematicamente foram lançadas dúvidas à credibilidade do nosso processo eleitoral.

Neste período, talvez o ataque mais feroz do governo federal às urnas eletrônicas, desqualificando o processo, se deu no evento realizado em 18 de julho de 2022, meses antes da eleição para presidente (outubro de 2022), nas dependências do Palácio da Alvorada.

Usando de toda a estrutura física oficial, o governo organizou uma apresentação aos embaixadores de diversos países. Nesta ocasião, repetiu suspeitas a todo processo e às urnas. Tais ataques foram logo em seguida desmentidos por órgãos oficiais, pois não apresentou prova alguma.

Por ser o símbolo virtuoso de nossa redemocratização, da mais alta expressão da participação cívica popular e direta do povo brasileiro, as urnas eletrônicas e todo o sistema eleitoral receberam quase que diariamente ataques por parte do governo central que ocupou o Poder de 2018 até dezembro de 2022, não reconhecendo a derrota das eleições fomentou o caos entre os grupos de seus apoiadores pelas redes sociais.

Não tardou em chegar a resposta da mais alta corte da Justiça eleitoral. Objeto central de processo de ineligibilidade, em 30 de junho de 2023, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) declarou a inelegibilidade do ex-presidente da República Jair Bolsonaro por oito anos, contados a partir das Eleições 2022. Ficou reconhecida a prática de abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação durante a reunião supramencionada.

### Considerações Finais

A relação entre sociedade e Estado, qualquer que seja o tipo de estrutura organizacional, exige, modernamente, um aparato administrativo estatal qualificado a desempenhar as funções de executor dos deveres constitucionalmente descritos.

Segundo Claudia Gurgel (AMARAL, 2012) as normas constitucionais além de proteger os valores fundamentais da vida em sociedade, estruturam o Estado, que tem como função precípua de assegurar a sobrevivência e paz social. Para que alcance esse desiderato, no uso singular da soberania que lhe foi conferida pela sociedade, e regulado por regras limitadoras, o Estado, em nome da própria sociedade, sob o manto da legalidade, assume o papel de executor de inúmeros encargos, e para tanto

exerce uma atividade financeira visando à obtenção, à administração e ao emprego de meios patrimoniais a fim de permitir suportar os encargos no ideário do aperfeiçoamento da vida em sociedade, ou seja, a obtenção de recursos, a boa gestão administrativa dos mesmos num equilíbrio orçamentário, e, a realização da despesa para os fins visados.

Não se duvida que no Brasil, nos governos anteriores ao Governo de 2018 a 2022, foram experimentadas em diversos níveis de Poder modelos de gestão democrática e participativa imbricados em um processo de institucionalização dos mecanismos de participação, permitindo o desenvolvimento de uma série de políticas públicas nos mais diversos segmentos sociais. O destaque na legislação foi a lei do Estatuto da cidade. Com uma capilaridade forte no predomínio municipal das ferramentas participativas criadas e fortalecidas a partir de 1988. De início pode-se citar o tratamento que esta lei deu ao Plano Diretor. Aprovado por lei municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, visando o planejamento ordenado das cidades, bem como servir de base à execução dos programas de governo, devendo ser revisto periodicamente.

Outros são os exemplos de ferramentas participativas envolvidas direta ou indiretamente nas criação e fomento das políticas públicas locais, como: dos Conselhos gestores, audiências públicas, Conselhos setoriais nos mais diversos temas como acessibilidade, assistência social, sustentabilidade, Conselho Tutelar, Conselho de idosos, LGBQIAP+, e outros.

O orçamento participativo (OP) também compõe esse rol de ferramentas, com o diferencial de ser uma criação genuinamente brasileira. Seu histórico de nascimento é marcado pelos anos de redemocratização da política brasileira, (meados dos anos 80 do século passado) em um processo de reorganização do engajamento político da sociedade contra o autoritarismo. O OP de Porto Alegre/RS teve como fundadores membros do chamado novo sindicalismo, com uma forte influência do Partido dos Trabalhadores, bem como membros das CEBs - Comunidades Eclesiais de Base - uma vertente à época considerada progressista da igreja católica, e dos intelectuais e membros dos movimentos de classe média.

Segundo Avritzer, na experiência brasileira, o OP é uma política participativa local, que responde às demandas dos setores da população urbana organizada e dentre os objetivos a ser almejado está a de uma distribuição mais justa dos bens públicos. Esse instrumento participativo inclui atores sociais, membros de associações de bairro, e cidadãos comuns em um processo de negociação e deliberação com o Estado, tanto nas funções executivas como na legislativa. (AVRITZER, 2003).

Nesta senda, como afirma Claudia Gurgel (AMARAL, 2012), não se pode olvidar que o OP foi desde a sua fundação um importante instru-

mento de reivindicações dos movimentos comunitários, ainda que a sua concepção de governo não fosse toda ela, nos seus primórdios, dirigida a uma gama significativa de atores sociais como hoje alcança, mas após tantos anos, depois de sua primeira experiência mais significativa que se deu no final da década de 80 do século passado, na cidade de Porto Alegre, esse quadro sofreu profundas transformações, ampliando sua atuação para além do país, estando presente em cinco continentes.

É um modelo de gestão democrática fez gerar um mecanismo de criação e avaliação, implantação e monitoramento das políticas públicas tomando como base a participação social, na grande maioria institucionalizadas pelas ferramentas participativas criadas por lei ou por outros atos normativos.

Esse modelo de processo de gestão democrática abraçado às políticas públicas é ponto de destaque nos melhores estudos, com olhar atento ao elo entre participação social ativa e políticas públicas eleitas. Assim é Souza (2013, p. 16) ao ressaltar que os “processos de avaliação pressupõem a interação com os seus beneficiários, enriquecendo o debate social, fomentando a politização da sociedade pela via da participação efetiva, inclusive nos processos de tomadas de decisões”.

Oxalá, que sejam perenes na política pública brasileira, em todo os níveis de poder, as ferramentas participativas institucionalizadas e identificadas como pré-estruturas organizativas da sociedade civil no êxito das políticas públicas, e que a cada dia o Estado tenha a capacidade organizacional de induzir formas de associativismo e práticas deliberativas semelhantes àquelas existentes no campo da sociedade civil para o ciclo das políticas públicas.

## Referências bibliográficas

AMARAL, Claudia. *Democracia e Participação na Gestão Pública*. Rio de Janeiro: Rameraki, 2022.

\_\_\_\_\_. *Gestão Pública, Movimentos Sociais e Orçamento: Um olhar participativo num Estado Democrático*. Revista de Direito da Cidade v. v1, p. 85, 2012.

AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. In: SANTOS, B. de S. (Org.). Democratizar a democracia. Rio de Janeiro: Record, 2002, v. 1, p. 01-678. 20 anos da constituição cidadã: avaliação e desafio da seguridade social.

\_\_\_\_\_. *Limites e potencialidades da expansão democrática no Brasil*. Ciclo de seminários-Fórum Social Brasileiro. BeloHorizonte:Ibase, 2003.

- 
- Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2ª ed., 2002.
- SOUZA, Lanara Guimarães de. *Avaliação pública de políticas educacionais: concepções e práticas avaliativas dos organismos internacionais no Brasil*. Tese (Doutorado em Educação), Faculdade de Educação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. (<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/17308/1/Tese%20Lanara%20Souza.pdf>).
- VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Ricardo. *A análise do Patrimonialismo na Literatura Latino-Americana: O Estado gerido como bem familiar*. Rio de Janeiro: Documenta Histórica / Instituto Liberal, 2008. <https://www.ricardovelez.com.br/blog/o-neopopulismo-e-a-sua-manifestacao-na-america-latina>.

# 4. POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL EM CONTEXTO DE CRISE: ANÁLISE DO ACÓRDÃO N° 123/2021 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS NO PERÍODO DA COVID-19<sup>13</sup>

*Bianca Neves Barbosa  
Lara Luise Oliveira Mota  
Waleska Marcy Rosa*

## Introdução

O presente artigo tem como objeto a análise do controle judicial de constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional Português, especialmente no tocante às normas editadas pelo Poder Legislativo, observando como ocorre a funcionalidade dos diálogos interinstitucionais na prática da tripartição do Poder Público, bem como se está sendo respeitado o sistema de freios e contrapesos. Nesse viés, há um recorte para o contexto de crise pandêmica da COVID-19 em Portugal, onde houve uma decisão do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade dos artigos 2º, 4º, 5º, 7º e 27º do Decreto nº 109/XIV que alterava o Código Penal naquilo que era referente à morte medicamente assistida.

---

13 O presente artigo foi elaborado como trabalho final no projeto de pesquisa *Diálogos Interinstitucionais no contexto da Pandemia COVID-19 em Portugal: o controle dos “poderes emergenciais” dos atos do Executivo pelo Tribunal Constitucional Português no contexto de crise – 2020 a 2023*, aprovado no Edital PIBIC/BIC/VIC da UFJF, referente a 2022/2023, com financiamento institucional de bolsa de iniciação científica. O referido projeto encontra-se vinculado a um projeto mais amplo (Diálogos Interinstitucionais no Contexto da Pandemia COVID-19: estudo comparativo em distintas realidades: Brasil, Estados Unidos, Alemanha e Portugal), coordenado pela Prof. Cláudia Maria Toledo da Silveira e financiado pelo CNPq por meio do Edital Universal 2021, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021 - Faixa A - Grupos Emergentes.

A escolha do objeto de pesquisa se deve à participação das pesquisadoras em um projeto guarda-chuva, intitulado “Diálogos Interinstitucionais no Contexto da Pandemia COVID-19 – estudo comparativo em distintas realidades: Brasil, Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Chile”, coordenado pela professora titular da UFJF Cláudia Maria Toledo e financiado pelo CNPq. O projeto propõe, a partir de pesquisa bibliográfica e empírica, a análise de decisões dos mencionados países durante a pandemia do coronavírus, verificando comparativamente a utilização dos poderes emergenciais pelo Poder Executivo e a reação dos Tribunais Constitucionais a tais medidas. Nessa perspectiva, uma outra forte motivação para escolha do objeto de pesquisa foi o contexto no qual são instaurados os *emergency powers*, caracterizados pela grande demanda gerada pelo corpo social de que decisões rápidas fossem tomadas pelo Poder Executivo, dada a existência de uma crise. Logo, a proposta do projeto é verificar se o controle do Poder Judiciário sobre tais atos ocorreu com o intuito de evitar eventuais abusos que contrariassem a Constituição e os ideais democráticos. No âmbito do subprojeto vinculado ao projeto guarda-chuva, as autoras vêm trabalhando, especificamente, desde 2022, a atuação do Tribunal Constitucional Português no contexto de crise da COVID-19.

Diante desse panorama de pesquisa, foi objeto de investigação, para este artigo, o seguinte problema de pesquisa: o controle judicial de constitucionalidade no tocante à morte medicamente assistida por parte do Poder Judiciário foi uma decisão ativista? Se sim, qual o seu impacto no contexto da pandemia do COVID-19 em Portugal?

Para tanto, a pesquisa baseou-se no artigo *The Bound Executive: Emergency Powers during the Pandemic* (GINSBURG; VERSTEEG, 2020), analisando as possíveis formas de controle judicial dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo expostas pelos autores e observando, qualitativamente, os argumentos justificadores da decisão judicial, conforme as teorias de Alexy (2017) e Habermas (1997), a fim de verificar se houve ativismo judicial e o grau em que o mesmo supostamente teria ocorrido. Ademais, consoante Bateup (2006), investiga-se se ocorreu, na decisão judicial, interação dialógica entre os Poderes na busca da melhor resposta em conformidade com a Constituição Portuguesa.

O objetivo geral deste trabalho recai sobre a necessidade de se averiguar a atuação do Tribunal Constitucional Português durante a emergência de saúde pública causada pela COVID-19, na perspectiva dos diálogos interinstitucionais, de modo a inferir sobre a ocorrência do fenômeno do ativismo. Paralelamente, o objetivo específico é verificar se a utilização dos chamados *emergency powers* resultou no desequilíbrio institucional e na geração de um Estado em vertigem perante os pilares democráticos. Desse modo, tem-se que a importância do objetivo geral se concreti-

za no objetivo específico da pesquisa que originou este artigo ao passo que este permite analisar os impactos práticos da temática gerados no corpo social português, durante e após a pandemia do coronavírus, especificamente mediante o recorte da proposta do Poder Legislativo de alteração do Código Penal no tocante à morte medicamente assistida.

Por fim, tem-se que a metodologia utilizada no presente artigo, que está estruturado em três seções, segue uma abordagem qualitativa quanto à atuação do Tribunal mediante os atos dos demais poderes num recorte temporal que já se encerrou (findada a crise da COVID-19). Inicialmente, serão abordadas as noções e as categorias referentes aos diálogos interinstitucionais, especificamente a atuação dos três poderes no controle de constitucionalidade juntamente ao papel dos mesmos em um contexto de crise. Em seguida, é retratado o panorama emergencial português durante a pandemia da COVID-19, bem como a atuação dos três poderes na saúde pública na perspectiva das decisões do Tribunal Constitucional. Por último, foram analisadas as declarações dos votos vencedores do acórdão nº 123/2021 do Tribunal Constitucional Português, que versa sobre o Decreto de nº 109/XIV aprovado pela Assembleia Legislativa Portuguesa propondo a alteração do Código Penal no tocante à morte medicamente assistida.

## **1. Diálogos interinstitucionais: noções e categoriais**

Um dos fundamentos que mantém sólida a base do Estado Democrático de Direito é a divisão do poder estatal em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário consagrada constitucionalmente pelo princípio da separação tripartite dos poderes, originalmente elaborado pelo filósofo francês Montesquieu (1748). No sistema brasileiro, essa tripartição está prevista da seguinte maneira: ao Poder Executivo, representado pelo Presidente da República, pelos governadores e pelos prefeitos, cabe a execução das leis conforme as normas vigentes no país, bem como a proposição de planos de ação e administração dos interesses públicos. Paralelamente, ao Poder Legislativo, composto pelos deputados federais e estaduais, pelos senadores e pelos vereadores, é atribuída a elaboração e aprovação de leis, assim como a fiscalização de sua execução pelo Poder Executivo. Finalmente, ao Poder Judiciário, formado por juízes, ministros e desembargadores, foi atribuída a competência sobre a interpretação das leis e seu julgamento consoante aos ditames constitucionais. Logo, verifica-se que a desconcentração do poder público contribui para a concretização do sistema de freios e contrapesos, estratégia de controle recíproco entre os poderes que garante o funcionamento equilibrado da máquina estatal. Entretanto, não se pode afirmar que tal princípio impe-

de o exercício indevido, insuficiente ou excessivo deste ou daquele poder.

Apesar da funcionalidade da desconcentração do poder público citada anteriormente, tem-se que, no que tange à área de decisões constitucionais, em especial, à interpretação dos direitos constitucionais, o Poder Judiciário não tem, nem deveria ter o monopólio da interpretação constitucional. Tal panorama monopolista seria o causador de diversas preocupações sociais acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade (Bateup, 2006). Visto isso, a proposta dialógica, uma corrente de diferentes teorias interinstitucionais, ganha espaço ao evidenciar as formas de interpretação dos limites de atuação dos poderes como uma forma de suprir a lacuna da legitimidade democrática proveniente da dificuldade contramajoritária.

Nessa perspectiva, faz-se necessário, primeiramente, apresentar os conceitos de *diálogo* e *interinstitucionais*, de modo a ser possível compreender a proposta dialógica apresentada pela autora. Inicialmente, sabe-se que diálogo trata-se de um debate entre duas ou mais pessoas, no qual há uma troca de ideias, com o intuito de alcançar um acordo fundamentado entre ambos. Por outro lado, interinstitucional é o adjetivo que caracteriza a relação envolvendo duas ou mais instituições. Sendo assim, pode-se deduzir que diálogos interinstitucionais são as interações de duas ou mais instituições pertencentes a poderes distintos, visando resolver as controvérsias existentes na sociedade de modo dialógico, sem que haja a supremacia da atividade de uma sobre a outra, como ocorre na separação tripartite dos poderes.

### **1.1 A atuação dos poderes emergenciais no contexto de crise**

Oren Gross (2011) enumera circunstâncias que ajudam a caracterizar o contexto de crise, que variam entre definições como: guerra; perturbação de ordem e da paz pública; exigências econômicas, desastres naturais; e ameaças internas ou externas. Nesse quadro de estado de emergência, ocorre uma concessão de poderes para o Executivo, haja vista a grande demanda da sociedade para a rápida tomada de decisões que visem conter a crise. Contudo, como resultado dessa deliberação, há também a suspensão de alguns direitos e garantias dos cidadãos. Diante disso, torna-se necessário encontrar meios de garantir a flexibilidade Estatal e poder suficiente para controlar a crise, sem que ocorram violações de certos direitos de modo a cercear os pilares democráticos.

Os poderes emergenciais executivos devem ser referentes a necessidade factual, objetivando as funções do Poder Legislativo em detrimento do texto constitucional. Isto é, caso a necessidade seja extrema, pode

ocorrer que o Poder Executivo descumpra a obrigação constitucional e vise o processo de produção legislativa, com o intuito de preservar a segurança da nação ou dos indivíduos, de acordo com o tipo de crise que se apresenta. Isso porque é menos trabalhoso e demorado que novas legislações destinadas ao contexto de crise sejam editadas do que legislações já existentes se adaptem à emergência. Nessa conjuntura, há ainda, uma crença por parte da população nas instituições e em seus líderes, apoiando as medidas emergenciais adotadas pelo Governo, na tentativa de superar um inimigo em comum (Gross, 2011).

No entanto, tem-se a preocupação acerca de que essas novas leis tenham validade apenas em contexto de crise e não se tornem permanentes, de modo a abusar e desviar o poder concedido. Os efeitos imediatos das medidas de emergência geram uma crença de que tais normas sejam benéficas se produzidas no sistema jurídico regular, porém ficam ocultados os seus custos de longo prazo. Deste modo, essa flexibilidade constitucional e legal suspende certos direitos e garantias dos cidadãos, não podendo, porém, tal suspensão ser prorrogada em tempos de paz pública sob pena de infringir os pilares democráticos.

Diante disto, pode-se afirmar que, em estados emergenciais, os atos governamentais se mostram limitados, tendo em vista as lacunas constitucionais existentes diante das diversas possibilidades de emergências e as variedades de medidas que podem ser adotadas para solucionar o problema. Nessa perspectiva, mesmo que a Constituição do país apresente providências emergenciais detalhadas, nem sempre estas serão suficientes para assegurar a contenção da crise no tempo do fato. Ademais, os documentos constitucionais divergem em adotar o caráter de revisão judicial, através do sistema de freios e contrapesos, em contexto de crise (Gross, 2011).

## **1.2 A atuação argumentativa do poder judiciário no controle de constitucionalidade**

Ao atuar no controle da constitucionalidade, o Poder Judiciário, por meio de atos discursivos, fundamenta a justificativa da sentença deferida (Toledo, 2022). Desse modo, nesta seção do presente artigo, faz-se imprescindível a análise dos argumentos utilizados no discurso jurídico para que seja feita a interpretação dos limites de atuação judicial na sociedade moderna. Nessa perspectiva, a avaliação dos atos discursivos ocorre através da escala triádica, isto é, os argumentos utilizados na tomada de decisão podem ser divididos como discurso jurídico, prático geral e/ou empírico. No primeiro discurso, a justificação da argumentação deve ser relacionada com fontes autoritativas ou institucionais (Alexy, 2017), que

compreendem dispositivos normativos, precedentes e doutrinas. Já o segundo tipo, engloba enunciados pragmáticos, éticos e morais, conforme Habermas (1997). Por fim, o discurso empírico se desdobra em questões que descrevem a realidade, sendo essas exemplificadas por fatos concretos e dados científicos. Cabe destacar que os últimos, discurso prático geral e empírico, têm em si mesmos o grupo de argumentos classificados como não institucionais.

Do ponto de vista lógico, entende-se que o Poder Judiciário, ao priorizar a utilização dos argumentos institucionais (argumentos do discurso jurídico) em detrimento dos argumentos não institucionais (argumentos do discurso prático geral e do discurso empírico) na fundamentação das decisões por ele proferidas, especialmente naquelas tangentes às questões de interpretação e controle constitucional, estaria muito provavelmente agindo dentro dos limites da sua competência, prestando agrados ao sistema de freios e contrapesos (Toledo, 2022). Por esse viés, os argumentos institucionais e não institucionais em uma escala triádica apresentariam, objetivamente, pesos distintos dentro de uma mesma decisão, permitindo que, a depender da quantidade e relevância de cada um deles, a decisão fosse classificada como levemente, moderadamente, ou gravemente ativista. Essa atribuição se deve ao condicionamento da fundamentação ao caso concreto, sendo possível que a utilização de vários argumentos não institucionais, porém de baixa relevância, componham a fundamentação de uma decisão levemente ou não ativista.

Deste modo, cabe destacar que as decisões são compostas pelos seguintes elementos: *ratio decidendi*, *rationales* e *obiter dicta*<sup>4</sup>, que abordam as razões principais, que possuem caráter decisivo para a solução final da demanda judicial, e as razões secundárias, que possuem caráter incidental ao se relacionar de modo imediato ao dispositivo (Santana, 2021). A *ratio decidendi* é a tese central que determina o julgamento, sendo empregada para solucionar o caso concreto. Essa é extraída da *rationales*, que se referem às principais razões da decisão. Enquanto, a *obiter dicta* apresenta enunciados de direito adicionais, portanto não possui função argumentativa. Nesse viés, pode-se afirmar que o primeiro elemento possui um peso maior, tendo em vista a sua maior força argumentativa, em detrimento do último elemento. Paralelamente a esse entendimento, segundo Santana (2021), pode-se constatar uma relação entre o peso dos argumentativos não institucionais e o ativismo judicial, que se traduz em:

- a) quanto maior a quantidade de argumentos não institucionais forem utilizados na estruturação da *ratio decidendi*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau grave;

- b) quanto maior a quantidade de argumentos não institucionais forem utilizados na estruturação da *rationales*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau moderado;
- c) quanto maior a quantidade de argumentos não institucionais forem utilizados na estruturação da *obiter dicta*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau leve ou de inexistência de ativismo.

O fenômeno do ativismo judicial, portanto, que não somente tem sua origem na negligência e na omissão legislativa, podendo também ser causado pelo esmagamento do uso do discurso jurídico pelo uso dos discursos práticos gerais e empíricos, mostra-se como incompatível com a proposta dialógica, uma vez que cria um ambiente de atuação desproporcional entre os poderes, favorecendo a crise de legitimidade democrática das decisões judiciais. Sendo assim, deve-se analisar as partes da decisão e qual o tipo de argumento utilizado, com o intuito de averiguar o peso do argumento e, conseqüentemente, constatar se houve ativismo judicial e, em caso positivo, qual o seu grau.

## **2 O panorama emergencial português durante a pandemia da covid-19**

Nesta seção, serão abordadas as características que determinaram o panorama emergencial do coronavírus em Portugal, como a existência de regiões autônomas, a política estável e a faixa etária da população. Inicialmente, cabe destacar que aquele país é um estado unitário com duas regiões autônomas, Açores e Madeira, o que descentraliza a tomada de decisões dentro do território como um todo. Um exemplo disso é que a Região Autónoma da Madeira, nas primeiras semanas de março de 2020, suspendeu as atracagens de cruzeiros, implementou a medição de temperatura dos passageiros em aeroportos e cancelou voos com origem de países com casos de transmissão ativa do vírus, assim como o restante do território português. Contudo, diferentemente do que foi implementado no continente, esta região possuía autonomia para isentar, ainda, o pagamento de água e luz por parte da população da ilha durante o surto (Campo; Lins, 2020).

No momento de crise sanitária, a estabilidade política e institucional portuguesa foi crucial para que o país possuísse capacidade para lidar um pouco melhor com as demandas impostas pela pandemia, diferentemente do ocorrido em seus vizinhos próximos, Espanha e Itália. Isso fica comprovado nas quatro eleições para o Parlamento Espanhol entre 2016 a 2020 e pela alta rotatividade no cargo de Primeiro Ministro no caso italiano. Tais fatos implicaram diretamente em ações que prejudicaram as necessárias respostas à crise sanitária (Campos; Lins, 2020). Dessa forma, a

forte aprovação do governo português pelos seus cidadãos solidificou a legitimidade dos ideais democráticos no país e colaborou para a contenção de correntes negacionistas e extremistas. Assim como, contribuiu para a popularidade vacinal, com baixos níveis de hesitação (Campos; Lins, 2020).

Nessa perspectiva, durante a proliferação da doença, Portugal optou pela expansão da telemedicina como uma estratégia de diminuir o fluxo de cidadãos dentro das instituições hospitalares, bem como foram lançados aplicativos e portais de internet específicos para o monitoramento de contágio, que também tornavam públicos os esquemas de prazos, agendamentos de consultas e campanhas de imunização (Barros *et al.*, 2023). Entretanto, tais medidas não foram suficientes e eficazes para uma parcela da comunidade, a população idosa. Sabe-se que Portugal é o quarto país com o maior índice de indivíduos acima de 60 anos da União Europeia, podendo-se afirmar que essa parcela da população foi mais afetada tanto em quesitos que dizem respeito à dificuldade da adaptação ao mundo digital, quanto em relação às consequências da patologia, uma vez que representavam o grupo de risco de exposição estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (Novais *et al.*, 2021). Assim,

Em conclusão, a pandemia de COVID-19 teve um impacto significativo nesta faixa etária, nomeadamente na redução do acesso aos cuidados de saúde, pelos próprios ou imposta, na diminuição da socialização e na deterioração de hábitos de vida, conduzindo a um desenvolvimento ou agravamento de sintomatologia ansiosa e depressiva (Novais *et al.*, 2021).

## **2.1 Atuação dos poderes executivo e legislativo em Portugal no contexto da crise gerada pela covid-19**

Embora os dois primeiros casos confirmados em Portugal tenham sido em 02 de março de 2020, o Executivo Português já vinha tomando medidas relacionadas à pandemia anteriormente, uma vez que o primeiro caso confirmado da doença no continente Europeu se deu na França em janeiro daquele mesmo ano. Após a confirmação, Portugal respondeu de maneira rápida e firme, mediante uma coordenação política na atuação de decisões tomadas pelo Presidente da República, em conjunto com o Primeiro-Ministro, respaldados, ainda, pelo conselho de ministros e por membros do parlamento. Nessa conjuntura, as escolas e fronteiras foram fecharam, bem como os eventos ficaram suspensos, as viagens restritas e as atividades não essenciais limitadas (Barros *et al.*, 2023). Pelo fato de o panorama da COVID-19 se tratar de um estado de necessidade, atua-

ções, que se praticadas sob outras circunstâncias não seriam válidas, passam a ser legalizadas diante da crise, como apresentado previamente na subseção 1.1 deste artigo. Diante disso, fica evidenciada a limitação de certos direitos na sociedade portuguesa no contexto da pandemia, tendo em vista que restringiram-se à liberdade de reunião e de circulação de pessoas em vias públicas, sendo permitida apenas em casos como aquisição de bens ou serviços, motivos de saúde, desempenho de atividades laborais, emergências familiares e outros previstos em regulamentações (Campos; Lins, 2020).

Paralelamente a essa restrição de direitos enfrentada pelos cidadãos portugueses, tem-se a formulação e a implementação tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo português, de medidas que visavam suavizar os efeitos da crise. No âmbito econômico, evidenciam-se medidas enquadradas no que consistia em um *pacote de socorro ao mercado* que ia desde a suspensão de processos de despejo e de execução de hipotecas à aplicação do recurso de *lay-off*, que consistia na redução do pagamento dos trabalhadores pelo empregador, sendo 70% pago por fundos públicos de Seguridade Social e 30% pelos empregadores. O intuito prioritário dessa e de outras medidas do pacote era de se evitar, a curto prazo, o desemprego e o desamparo social em massa da sociedade portuguesa. Nesse viés, no âmbito da saúde pública, o governo apresentou baixa preparação para uma das estratégias de combate ao vírus da COVID-19 firmadas pela OMS, a testagem em massa. A testagem foi feita apenas em casos clinicamente suspeitos. Desse modo, o pico de contágio da curva epidemiológica previsto para abril de 2020 foi arrastado até o fim de maio do mesmo ano, época em que o país já contava com 187 mortes (Campos; Lins, 2020).

Nesse período, caracterizado pelo isolamento Poder Executivo e do Poder Legislativo no que tange a questões econômicas. Em relação à questão sanitária, os números de novos casos constituíam uma curva crescente até a produção efetiva do plano vacinal, em 8 de fevereiro de 2021, baseada nos princípios da universalidade, gratuidade, acessibilidade, equidade e priorização dos grupos de risco (Ferreira da Silva; Macedo; Conceição, 2022). Entretanto, com a chegada da variante Delta em Portugal, no mês de maio, associada a um maior grau de transmissão e risco da doença, houve novamente a disseminação por todo o território. Somente, no final de agosto até o início de outubro, quando a vacinação passou de mais da metade da população, observou-se a redução significativa dos números de novos casos, das internações e dos óbitos, assim se iniciou o relaxamento das restrições em vigor na época.

No final de 2021, surgiu a variante ômicron, que se estenderia pelos primeiros meses do ano de 2022, atingindo um grande número de pessoas

e se tornando um desafio para vacinação, em razão de sua alta transmissibilidade e capacidade de reinfeção. Em dezembro de 2021, o Parlamento Português reformulou e aprovou uma resolução que recomendava medidas de reforço da estrutura de saúde pública do país (Barros *et al.*, 2023). Deste modo,

Pode-se afirmar que Portugal teve quatro momentos de destaque no controle à pandemia: a) o rápido controle durante a primeira onda, achatando a curva e poupando o sistema nacional de saúde; b) o momento do descontrole, com elevada mortalidade e colapso do sistema de saúde; c) o estabelecimento de uma estratégia de vigilância robusta para o monitoramento e controle da COVID-19 no território nacional; e d) a adequada e tempestiva ampliação da cobertura vacinal (Barros *et al.*, 2023).

Logo, conclui-se que, comparativamente ao primeiro semestre de 2020, após a primeira onda e a explosão do contágio, os Poderes Executivo e Legislativo Portugueses deslocaram a sua atenção para o reforço do sistema de saúde, ao passo que a aplicação das medidas no âmbito econômico e comercial entrou em um esquema alternado de afrouxamento e fortalecimento. Portanto, evidencia-se a efetivação da proposta dialógica no contexto de crise emergencial da COVID-19 entre esses poderes, caracterizada pela participação geral e ativa de ambos. Diante disso, passe-se à análise acerca da atuação do Poder Judiciário na subseção seguinte.

## **2.2 A saúde pública na perspectiva das decisões dos tribunais portugueses**

Vânia Magalhães (2021) destaca a diversidade de regimes jurídicos vigentes em Portugal por consequência da pandemia. Tais regimes repercutiam fortemente nos direitos fundamentais dos cidadãos. A proteção e a defesa desses direitos é dever dos tribunais, órgãos de soberania constitucionalmente consagrados. Conforme o artigo 6º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (Lei nº 44/1986),

Na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência, os cidadãos mantêm, na sua plenitude, o direito de acesso aos tribunais, de acordo com a lei geral, para defesa dos seus direitos, liberdades e garantias lesados ou ameaçados de lesão por quaisquer providências inconstitucionais ou ilegais. (Portugal, 1986)

Durante a pandemia da COVID-19 em Portugal, os tribunais sofreram alterações no seu modo de funcionamento. Foram adotadas medidas

excepcionais nos tribunais de primeira instância, para que esses apenas realizassem atos processuais e diligências nos quais estivessem em pauta direitos fundamentais, sem prejuízo da realização remota dos demais serviços. Encontravam-se suspensos também os prazos de prescrição e caducidade dos demais atos processuais.

A decisão analisada neste trabalho, proferida pelo Tribunal Constitucional Português, foi coletada, no site Diário da República, juntamente com as demais decisões que constituíram a jurisprudência da Corte Portuguesa no recorte temporal entre 01 de julho de 2020 e 01 de agosto de 2023, com as seguintes palavras-chave: COVID-19; pandemia; coronavírus. Adicionados esses filtros, foram apresentadas seis decisões nesse período, todavia, cabe destacar que nenhuma de tais decisões analisa questões diretamente referentes a saúde pública. Dentre essas decisões encontradas, o presente trabalho analisa o Acórdão nº 123/2021, que decidiu sobre a alteração do Código Penal Português no tocante à questão da morte medicamente assistida.

### **3. Análise do acórdão nº 123/2021 do tribunal constitucional português**

O Acórdão nº 123/2021, do Tribunal Constitucional Português, consiste em uma ação declaratória de inconstitucionalidade, requerida pelo Presidente da República e julgada no dia 15 de março de 2021. Em seu pedido, o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas contidas no Decreto 109/XIV da Assembleia da República, o qual regularia condições especiais em que a antecipação da morte medicamente assistida não seria punível, alterando, assim, o Código Penal Português.

As normas do Decreto, em questão, são as seguintes:

Art. 2.º. 1 - Para efeitos da presente lei, considera-se antecipação da morte medicamente assistida não punível a que ocorre por decisão da própria pessoa, maior, cuja vontade seja atual e reiterada, séria, livre e esclarecida, em situação de sofrimento intolerável, com lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico ou doença incurável e fatal, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde.

Art. 4.º. 1 – O médico orientador emite parecer fundamentado sobre se o doente cumpre todos os requisitos referidos no artigo 2.º e presta-lhe toda a informação e esclarecimento sobre a situação clínica que o afeta, os tratamentos aplicáveis, viáveis e disponíveis, designadamente na área dos cuidados paliativos, e o respetivo prognóstico, após o que verifica se o doente mantém e reitera a sua vontade, devendo a decisão do doente

ser registrada por escrito, datada e assinada [...]

Art. 5º. 1 – Após o parecer favorável do médico orientador, este procede à consulta de outro médico, especialista na patologia que afeta o doente, cujo parecer confirma ou não que estão reunidas as condições referidas no artigo anterior, o diagnóstico e prognóstico da situação clínica e a natureza incurável da doença ou a condição definitiva da lesão [...]

Art. 7º. 1 - Nos casos em que se apresentem os pareceres favoráveis nos termos dos artigos anteriores, reconfirmada a vontade do doente, o médico orientador remete cópia do RCE para a Comissão de Verificação e Avaliação dos Procedimentos Clínicos de Antecipação da Morte (CVA), prevista no artigo 23.º, solicitando parecer sobre o cumprimento dos requisitos e das fases anteriores do procedimento, que é elaborado no prazo máximo de 5 dias úteis [...] (Portugal, 2021).

Art. 27º - Os artigos 134.º, 135.º e 139.º do Código Penal passam a ter a seguinte redação:

Artigo 134º: 1 – [...]. 2 – [...]. 3 – A conduta não é punível quando realizada no cumprimento das condições estabelecidas na Lei n.º xxx.

Artigo 135.º: 1 – [...]. 2 – [...]. 3 – A conduta não é punível quando realizada no cumprimento das condições estabelecidas na Lei n.º xxx.

Artigo 139º: 1 – (Atual corpo do artigo). 2 – Não é punido o médico ou enfermeiro que, não incitando nem fazendo propaganda, apenas preste informação, a pedido expresso de outra pessoa, sobre o suicídio medicamente assistido, de acordo com o n.º 3 do artigo 135º. (Portugal, 2021).

Desse modo, verifica-se que os artigos 4º, 5º e 7º citados previamente se referem, respectivamente, ao médico orientador, ao médico especialista e à Comissão de Verificação e Avaliação as novas condições estabelecidas no artigo 2º. Desse modo, o artigo 27º do Decreto disporia sobre a alteração, de fato, da redação dos artigos 134º, nº 3; 135º, nº 3; e 139º, nº 2 do Código Penal, como disposto anteriormente. A importância da nova redação é justamente legitimar normativamente a impunibilidade dos envolvidos no processo da morte medicamente assistida.

O Tribunal se pronunciou pela inconstitucionalidade de todos os artigos mencionados, fundamentando sua posição principalmente através do entendimento de que os dispositivos se demonstram como uma violação do princípio da determinabilidade da lei enquanto corolário dos princípios do Estado Democrático de Direito e da reserva de lei parlamentar, bem como do princípio à inviolabilidade da vida humana, ambos consagrados nos artigos 2º e 165, nº 1, alínea b, e 24º, nº 1 da Constituição Portuguesa. Como principais razões para essa decisão, o Tribunal sinalizou uma especial exigência em matéria de densificação dos pressupostos de que depende a despenalização da antecipação da morte medicamente

assistida, ou seja, o controle de constitucionalidade, neste caso concreto, referenciou-se a uma insuficiente densidade normativa presente nos critérios evidenciados na escrita no Decreto 109/XIV.

### **3.1 A fundamentação argumentativa no tocante à morte medicamente assistida e a alteração do código penal**

A decisão referida foi tomada pelo Tribunal Constitucional Português de forma colegiada. Na fundamentação, houve uma divisão argumentativa em nove tópicos, elencados em ordem alfabética de A) a I). As declarações de votos de cada juiz conselheiro do Tribunal Constitucional são apresentadas ao final da formulação do texto da decisão teor, apresentando seis votos vencedores contra cinco votos vencidos.

Para este artigo, foram analisados os argumentos utilizados na declaração de votos vencedores pelos juízes conselheiros, com o intuito de verificar se houve predominância de argumentos institucionais ou não institucionais, de modo a averiguar a possibilidade de um ativismo judicial na decisão. Nesse contexto, destaca-se que os votos vencidos não foram analisados, uma vez que os votos vencedores, por possuírem uma maior força argumentativa, representam as razões para que fosse declarada a inconstitucionalidade do decreto, portanto, o ativismo deve ser constatado por meio desses votos.

Os votos vencedores apresentaram argumentos institucionais referentes ao dever constitucional de proteção à vida humana, bem como à necessidade de maior densidade normativa para que se fosse aberta a possibilidade de rompimento deste dever de proteção. Tal densidade abraça onexo causal entre as condições médicas do paciente e a proporção de um sofrimento intolerável, fato que, se não for especificamente referido, abre espaço para um ambiente gerador de negligências. Além disso, com base na Constituição Portuguesa e na exposição de diversos entendimentos doutrinários, os argumentos constantes nos votos vencedores evidenciam a criação de um horizonte problemático da morte medicamente assistida impulsionado pela baixa densidade normativa.

Finalmente, tem-se o impacto causado pelo acúmulo da categoria argumentativa de argumentos institucionais na definição da existência e do grau de ativismo incorporado durante o proferimento do Acórdão nº 123/2021 pelo Tribunal. Partindo da noção previamente exposta no tópico 2 da seção 1 deste trabalho, o Tribunal, mediante a fundamentação argumentativa por ele preferida na *ratio decidendi* da decisão, colaborou para a aferição do grau de ativismo judicial na decisão como nulo ou leve.

### 3.2 O cenário do acórdão nº 123/2021 do tribunal constitucional e sua relação com o contexto da covid-19

A temática da morte medicamente assistida foi amplamente divulgada pela mídia, após o primeiro caso legal de eutanásia na Colômbia, em 2015 (Castro *et al.*, 2016). Após este caso, mais países onde esta prática ainda não era legalizada iniciaram debates acerca da despenalização dessa conduta. Enquanto para alguns se trata de uma questão de escolha individual, para outra parcela da sociedade, está relacionado com o direito à vida. Com isso, faz-se essencial diferenciar a eutanásia da morte medicamente assistida: a primeira refere-se ao desempenho do profissional da saúde, responsável por aplicar substância intravenosa a pedido do paciente ou retirar ou suspender os tratamentos de preservação da vida a pedido do doente ou de sua família; por outro lado, o suicídio assistido ocorre quando o clínico fornece fármacos letais, cabendo ao interessado aplicá-los (Lemos, 2023).

Durante o julgamento do Acórdão nº 123/2021, cinco países europeus contavam com a legalidade da eutanásia, sendo estes: Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo, Alemanha e Espanha, além de alguns outros possuírem certa maleabilidade no exercício dessa prática, como Áustria, Noruega e Suíça. Paralelamente à situação de Portugal, se encontravam Itália, França e Irlanda, ou seja, a questão da despenalização do suicídio assistido se mostrava como um caso difícil a ser julgado, mas amplamente discutido nos respectivos países (Lemos, 2023).

Posteriormente, em 12 de maio de 2023, Portugal aprovou a Lei nº 22 de 2023 que descriminaliza a morte medicamente assistida para maiores de 18 anos, em casos que se encontrem em sofrimento intenso com lesão definitiva de extrema gravidade ou doença grave e incurável. Dado o exposto, fica claro que, apesar de ser um assunto muito polêmico e atual, o julgamento do acórdão em questão, em tempos de pandemia, poderia mudar a realidade de milhares de pacientes portugueses afetados pelo vírus da COVID-19, que tiveram seu caso clínico agravados, somente podendo respirar por aparelhos. Sendo assim, questiona-se: se, em 2021, no Acórdão 123/2021 não houvesse o deferimento da inconstitucionalidade do Decreto 109/XIV da Assembleia da República, promulgando uma lei que descriminalizasse a morte medicamente assistida, teriam as implicações desta descriminalização estabelecido um panorama de discussão ético acerca do prolongamento exagerado da vida humana na prática da medicina portuguesa, conhecido como distanásia? Ou teriam tais implicações propiciado menor sofrimento às famílias que acompanharam o agravamento do quadro dos seus familiares? As respostas para essas perguntas encontram-se em um campo ainda pouco explorado não

só juridicamente, como também científica, econômica e socialmente, uma vez que estes necessitam de uma integração multifacetada entre o Direito, a Bioética, a Medicina e a Política.

## Conclusão

Como conclusão do presente trabalho, verifica-se que, diante da pandemia do vírus da COVID-19, o Estado Português dispôs de medidas excepcionais de enfrentamento à crise sanitária conforme o estabelecido no corpo de seu Documento Constitucional. Paralelamente ao entendimento do autor Oren Gross (2011) no capítulo “*Constitutions and Emergency Regimes*” do livro “*Comparative Constitutional Law*”, tem-se que a crise sanitária portuguesa implicou no aumento dos poderes do Executivo e na supressão temporária de certos direitos dos cidadãos, de modo a tentar controlar o contágio do vírus. Entretanto, verificou-se que o pano de fundo emergencial perante o qual foi julgado o Acórdão de nº 123/2021, não se relaciona com o dispositivo de modo direto, dada a impossibilidade de prever, com exatidão, seus efeitos práticos no campo do direito à saúde. Logo, no tocante ao contexto de crise, o presente trabalho busca somente expor um caráter problematizador sobre como haveria de ser a invocação de uma crise emergencial sanitária uma vez descriminalizada a morte medicamente assistida em Portugal.

Já com relação aos tipos de controle de constitucionalidade dispostos pelo Judiciário no contexto de crise, Ginsburg (2020) reitera a diferenciação entre controle formal e controle material. O primeiro diz respeito ao controle do cumprimento de exigências procedimentais devidas para a elaboração de ato normativo. Já o controle material, apresenta duas vertentes: a primeira refere-se ao controle das restrições de direitos geradas pelo ato normativo; enquanto a segunda representa ordem judicial ao Poder Executivo para que esse tome certas medidas. No que diz respeito ao Tribunal Constitucional Português, a existência de apenas seis decisões julgadas nesse período pandêmico, por si só, demonstra uma atuação tímida, caracterizada pela baixa provocação da Corte pelos demais poderes. Dentre essas decisões julgadas, há tanto controle formal, quanto a primeira vertente citada do controle material, sendo esta exemplificada no Acórdão nº 123/2021. Contudo, a inexistência, em sua totalidade, de envio de ordem judicial ao Poder Executivo, reforça, ainda mais, o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos.

Finalmente, em se tratando do corpo do Acórdão 123/2021, partindo de uma análise minuciosa de sua fundamentação argumentativa, tem-se a

determinação da existência e do grau de ativismo judicial prolatado nesta decisão pelo Tribunal Constitucional Português. Diante da forte utilização de argumentos de caráter institucional na decisão, tem-se que a Corte portuguesa tendeu nula, ou levemente, à prática do fenômeno do ativismo judicial. Ao passo que também apresentou adesão a uma espécie de controle material das restrições de direitos geradas por ato normativo, classificação que se mostrou compatível com parte dos critérios a serem analisados durante a efetivação do sistema de freios e contrapesos estabelecido por Ginsburg e Versteeg (2020).

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Silva. Revisão técnica e apresentação: Cláudia Toledo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BARROS, Sandra Garrido *et al.* Vigilância e elevada cobertura vacinal: como Portugal superou o colapso e retomou o controle da pandemia. *Ciência e Saúde Coletiva*, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232023285.10732022>. Acesso em: 07 ago. 2023.
- BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. 71 Brook. L. Rev., 2006.
- CAMPOS, Lucas; LINS, Tuíla. Pandemia à Portuguesa: um relato sobre o Covid-19 e Portugal. *Espaço e Economia*, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/espacoeconomia.10369>. Acesso em: 07 ago. 2023.
- CASTRO, Mariana Parreiras Reis *et al.* Eutanásia e Suicídio Assistido em Países Ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética*, v. 24, n. 2, p. 355 – 367, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016242136>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers during the Pandemic. *SSRN Electronic Journal*, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- GROSS, Oren. Constitutions and Emergency Regimes. In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (orgs.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 334-349.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

- LEMOS, Ana. Os cinco países na Europa onde a eutanásia é há vários anos uma realidade. SIC Notícias, 30 de jan. De 2023. Disponível em: <https://sicnoticias.pt/especiais/eutanasia/2023-01-30-Os-cinco-paises-na-Europa-onde-a-eutanasia-e-ha-varios-anos-uma-realidade-60920427>. Acesso em: 10 ago. 2023
- MAGALHÃES, Vânia. O Impacto da Pandemia Covid-19 nos Tribunais Portugueses. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 37, n. 1, p. 411-428, 2021.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NOVAIS, Filipa *et al.* O Impacto da COVID-19 na População Idosa em Portugal: Resultados do Survey of Health, Ageing and Retirement. *Acta Med Port*, v. 34, n. 11, p. 761-766, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.20344/amp.16209>. Acesso em: 08 ago. 2021.
- PORTUGAL, *Decreto n° 109/XIV*, de 29 de janeiro de 2021. Regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal. Lisboa: Diário da República, 2021.
- PORTUGAL, *Lei n° 44/1986*, de 30 de setembro de 1986. Regime do estado de sítio e do estado de emergência. Lisboa: Diário da República, 1986.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão do Tribunal Constitucional n° 123/2021*. Pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, publicado no Diário da Assembleia da República, Série II-A, n.º 76, de 12 de fevereiro de 2021 (Regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal) e, em consequência, pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 4.º, 5.º, 7.º e 27.º do mesmo Decreto. Lisboa: Diário da República, 2021. Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2021/04/07000/0000500093.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- SANTANA, Anny Cristina Rodrigues. *Ativismo Judicial, um Fenômeno Gradual - Critérios para sua aferição a partir da análise do discurso*. Orientadora: Cláudia Toledo. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2022.
- SILVA, Renato Ferreira da; MACEDO, Mário; CONCEIÇÃO, Jaime. A pandemia de COVID-19 em Portugal: Evolução, Vacinação e Farmacovigilância. *Revista Multidisciplinar*, v. 4, n. 2, p. 135 – 154, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.23882/rmd.22090>. Acesso em: 08 ago. 2023.
- TOLEDO, Cláudia. *Ativismo Judicial vs. Controle Judicial – Um Estudo a partir da Análise Argumentativa da Fundamentação das Decisões*

do Poder Judiciário Brasileiro e do Tribunal Constitucional da Argentina, México e Alemanha. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). *Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 385-422.

## 5. DIREITO EM EXCESSO: AMEAÇA AO ESTADO DE DIREITO

*André Luiz Maluf Chaves*  
*Clarissa Brandão Kowarski*  
*Marco Aurélio Lagreca Casamasso*

### Introdução

O Estado de direito tornou-se, nas últimas décadas, critério referencial de legitimação para Estados e governos, equiparando-se, como autêntico valor político-jurídico universal, à democracia, aos direitos humanos e à justiça social. “Confinado no campo fechado do direito” (Chevallier, 1999, p. 7) até os anos 1980, a partir da década de 1990 o Estado de direito “deixa o terreno árido da dogmática jurídica” e se “mundializa” (Chevallier, 1999, p.7). De fato, a queda do muro de Berlim, a derrocada do comunismo soviético e o desmantelamento de governos autoritários na América Latina e na Europa Oriental implicaram uma transformação política radical, com o surgimento de novos regimes democráticos, centrados na supremacia da Constituição e na prevalência do princípio da legalidade. No ápice dessa mudança, observa Zolo (2006, p.3), “o ‘Estado de direito’ afirmou-se como uma das fórmulas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais”. Com juízo semelhante, Waldron (2008, p. 3) avalia que o Estado de direito se tornou, nesse período, “um dos ideais políticos mais importantes do nosso tempo”.

Parâmetro de legitimação, o Estado de direito impõe-se como instrumento de eficiência no enfretamento dos abusos de poder, na garantia da segurança jurídica, no combate à corrupção, na promoção do desenvolvimento político e econômico, na garantia da cidadania, na responsabilização dos governantes e na defesa dos direitos humanos. Portadora dessas potencialidades virtuosas, a locução *Estado de direito* apresenta-se, para Krastev (2005, p. 323), como uma “expressão mágica”, que pode assumir, em determinadas conjunturas político-econômicas, uma utilidade prática superior à da própria democracia. Com efeito, ao analisar o contexto político da Europa Oriental emergente do pós-comunismo, o autor constata que é o “Estado de direito, e não a democracia, que traz investi-

dores estrangeiros”, e que é a sua falta que “explica a propagação da corrupção” (Krastev, 2004, p. 323).

Esse impacto determinante do Estado de direito no cenário político contemporâneo acarretou consequências significativas nos campos prático e teórico. Eis que existencialmente atrelado ao liberalismo, o Estado de direito passa a se acomodar com mais legitimidade e desembaraço em segmentos do espectro político nos quais antes costumava ser alvo de desconfianças e mesmo desprezo, valorizando-se assim a sua funcionalidade em detrimento do peso da sua matriz ideológica. Grupos e partidos comprometidos com propostas de drásticas reduções das desigualdades econômicas e com a promoção da justiça social, viram-se, assim, envolvidos na defesa do Estado de direito, que, a despeito das suas origens liberais – e a depender do prisma que se adote, conservadoras –, passa à condição de aliado, prestando-se como recurso político-jurídico de transformação social.

Correlato a essa expansão no espectro político, há um incremento considerável da literatura voltada para o Estado de direito nos últimos trinta anos. Seja entre os países anglo-saxões, onde já havia uma cultura jurídica sedimentada em torno do *Rule of Law*, ou nos países de tradição da *Civil Law*, surge uma vasta bibliografia sobre o tema.

Ressalvada a diversidade de enfoques e de recortes metodológicos adotados, pode-se identificar duas grandes tendências nessa produção bibliográfica mais recente.

A primeira diz respeito ao significado. Em que pese existirem profundas divergências em relação ao seu conteúdo,<sup>14</sup> Marmor reconhece haver um “notável consenso” (Marmor, 2010, p. 666) entre os teóricos acerca do que o Estado de direito requer, em termos formais.

A segunda é que, ainda que esteja fora do nosso alcance proceder a uma revisão bibliográfica exaustiva, pode-se verificar, em amostra considerável de textos, uma linha argumentativa favorável e positiva no que se refere à relevância do Estado de direito, sinalizando uma propensão ao franco reconhecimento da sua força e indispensabilidade como valor político-jurídico fundamental contemporâneo (*v.g.* Zolo, 2006; Waldron, 2008; Chevallier, 1999; Canotilho, 1999; Krygier, 2006).

---

14 Com avaliação distinta, Tamanaha afirma (2004, p.4) que “O Estado de direito se encontra, portanto, no estado peculiar de ser o ideal político legitimador preeminente no mundo de hoje, sem acordo sobre exatamente o que significa”. Essa falta de acordo pronuncia-se sobretudo nos aspectos materiais do Estado de direito.

Sem se afastar dessas tendências, pretende-se, neste artigo, explorar aspectos virtualmente ignorados ou mitigados que afetam negativamente o Estado de direito. Delineado o seu objetivo mais amplo, a presente proposta de investigação visa a oferecer elementos que possibilitem questionar expectativas sobrestimadas em torno de um tema que, como o da democracia, pode se tornar refratário a apreciações críticas e mais realistas. Nessa perspectiva, busca-se pôr em relevo alguns dos obstáculos e desafios que tensionam e fragilizam o Estado de direito, além dos riscos que eventualmente evidenciam o seu “lado sombrio” (Krygier, 2006, p. 1).

Com o escopo de concorrer para uma exposição dos aspectos menos convencionais do Estado de direito, propõe-se uma investigação exploratória que permita traçar um panorama que ilustre alguns dos seus riscos, excessos e paradoxos. Não se trata, portanto, de pesquisa de viés analítico, centrada no compromisso de aprofundamento teórico, mas, antes, de um estudo exploratório voltado para o exercício de problematização e exemplificação em torno da complexidade existencial do Estado de direito. Nessa linha, procurar-se-á evidenciar o fenômeno do *direito em excesso* como uma ameaça existencial ao Estado de direito.

Ao contrário do que a crença otimista no poder transformador do direito poderia sugerir, assume-se aqui a premissa de que o sucesso do Estado de direito está relacionado diretamente à sua capacidade – desempenhada sobretudo pelos seus legisladores e governantes – de conter e limitar a produção, a proliferação e o alcance das normas jurídicas. No recorte temático proposto, serão destacados três fatores que amiúde ameaçam a integridade do Estado de direito: o *direito expansivo e inclusivo*, a *hipernomia* e a *instrumentalização do direito*.

## 1. Questões terminológicas e conceituais

Na apresentação desses fatores, duas premissas serão adotadas. Preliminarmente, é preciso que se considere o fato de que a expressão *Estado de direito*, e os seus correspondentes *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto* e *Estado de derecho*, estão vinculados a um legado que tem origem no liberalismo alemão do século XIX, em contraste com a expressão *Rule of Law*, cujas raízes mais remotas encontram-se na longa tradição do constitucionalismo anglo-saxônico. Com distinção cultural tão marcante, surge a dificuldade de se estabelecer uma plena sintonia entre as expressões *Estado de direito* e *Rule of Law* imune a críticas. Ou seja, não há entre as duas locuções uma correspondente tradução plenamente satisfatória, imune a questionamentos, e tampouco uma “coincidência conceitual” (Zolo, 2006, p. 3).

A despeito das dissimilaridades conceitual e terminológica, adota-se neste trabalho a equivalência entre o *Estado de direito* e o *Rule of Law*. Reconhece-se, neste passo, a prevalência de uma convergência nas duas tradições europeias, a anglo-saxônica e a continental, cujos raios de influência se estenderam para além da Europa: ambas se constituem em torno do propósito de impedir o exercício arbitrário do poder político e do objetivo garantir a primazia do governo das leis em detrimento do governo dos homens.

A segunda premissa é sobre o referencial conceitual a ser adotado, cuja definição deverá transcender conteúdos materiais específicos, de modo a possibilitar um certo grau de universalização, ou, se se preferir, um consenso básico. Trata-se de um conceito formal, aplicável a diferentes regimes políticos, tanto democráticos, quanto autocráticos.

Em uma das mais célebres referências conceituais, Fuller (Fuller, 1969, p. 41) assinala “oito tipos de excelência legal” na caracterização do Estado de direito, cujas leis devem atender a oito princípios:

1. generalidade, 2. promulgação, 3. não retroatividade, 4. clareza, 5. ausência de contradições, 6. não requerer o impossível, 7. constância da lei ao longo do tempo e 8. congruência entre ação oficial e as leis (Fuller, 1969, p. 46-91).

Por sua vez, Raz identifica oito princípios fundamentais do Estado de direito:

1. todas as leis devem ser prospectivas, abertas e claras, 2. as leis devem ser relativamente estáveis, 3. a elaboração de leis específicas (ordens jurídicas específicas) deve ser orientada por regras abertas, 4. a independência do poder judiciário deve ser garantida, 5. os princípios da justiça natural devem ser observados, 6. os tribunais deveriam ter poderes de revisão sobre a implementação dos outros princípios, 7. os tribunais devem ser facilmente acessíveis, 8. não se deve permitir que a discricção das agências de prevenção do crime perverta a lei. (Raz, 2016, p. 80-83)

Em que pese as diferenças, as duas perspectivas conceituais convergem para a superação dos obstáculos associados ao desafio de ter que se determinar conteúdos materiais entre distintos atores políticos, possibilitando um certo grau de consenso em nível formal.

Como explica Raz, a sua concepção de Estado de direito “não diz nada sobre como a lei deve ser feita: por tiranos, por maiorias democráticas ou de qualquer outra forma. Não diz nada sobre direitos fundamentais, sobre igualdade ou justiça” (Raz, 2016, p. 80).

Mas ao contrário do que sugere uma primeira impressão, essas definições formais não são desprovidas de valor. Assim, para Fuller há uma “moralidade interna da lei” (Fuller, 1969, *passim*), vinculada àqueles oito princípios formais do Estado de direito. Segundo o autor, “todo desvio dos princípios da moralidade interna da lei é uma afronta à dignidade do homem como agente responsável” (Fuller, 1969, p. 162)

Em Raz, a definição formal também não é desprovida de virtudes (Raz, 2016, p.80), ou seja, de um conteúdo virtuoso, pois requer regras claras e estáveis, limitação dos governantes de acordo com a lei – independentemente do seu conteúdo material –, segurança jurídica etc. Como afirma o autor “propósito ao listá-los foi apenas ilustrar o poder e a fecundidade da concepção formal do Estado de Direito” (Raz, 2016, p. 84).

## 2. O direito expansivo e inclusivo

Fenômeno contemporâneo, sobretudo nas sociedades situadas no raio de influência do Ocidente, a tendência crescente de o direito se estender a todas as relações sociais representa para o Estado de direito um risco que pode afetar diretamente suas condições de funcionalidade, minando sua capacidade de assegurar a segurança jurídica e a paz social. Essa veneração ou “culto ao direito” (Chevallier, 1999, p. 104), resultado de um longo processo histórico de valorização do direito positivo que se inicia com a modernidade, mostra-se paradoxal na medida em que pode comprometer o próprio Estado de direito na sua capacidade de estabelecer limites para a ação estatal, arriscando torná-lo incompatível com a preservação das esferas de ação e de liberdades imunes ao alcance do poder político.

A propensão para a juridicização plena da sociedade acarreta uma redução do papel das demais ordens normativas sociais, que embora possam coexistir e funcionar em paralelo com as normas jurídicas, são distintas em termos de “orientação, extensão, escopo, penetração e eficácia” (Tamanaha, 2009, p. 6).

Ora, essa possibilidade, arrisca, no limite, a superestimar a capacidade de as normas jurídicas cumprirem a sua função de disciplinar interações sociais e dirimir conflitos, criando expectativas irrealistas em relação ao Estado de direito. Diferentemente das demais normas sociais, as normas jurídicas criadas e promulgadas pelo Estado não raro carecem de adesão por parte significativa da população, podendo apresentar baixos níveis de legitimidade e eficácia. Por outro lado, normas morais, religiosas, familiares, costumeiras, de etiqueta, de comércio e outras (Tamanaha, 2009, p. 6), cujo surgimento independe do poder estatal, possuem uma

funcionalidade e penetração social que, a princípio, lhes permitem maior nível de adesão e aceitação.

Normas jurídicas que disciplinem exaustivamente as relações intrafamiliares, por exemplo, submetendo a rígido controle interesses, comportamentos, valores e sanções no seio do ambiente familiar, certamente terão sua legitimidade contestada, gerando irremediavelmente um baixo grau de adesão e eficácia. Normas familiares – *v.g.* relativas aos direitos de os pais escolherem ter ou não filhos, de os criarem e de conduzirem a formação moral e cultural quando os filhos forem menores – possuem natureza, escopo, função e campo de incidência próprios, o que as tornam, a princípio, insubstituíveis. O mesmo se passa em relação às normas religiosas, que versem, por exemplo, sobre ingresso e exclusão de membros, doutrina, hierarquia e requisitos para o reconhecimento de uma confissão religiosa.

Ainda que o Estado – por meio de normas jurídicas – possa apresentar motivos lógicos e razoáveis para justificar e promover intervenções nas esferas familiar e religiosa, limites a essas normas estatais interventivas deverão ser estabelecidas e observadas, sob pena de pôr em risco a autonomia, e no caso extremo de um Estado de direito totalitário, a própria existência daquelas esferas de ação, que se tornariam meras extensões do poder estatal. E isso vale para as demais esferas autônomas de ação, dotadas de normas próprias de interação social. Desconhecer esses limites é assumir que o direito – positivo, ou seja, produto do voluntarismo estatal –, pode, no extremo, se manifestar de modo onipresente e oninclusivo, permitindo que as suas normas – jurídicas, por definição – substituam não somente as normas familiares e religiosas, mas também todas as demais normas sociais.

Essa névoa normativa “que tudo penetra”, observa Carbonnier (1996, p. 271), “nos torna incapazes de conceber as relações entre os homens que não sejam relações jurídicas”. Ora, de acordo Tamanaha (2009, p. 6), “isso não é possível nem desejável”, pois “para ser consistente com o Estado de Direito, a lei não precisa cobrir tudo, mas o que a lei cobre deve ser amplamente respeitado pelos cidadãos” (Tamanaha 2009, p. 7).

Para os cidadãos, essa expansividade do direito corresponderá a um redimensionamento das esferas de ação individual, importando em controle e diminuição da liberdade. Possibilidades de escolhas que antes ficavam à mercê dos indivíduos ou de grupos privados, são reduzidas ou mesmo suprimidas em favor do Estado. Neste caso, um Estado de direito – mesmo que munido dos requisitos formais apontados por Fuller e Raz – poderá se tornar um estorvo para a liberdade. Estados de direito comprometidos com “pautas morais”, por exemplo, poderão se tornar instrumentos desmedidos de censura e de controle comportamental. Leis dis-

cipladoras de orientação sexual e de consumo de álcool, como as *leis de sodomia* e a *lei seca*, que vigoraram nos Estados Unidos, são casos extremos associados a um Estado de direito, cujo “lado sombrio” põe em xeque a liberdade individual. Os exemplos são inumeráveis, abrangendo controle ou proibição de tabaco, álcool, orientação sexual, consumo de alimentos etc.

Ao se pautar por um projeto expansivo, voltado para a “juridicização da vida”, com ampla capacidade para intervir nas ordens normativas não-jurídicas, o Estado de direito acabará por criar expectativas que não poderão ser cumpridas. A começar pelo fato de que um ordenamento jurídico expansivo, com pretensões ampliadas ou oníscuas, mostra-se, em última instância, incompatível com a expectativa de se impedir abusos do poder político. É certo que nesse Estado de direito o aplicador das normas jurídicas – em especial o chefe do executivo – tem as suas ações limitadas pelo direito, mas esse direito, *per se*, em face de demandas sociais cada vez mais intensas e complexas, tende a ampliar o seu raio de expansão e intervenção na sociedade. Embora mecanismos constitucionais e democráticos de contenção de poderes legislativo e normativo possam ser empregados, a tendência expansionista do direito contemporâneo permanece.

Ao relegar as formas de regulação e mediação das demais normas sociais, um Estado de direito expansivo acabaria por reduzir o papel da confiança social – vinculada à cultura e às normas não jurídicas – nas relações interpessoais, estimulando a crença de que a ordem pública e a paz social podem ser alcançadas unicamente por meio de normas jurídicas. Nesse hipotético Estado de direito, haverá forçosamente um estímulo para que os indivíduos reconheçam o direito como o meio mais usual de resolução de disputas, o que virtualmente o tonará um instrumento potencializador de conflitos.

### 3. A hipernomia

Fenômeno conexo ao da expansividade do direito, a hipernomia consiste basicamente na superabundância das normas jurídicas em vigor na sociedade. Para Dahrendorf (1985, p. 146), a “anomalia não é o único perigo, o outro é o que chamamos de hipernomia, o crescimento selvagem de normas”, a “ganância das normas que ameaçam sufocar toda iniciativa e liberdade” (Dahrendorf, p. 144).

Referindo-se ao fenômeno, Zolo recorre à ideia semelhante, sem indicar, porém, um contraste, mas, antes, uma relação decorrente do próprio excesso de direito, quando constata uma “tendente anomia devido à sobrecarga normativa...” (Zolo, 2006, p. 73).

A hipernomia, ou inflação legislativa, derivada do vertiginoso incremento da complexidade das relações sociais e do desenvolvimento técnico e tecnológico (Carbonnier, 2001, p. 44; Zolo, 2006, p. 72-73), combinado com o “culto ao direito” (Chevallier, 1999, p. 104) positivo, representa inúmeros riscos evidentes para o Estado de direito. De início, afeta a qualidade da norma jurídica. A multiplicação de textos legais, redigidos em linguagem especializada e não raro com a ausência ou uma precária técnica legislativa, dificulta ou mesmo impede o *acesso à lei*. A multiplicidade normativa, por sua vez, acarreta uma fragmentação do direito, com diplomas legais dispersos, normas extravagantes e regulamentos de toda ordem, que comprometem a sua unicidade enquanto ordem jurídica, sendo agravada pela “crescente opacidade expressiva e a extensão dos textos casa vez mais carregados de referências tecnológicas, e de referências cruzadas a outros textos normativos (Zolo, 2006, p.73). O modelo de segurança jurídica baseando na ideia de codificação do direito, vê-se, assim, nas palavras de Zolo (2006, p. 73), como “um resíduo histórico propriamente dito, submerso pela avalanche caótica da microlegislação”.

A profusão de normas jurídicas, agravada pela eclosão da microlegislação, repercute diretamente sobre o regime democrático, acentuando a crise da democracia representativa. Eis que a hipernomia, além de corroer os fundamentos do Estado de direito, afasta-o do centro gravitacional democrático, situado no poder legislativo – representativo da vontade popular e garantidor do princípio da autonomia, no sentido de que o conjunto de cidadãos não é legislado, mas legisla para si mesmo, por meio dos seus representantes.

Há, na manifestação da inflação legislativa, um crescente deslocamento das atividades legiferantes e normativas, que, com intensidade variável, se distanciam do poder legislativo, se aproximando da Administração, das agências reguladoras e, no âmbito externo, dos organismos e agências reguladoras internacionais. Esse déficit democrático associado à hipernomia não se esgota, contudo, nesse movimento de distanciamento. Faz-se necessário reconhecer, igualmente, como decorrência da hipernomia, o incremento do poder normativo do judiciário, com a expansão hiperbólica “do poder dos intérpretes e juizes” (Zolo, 2006, p. 74), autorizando as cortes, segundo Zolo (2006, p. 74) “a reescrever seletivamente os textos legislativos”.

Combinadas, a diversidade, a complexidade e a fragmentação das normas jurídicas afetam negativamente o exercício da cidadania. Assim, atributos do Estado de direito, como a clareza, a estabilidade e a generalidade das regras jurídicas tornam-se eventualmente quase ficções. Os cidadãos encontram-se, deste modo, “cada vez menos em condições de saber quais são as leis válidas e qual é o seu alcance normativo...” (Zolo,

2006, p. 74). Igualmente, para os juristas, a proliferação das normas jurídicas “torna muito difícil, mesmo impossível, o *conhecimento* e a *assimilação* do direito” (Chevallier, 1999, p. 103). O princípio da *ignorantia legis neminem excusat*, por conseguinte, tem o seu peso ainda mais reduzido, relativizando-se ao extremo.

A incontornável *ignorantia legis* vai de encontro a um dos objetivos essenciais do Estado de direito, qual seja o de criar condições de previsibilidade em relação a comportamentos e interações sociais, tanto na esfera privada, quanto na pública. Na sua “saturação normativa” (Carbonnier, 2001, p. 2001), geradora de ignorância e incerteza, o direito, que deveria *orientar*, arrisca a *desorientar* comportamentos, criando embaraços que retardam e dificultam a tomada de decisões e o planejamento de ações.

No âmbito das relações comerciais e trabalhistas, é notório o fato de que o excesso de normas jurídicas e regulações fomenta a burocracia, e provoca incertezas e morosidades que solapam diretamente a capacidade produtiva, a competitividade e o desenvolvimento econômico-social, ao mesmo tempo em que estimula práticas informais e ilícitas. Por conseguinte, o direito, que deveria garantir a segurança jurídica por meio da formalidade, passa a impulsionar a insegurança jurídica e a informalidade.

Ao referir essa inversão de funções, Chevallier observa que a hipernomia “suscita um sentimento geral de descontentamento no que concerne ao direito e gera práticas de ‘anti-direito’” (Chevallier, 1999, p. 103), o que incentiva manobras jurídicas visando a postergações que terminam por inviabilizar o cumprimento das normas, levando, assim, a um “déficit de execução” (Chevallier, 1999, p. 103).

O fenômeno do *anti-direito* e do *déficit de execução* se estende a outras áreas do direito, com irremediáveis reflexos sociais, políticos e econômicos. Em países como o Brasil, por exemplo, as práticas de *anti-direito* e os déficits de eficácia no campo do direito tributário persistem como um problema estrutural de sonegação, impondo-se como eternos desafios a serem superados.

Ilustra com precisão o fenômeno a abundância contida na regulamentação da Reforma Tributária (Emenda Constitucional 132/2023), cujo intuito inicial era a simplificação e desburocratização do sistema tributário do consumo nacional, que contou com 695 dispositivos legais criados (PLP 68/2024 e PLP 108/2024), superando em muito o número de artigos do próprio Código Tributário Nacional e da Lei de Responsabilidade Fiscal juntos.

Tal regulamentação não se encerra no Legislativo, cabendo ainda à Administração Fazendária da União, Estados e Municípios tratar de outras questões não previstas em Lei, o que certamente será objeto de muitos debates no âmbito judicial com “correção normativa” dos Tribunais

em casos de omissão que violem direitos fundamentais dos contribuintes (Maluf, 2023).

Destaca-se, ainda, que os contribuintes serão infligidos com uma das maiores alíquotas de IVA do mundo, o que parece levar a crer que a aprovação da Reforma Tributária a toque de caixa não contou com a necessária transparência técnica do Executivo e Legislativo quanto aos reais efeitos fiscais daquilo que foi aprovado, ante à promessa de simplificação e redução da carga tributária que parece não se concretizar

As mesmas práticas se repetem no campo do direito ambiental, que a despeito da sua abrangência, sofisticação e constante renovação, é contrastado por um cenário de reiterados episódios de degradação sistemática do meio ambiente, a exemplo do que ocorre no bioma amazônico.

Os efeitos nocivos da hipernomia refletem-se na própria Administração – em parte responsável pela hiperprodução normativa –, fazendo-a “recorrer muito amplamente a derrogações ou a tolerâncias”, quando a legalidade se tornar duvidosa” (Chevallier, 1999, p. 103).

A profusão normativa que provoca a disfuncionalidade do Estado de direito ao comprometer o princípio da *ignorantia legis neminem excusat* e a sua capacidade de estabelecer parâmetros normativos de previsibilidade comportamental contribui também para o surgimento de um ambiente social propício à corrupção. Com efeito, essa “fatalidade do excesso” (Carbonnier, 1996, p. 271), ao inviabilizar a previsibilidade e a segurança jurídica, produz um efeito contrário, qual seja a insegurança jurídica, a incerteza e, por conseguinte, o oportunismo do descumprimento e da manipulação das leis. Nas sociedades acometidas pela hipernomia é inevitável que a legalidade se torne mais uma questão de aparência, do que propriamente uma realidade ao alcance dos cidadãos e mesmo dos governantes. É irremediável, também, que em certas circunstâncias, ações e comportamentos banais e corriqueiros adquiram uma complexidade e uma morosidade artificiais, por força da mera disciplina normativa, o que acaba estimulando a desobediência e promovendo, entre governantes e governados, a criação de hábitos descumpridores da lei, incluindo práticas corruptivas. Essa relação promíscua entre excesso de leis e corrupção, evidente hoje, já era conhecida na Antiguidade, expressa na máxima atribuída a Tácito: *Plurimae leges corruptissima respublica*. Ou seja, *as leis são muitas, nos Estados corruptos*.

#### 4. A instrumentalização do direito

Ameaçado pelos riscos da expansividade do direito e da hipernomia, o Estado de direito contemporâneo enfrenta ainda o desafio da instrumentalização da lei, consequência da “visão instrumental do direito”, isto

é, da “ideia de que o direito é um meio para um fim” (Tamanaha, 2006, p. 1). Em contraste com o direito europeu pré-moderno, que “era dado (...) buscado, pensado na justiça substancial” (Matteucci, 1983, p. 1182), o direito moderno “agora é fabricado com base na racionalidade técnica, na sua adequação aos objetivos” (Matteucci, 1983, p. 1982). Na sua passagem para a modernidade, o direito distancia-se, portanto, de um padrão normativo mais rígido imposto pelas exigências da equidade e da justiça, passando a ser moldado para atender a necessidades e finalidades específicas identificadas e definidas pelos legisladores.

Produto da expressão do poder político, o direito adquire na modernidade uma plasticidade que varia em função dos interesses e demandas daqueles que detêm o poder, tornando-se, assim, “um recipiente vazio a ser preenchido conforme desejado, e a ser manipulado, invocado e utilizado na prossecução de fins” (Tamanaha, 2006, 1). Essa instrumentalização torna o direito um “objeto poderoso” (Tamanaha, 2006, p. 1), cobiçado por grupos em disputa. O que deveria propiciar segurança jurídica e paz social, passa, então, paralelamente, a promover o seu contrário, em um ciclo sem termo, como observa Tamanaha: (2006, p. 2): “a lei gerará disputas, tanto quanto irá resolvê-las. Mesmo quando um lado prevalece, a vitória marcará apenas uma pausa momentânea antes de a batalha ser retomada”. Ora, essa marcante duplicidade no papel do direito atinge em cheio os alicerces do Estado de direito, pondo sob suspeita a credibilidade e a integridade da lei.

Com a instrumentalização do direito nas sociedades poliárquicas, marcadas pela diversidade de grupos de interesse, sejam políticos, ideológicos, econômicos ou religiosos, a percepção de que as leis atendem a demandas específicas e particulares, e não ao interesse comum da sociedade, tende a aumentar consideravelmente. Na prática, essa desconfiança não apenas acentua as discordâncias políticas e ideológicas, como também pode incentivar o desejo de manipulação em torno da lei, afetando a sua eficácia.

A começar pelo poder legiferante que, vendo na lei um poderoso instrumento de transformação social, cria, manipula e revoga normas em um esforço contínuo para a acomodação de interesses e a promoção de projetos políticos. E não somente em nível infraconstitucional. Com efeito, a própria concepção de que o poder constituinte é um poder supremo e ilimitado, capacitado a criar livremente direitos e deveres confirma a instrumentalidade do direito, a ponto de estimular o credo de que uma velha ou mesmo não tão velha Constituição sempre poderá ser substituída por uma nova, melhor e mais consentânea com os supostos fundamentais interesses e necessidades da sociedade. Esse ímpeto legiferante, amparado na crença de que o direito é o principal, senão o indispensável meio de

progresso social, é fator decisivo na ampliação do alcance do direito – sua expansividade e inclusividade – e na multiplicação das normas jurídicas – sua hipernomia.

O credo na capacidade transformadora da lei produto da instrumentalização do direito pode acentuar a dicotomia que contrapõe o mundo concreto da realidade social às promessas de ordem e prosperidade contidas na Constituição e no ordenamento legal. Esse seria o caso de um país hipotético, de baixa renda per capita e poucos recursos econômicos, que por meio de uma assembleia constituinte adota um Constituição repleta de direitos socioeconômicos incompatíveis com a economia nacional e que, com o engajamento dos legisladores, produz uma copiosa legislação incompatível com a cultura do seu povo. Teríamos, neste exemplo, um Estado de direito despegado da realidade, exatamente como denunciou Lassalle (1998), ou seja, um Estado de direito que, da perspectiva conceitual de Fuller (1969, p. 70) acabará por violar um dos “princípios de excelência legal”, ao postular o impossível.

A instrumentalização do direito tem efeitos diretos também sobre as relações de poder e a democracia. Para grupos políticos organizados, a instrumentalização do direito permitirá que a lei possa inclusive ser utilizada para fins escusos, sejam econômicos, ideológicos ou políticos. Um grupo político, por exemplo, poderá recorrer ao direito para perseguir ou mesmo destruir adversários políticos, no que tem sido denominado *lawfare*. Igualmente, governos poderão utilizar o sistema legal e dos aparatos policial e judicial – cujas decisões se prendem à lei – para silenciar a oposição.

Como destacam Recondo e Weber (2019, p. 334), a corrosão da autoridade e da legitimidade do STF, o que se aplica para quaisquer Cortes e Tribunais Constitucionais, espalha seus efeitos para a própria Constituição. Se o Tribunal Maior se vale dela, em muitos casos, como instrumento, deixa no ar o recado de que o texto constitucional pode ser lido, torcido e espremido para concluir o que cada grupo quiser. E isso, num cenário de polarização política inédita, provoca o enfraquecimento - ou o questionamento - do pacto social que construiu a Constituição e consequentemente do Estado Democrático de Direito.

## Conclusão

A celebração do Estado de direito na história contemporânea recente representa a culminância de uma inquestionável conquista contra Estados e governos autoritários. De *status* equiparável ao da democracia e dos direitos humanos, o Estado de direito impõe-se hoje como inexorável etapa de legitimação nos processos de afirmação das sociedades políticas. E

por se colocar praticamente acima de qualquer suspeita em grande parte do espectro político-ideológico – bem entendido, excetuando-se os extremos – o ideal do governo das leis parece desestimular a desconfiança e a crítica.

Ora, a despeito da sua inquestionável importância e centralidade no cenário político contemporâneo, um Estado de direito pode padecer de patologias que minam a sua credibilidade, pondo em xeque as certezas em torno da sua funcionalidade e da sua própria razão de ser. Neste ponto, tomando-se como pontos de partida concepções como as de Fuller e Raz, pode-se denunciar, por exemplo, que determinado Estado de direito ignore os direitos humanos e a democracia. Essa seria uma crítica baseada sobretudo na expectativa de que Estados de direito devem ser portadores de conteúdos extrínsecos a um esquema conceitual meramente formalista, devendo incluir fundamentalmente regras garantidoras do regime democrático e de um *bill of rights*.

Neste trabalho, contudo, procurou-se desenvolver uma problematização a princípio independente de expectativas extra-formais. Isto é, buscou-se esboçar uma crítica ao Estado de direito centrada em indagações não conectadas diretamente a conteúdos materiais. A primeira indagação, diz respeito a um problema da *intensidade*, ou seja, da *extensão e do potencial de inclusividade* das normas jurídicas. A segunda, refere-se ao aspecto *quantitativo* do Estado de direito, apontando os riscos da *inflação normativa*, ou *hipernomia*. Na terceira, destacou-se a questão de dos meios e dos fins, ou seja, se as leis devem ser tratadas como um meio para um fim, o que nos leva ao problema instrumentalização do direito.

As três questões investigadas mantêm entre si uma relação de interdependência, e convergem para uma causa principal, qual seja, a do excesso de direito nas sociedades contemporâneas situadas no raio de influência da cultura jurídica ocidental. Os três casos apresentados, a *expansividade e inclusividade do direito*, a *hipernomia* e a *instrumentalização do direito*, apontam para a necessidade de se reavaliar criticamente não somente as dimensões, mas também o próprio significado do Estado de direito contemporâneo.

## Referências

- CANOTILHO, José. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CARBONNIER, Jean. *Fléxible Droit*. Pour une Sociologie du Droit sans riguer. 10.ed. Paris: L.G.D.J, 2001.
- CARBONNIER, Jean. *Droit et Passion du droit sous la Ve République*. Paris: Flammarion, 1996.

- CHEVALIER, Jacques. *L'état de droit*. 3.ed. Paris: Montchrestien, 1999.
- DAHRENDORF, Ralf. *Law and Order*. London: Stevens & Sons, 1985.
- FULLER, Lon. L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.
- KRASTEV, Ivan. Corruption, Anti-Corruption Sentiments, and the Rule of Law. In: KRYGIER, Martin et al. (eds.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Budapest: CEU Press, 2005, p. 323-340.
- KRYGIER Martin. The Rule of Law: An Abuser's Guide. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=952576>. Acesso em: 05.03.2024.
- LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MALUF, André Luiz. Omissão Inconstitucional e Sentenças Normativas: Limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- MARMOR, Andrei. The Ideal of Rule of Law. In: PATTERSON, Dennis (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2.ed. Hoboken: Blackwell Publishing 2010, p. 666-974.
- MATTEUCCI Nicola. Soberania. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 2. 5.ed. Brasília: UNB: 2000, p.1179-1188..
- RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. In: BELLAMY, Richard (ed.). *The Rule of Law and the Separation of Powers*. London: Routledge, 2016, p. 77-93.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. 1ª Ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- TAMANAH, Brian Z. *Law as a Menos to na End*. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TAMANAH, Brian Z. A Concise Guide to the Rule of Law. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009. p. 3-15
- WALDRON, Jeremy, The Concept and the Rule of Law. (2008). *Sibley Lecture Series*. 29. Disponível em: [http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley/29](http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29). Acesso: 20.01.2021.
- ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Orgs). *O Estado de direito*. História, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

## 6. MANUAL DE DESMONTE DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL: ESTUDO DAS ESTRATÉGIAS POPULISTAS

*Márcio Santoro Rocha*

### Introdução

Pretende-se no presente artigo estudar as estratégias adotadas globalmente por governos populistas visando à erosão do poder das Cortes Constitucionais, em sua estratégia de conquista da dominação política, e que ocupa objetivo central no avanço desses governos contra o Estado de Direito, atingindo um de seus principais pilares.

Para se responder à questão-problema posta, é necessário, primeiramente, compreender e contextualizar o fenômeno de ascensão de governos populistas ao redor do mundo. Como se inicia esse processo? O que faz com que um governo seja definido como “populista”? Quais são as características em comum desses governos? O que catalisa a ebulição global desses movimentos?

Para responder a essas perguntas iniciais, será feita uma revisão bibliográfica da literatura existente sobre o tema, estudando autores que tratam desse fenômeno recente do ponto de vista político, uma abordagem em que a pesquisa se dedica a um campo afeto às ciências políticas.

Após o estudo desses autores, será feita, no capítulo seguinte, análise sobre o papel das Cortes Constitucionais na estrutura e defesa do Estado do Direito, e porque aquelas se tornam alvo prioritário de governos populistas para atingir seus fins políticos, amparados em literatura de filósofos do direito e constitucionalistas que se dedicam ao tema.

Por fim, será feito um estudo empírico sobre as medidas que vêm sendo adotadas por esses governos visando a limitar e suprimir o poder das Cortes Constitucionais, seja retirando competências, seja limitando sua independência frente aos demais poderes do Estado, e verificando-se, ainda, a reprodução total ou parcial dessas medidas no atual cenário legislativo brasileiro.

Trata-se de uma pesquisa teórico-empírica, que se insere em um campo interdisciplinar, percorrendo áreas dos campos de saber do Direito e Política. Isto é exigido pelo próprio objeto de pesquisa (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 89/90), necessário em uma abordagem além da dogmática. Como já disse Bauman, “as fronteiras entre os campos científicos são definidas por requisitos burocráticos. [...] As pessoas não vivem dentro dos limites das disciplinas acadêmicas. [...] essas são divisões artificiais.” (BAUMAN; HAFFNER, 2021, p. 57). A interdisciplinaridade rompe com os rígidos limites acadêmicos do passado moderno sólido, estando “[...] cada vez mais *à la mode* dentro das paredes de uma academia que se torna cada vez menos confiante na segurança e no valor de mercado de suas fronteiras institucionais.” (BAUMAN, 2015, p. 25)

Longe de se estabelecer respostas definitivas ou esgotar o tema, o que seria uma pretensão irreal, o artigo propõe-se a ser apenas mais uma contribuição na reflexão acerca dos atuais desafios que o Estado de Direito enfrenta com a ascensão de governos populistas, o que pode se constituir em um instrumento de defesa para se fazer frente a essa crescente (e perigosa) ameaça à democracia.

## 1. Populismo: o antipluralismo em sua essência

A modernidade, do ponto de vista sociológico, consiste no processo de secularização e racionalização que se espalha por todos campos da vida social (PAIVA, OLIVEIRA, NEVES, 2019, p. 126). Ao menos, isso é o que se tradicionalmente se entende por modernidade. Ocorre que muitas vezes esse processo é confundido com um movimento determinista que caminha invariavelmente, em linha reta, ao progresso da humanidade em todos os campos, inclusive no político, no qual rumaríamos no sentido de o racionalismo permear as esferas de poder em Estados seculares, com decisões racionalmente tomadas por seus agentes políticos. Nos anos 90 do Século XX, com a derrocada do socialismo real na URSS e na Europa Oriental, observou-se um movimento de euforia desmedida nessa direção, chegando alguns a decretar o “fim da história”, considerando-se a democracia liberal o ápice e destino final da experiência política humana (FUKUYAMA, 1992), encarnando-se, assim, os ideais seculares e racionais da modernidade enquanto regime político.

No entanto, e em linha oposta à racionalização e secularização esperada pela era da modernidade, principalmente a partir do início do século XXI, em especial na sua segunda década, se observa em diferentes países ao redor do mundo a ascensão e multiplicação de movimentos e governos que têm, em comum, comportamentos autoritários, fazendo uso de discursos sectários (e irracionais muitas vezes) de extremismo político e

contra minorias, usando estratégias de desinformação. O alvo escolhido por essas pessoas é o “sistema”, opondo o “povo” a “elites” (GRIMM, 2023, p. 12-13). Aqueles que congregam essas características são chamados de “populistas”. Mas afinal, o que é populismo?

Primeiramente, populismo não é identificado em princípio com ideologias de direita ou esquerda, isto é, pode-se falar tanto de populistas “de direita” como “de esquerda”. Trata-se de uma “[...] estratégia para fins de conquista e preservação da dominação política, que pode, quanto ao seu conteúdo, ser combinada com praticamente toda e qualquer orientação” (VOßKUHLES, 2020, p. 28). Assim, como primeiro ponto é necessário assentar que o populismo não é uma ideologia, no sentido sociológico de se tratar de um conjunto de ideias “[...] sustentadas por um grupo social, as quais refletem, racionalizam e defendem os próprios interesses e compromissos institucionais, sejam estes morais, religiosos, políticos ou econômicos” (IDEOLOGIA, 2024), podendo assumir diferentes feições e ideias no espectro político, muitas inclusive antagônicas entre si, como aquelas defendidas por Viktor Orbán, primeiro-ministro da Hungria desde 2010 (no espectro da extrema direita) ou Hugo Chávez, ex-presidente da Venezuela (no espectro oposto).

Muito já se escreveu recentemente sobre populismo na literatura política, e algo que fica claro entre os que se debruçam sobre o tema é o seu caráter essencialmente antidemocrático, em especial antiplural, ao se autorreconhecer enquanto o verdadeiro mandatário do “povo”, sendo, portanto, o único habilitado para falar e tomar decisões em seu nome, em um contexto de luta épica contra “elites” ameaçadoras, arqui-inimigas daquele, buscando o confronto por meio de posições extremas, ao invés da busca do consenso pelo diálogo caracterizada pelas democracias liberais da era moderna. Sintetizando essa visão, Jan-Werner Müller define o populismo como

[...] uma “representação mental de política” na qual “um povo homogêneo, moralmente íntegro sempre se defronta com elites imorais, corruptas e parasitárias – sendo que essas elites no fundo nem pertencem ao povo”. Construída sobre essa representação mental, a ideologia populista caracterizar-se-ia por uma pretensão de representação exclusiva – de fundamentação moral: populistas reivindicariam para si serem os únicos a terem reconhecido a (una e) vera vontade popular, sendo, por isso, também os únicos verdadeiros titulares do direito de falar em nome do povo, considerado em sua totalidade. (MÜLLER, 2016, p. 42 ss.) *apud* (VOßKUHLES, 2020, p. 29).

No populismo, em contraponto ao pluralismo, o “povo” é visto como uma entidade “homogênea” (VOßKUHLES, 2020, p. 33), sendo fre-

quente o combate por esses governos e políticos populistas contra todos aqueles que representam uma “ameaça” a essa unidade, como imigrantes estrangeiros, movimentos identitários, minorias dos mais diversos tipos, como a população LGBTQUIAPN+, pessoas que professem religião diversa daquela tida como “legítima” do povo, etc., daí o caráter essencialmente antiplural do populismo, por ver a diferença em si como uma ameaça perigosa “ao povo”, e que por isso deve ser combatida de forma enérgica.

Os alvos prioritários do populismo variam de país a país, tratando-se de movimento com forte apelo nacionalista, eis que a própria ideia de nação é construída por esses movimentos como um apelo a características que tornem único, superior, especial e homogêneo aquele povo em detrimento dos demais, reduzível a um denominador comum que congregue características ditas legítimas e culturalmente “corretas”, excluindo aqueles “de fora”, em especial os estrangeiros, mas também grupos étnicos e religiosos minoritários, e minorias no geral, consideradas degeneradas e que contaminam a pureza desse povo. Isso fica evidente ao se verificar o modo de pensar e atuar de Orban, um dos mais longevos populistas da atualidade:

Na prática, para Orban, o Estado deve estar a serviço do povo, entendido como a maioria dos húngaros. E ninguém, seja um juiz, um jornal ou uma ONG, pode se opor ao exercício da vontade em nome da defesa de qualquer minoria ou de qualquer princípio constitucional. Segundo ele, “hoje o liberalismo na Europa não se concentra na liberdade, mas no ‘politicamente correto’, que se tornou uma ideologia esclerosada, dogmática. Os liberais são os inimigos da liberdade.” Os contrapoderes são uma “intervenção americana que a Europa adotou por mediocridade intelectual.” (EMPOLI, 2023, p. 133)

Mas não se pode falar de populismo, sem mencionar um fator primordial para a sua propagação em grande amplitude: as novas tecnologias de comunicação, que propiciam uma forma de se relacionar e velocidade em se disseminar informações, inclusive falsas (*fake news*), como nunca se viu antes na história humana. Isto porque “a indignação, o medo, o preconceito, o insulto, a polêmica racista ou de gênero se propagam nas telas e proporcionam muito mais atenção e engajamento que os debates enfadonhos da velha política” (EMPOLI, 2023, p. 88), e engajamento é um conceito-chave na internet, como era o antigo “IBOPE” para medir audiência na tradicional mídia televisiva. Isto é, engajamento significa, no mundo virtual, participação e interação através de curtidas (*likes*), comentários, visualizações e compartilhamentos. Quanto mais engajamen-

to, mais popularidade, e, conseqüentemente, mais votos e poder político no mundo “real”.

A utilização das novas plataformas da internet, em especial as redes sociais como *facebook*, *whatsapp*, *telegram*, *twitter* (hoje *x*), entre outras, têm papel central na disseminação de ideias extremistas. A utilização de algoritmos para servir de “bússola” quanto à vontade popular tem sido adotada de forma sistemática por movimentos populistas, como aquele liderado por Trump, Orban e movimento 5 estrelas na Itália (EMPOLI, 2023, p. 134), e foram maciçamente utilizadas na eleição e durante o governo de Bolsonaro no Brasil, a fim de mobilizar seus apoiadores.

*Bigdata*, essa enorme e virtualmente infinita gama de informações que são disponibilizadas pela internet, alteram em grande medida o jogo democrático, possibilitando a difusão maciça de *fake news* para atacar oponentes e destruir reputações por um lado, e por outro para enaltecer candidatos e criar “mitos”, bem como possibilitam o direcionamento de mensagens e campanhas políticas personalizadas para eleitores. Embora inicialmente pensados para publicidade e uso comerciais, essas ferramentas tecnológicas têm hoje uso maciço na política e foram determinantes na campanha do *brexit* e na eleição de *Trump* (EMPOLI, 2023).

E como essa profusão de dados e redes de informação favorece o extremismo político? Basicamente em razão da possibilidade de personalização de campanhas e da disseminação de informações no geral, que são disponibilizadas *on demand*, como um cardápio virtual de valores sob medida, ainda que esses valores sejam radicalmente diversos para o eleitor vizinho, sendo possível a junção, por exemplo, em torno de um mesmo candidato de eleitores que são atraídos pelo apelo à religião por um lado, e de outro, de forma simultânea, por aqueles que querem liberdade para portar armas, como se viu nas eleições presidenciais recentes nos EUA e no Brasil:

[...] o objetivo passa a ser identificar os temas que contam para cada um, e em seguida explorá-lo através de uma campanha de comunicação individualizada. A ciência dos físicos de dados permite que campanhas contraditórias coexistam em paz, sem nunca se encontrarem, até o momento do voto. No mundo novo, portanto, a política é centrífuga. Não se trata mais de unir eleitores em torno do denominador comum, mas, ao contrário, de inflamar as paixões do maior número possível de grupelhos para, em seguida, adicioná-los – mesmo à revelia deles. As inevitáveis contradições contidas nas mensagens enviadas a uns e a outros continuam, de qualquer forma invisíveis aos olhos das mídias e do público geral (EMPOLI, 2023, p. 157)

A forma de atuação antiplural e o apelo a ideias extremistas dos populistas resulta em uma incompatibilidade com os fundamentos do Estado de Direito. Ao se arvorarem em únicos e legítimos intérpretes da vontade popular, entram em choque com os demais Poderes do Estado, na medida em que esses se mostrem independentes e conflitantes com as ideias e representações de mundo dessas frações políticas, e façam valer o sistema de freios e contrapesos do sistema constitucional moderno.

Além de colidir com o Estado de Direito, o populismo colide igualmente com a democracia, e não apenas por sua característica intrinsecamente antiplural, que é, por definição, o avesso a qualquer democracia, que se baseia na diversidade de visões de mundo e estilos de vida. Esse regime de governo baseia-se, quanto ao funcionamento, na formação de consensos entre os agentes políticos que permitam a governabilidade, e o populista, ao contrário, perquire a dominância através da anulação dos que pensam de forma diferente, por meio do confronto, muitas vezes com o uso de violência e arbitrariedades estatais.

Não por coincidência, portanto, as Cortes Constitucionais se converterão em alvo primordial dos populistas ao redor do mundo, pois ao se constituírem enquanto freio a ímpetus reacionários e autoritários, tornam-se inimigas declaradas desse tipo de projeto de poder. No próximo capítulo será estudada a importância dessas Cortes na defesa do Estado de Direito, e, conseqüentemente, da democracia.

## **2. O papel das cortes constitucionais na defesa do estado de direito**

Conforme visto no capítulo anterior, e explicitado pelo ministro Gilmar Mendes da apresentação do livro “Jurisdição Constitucional e Democracia”, o Poder Judiciário é alvo prioritário do populismo:

Como se sabe, o Poder Judiciário é alvo óbvio dessa narrativa, que trabalha com perigosas inversões. Sob as condições modernas, a afirmação do Direito em face do Estado conheceu solução institucional num Poder Judiciário exclusivamente ocupado de processar violações ao ordenamento jurídico, sob o prisma populista, todavia, o Judiciário passa à condição de entrave para expressão da sã e verdadeira vontade popular, um problema a ser transporto. Isso explica por que é tão vasto o repertório de instrumentos do populismo voltado para viabilizar o exercício independente da jurisdição (GRIMM, 2023, p. 13)

Mas antes é necessário discorrer sobre o próprio Estado de Direito, a fim de localizar o papel do Judiciário nessa estrutura. Há diversas conceituações de Estado de Direito, e algumas posições na literatura co-

locam o regime democrático como ínsito à noção de Estado de Direito (defendido, por exemplo, por Canotilho, e hegemônica no Brasil):

A ideia de Estado de Direito, que tem origem na Idade Média, como forma de contenção do poder absoluto, ressurgiu nas últimas décadas como um ideal extremamente poderoso para todos aqueles que lutam contra o autoritarismo e o totalitarismo, transformando-se num dos principais pilares do regime democrático (VIEIRA, 2017)

Parte-se, contudo, da noção básica e não valorativa, adotada por Tamanaha (2009), que defende que Estado de Direito é aquele onde cidadãos e governos são submetidos ao Direito (*rule of Law*), sem imiscuir-se em critérios substantivos, ou seja, sobre o conteúdo dessas normas.

Tamanaha (2009, p. 7/8), assim, em um conceito que denomina de estrito, avalia que um dos benefícios do Estado de Direito é reduzir a discricionariedade governamental, o que limita a ocorrência de arbitrariedades. Há a obrigação que os agentes públicos consultem e cumpram a lei antes e durante suas ações, e as normas jurídicas fornecem padrões que possibilitam implicar a responsabilização desses agentes por seus atos.

Porém, não basta que haja normas de caráter geral sem que exista um Judiciário independente para aplicá-las. O Estado de Direito necessita de uma instituição que possa aplicar as normas existentes com imparcialidade, sem a qual não haveria sentido em se falar em regras gerais por inexistir confiança na própria generalidade dessas normas por parte dos que são submetidos a estas:

A independência do judiciário precisa ser garantida (...) Dado que praticamente qualquer questão que surja ao abrigo de qualquer lei pode estar sujeita a uma decisão judicial conclusiva, é óbvio que é inútil orientar a ação de alguém com base na lei se, quando a questão chega a julgamento, os tribunais não aplicarem a lei [...] A questão pode ser colocada ainda mais fortemente. Uma vez que a decisão do tribunal estabelece de forma conclusiva qual é a lei no caso que lhe é submetido, os litigantes só podem ser guiados pela lei se os juízes aplicarem a lei corretamente (RAZ, 2005, p. 82/83)

Assim sendo, e sem a necessidade de se recorrer a elementos substantivos (um direito “bom” ou “correto”) para a conceituação do Estado de Direito, chega-se à conclusão de que se faz fundamental a existência de um Poder Judiciário independente para a garantia do Estado de Direito. E no âmbito deste Poder, as Cortes Constitucionais ocupam papel central.

Assim, é preciso falar sobre constitucionalismo:

Mais que uma categoria filosófica ou um conceito estritamente jurídico o Constitucionalismo é um movimento que traduz uma luta ideológica e política. Trata-se da teorização e prática em torno à limitação da arbitrariedade estatal como instrumento para a proteção e salvaguarda dos direitos do ser humano. Esses debates se desdobram em questões como o papel das Constituições, a identificação dos valores e fins constitucionais e o desenvolvimento da Ciência do Direito Constitucional, compreendendo tanto os aspectos referentes a uma Teoria Geral como os atinentes a uma Dogmática singular e especializada (ALÁRCON, 2017)

O Constitucionalismo moderno, que tem como marcos as Assembleias do Século XVIII – tanto a francesa (1789-1792), como a estadunidense (1787) – possui foco central na limitação do arbítrio estatal através do estabelecimento de uma Constituição escrita. Ao se estabelecer uma Constituição como elemento fundante do Estado, é estabelecida uma restrição à regra majoritária, que exigirá mecanismos para torná-la efetiva. Há de se destacar que se a regra majoritária deve ser limitada, esses limites são em última análise feito por uma decisão da maioria, inclusive a própria decisão para estabelecer uma maioria qualificada para uma emenda constitucional (ELSTER, 1993, p. 179).

A regra majoritária pode ser restringida direta e indiretamente pela Constituição. Assim, a Constituição pode atuar influenciando no comportamento da maioria que deseja alterá-la ou nas oportunidades para se fazer isso: a) fazendo o processo ser lento e consumindo muito tempo; b) requerendo maiorias qualificadas ou criando cláusulas imodificáveis (ELSTER, 1993, p. 187/188). As maiorias qualificadas visam a proteção de direitos contra interesses permanentes e paixões da maioria (ELSTER, 1993, p. 188).

É necessário, contudo, que tenha lugar um aparato de interpretação e aplicação das normas constitucionais, e obviamente é inviável voltar ao Poder Constituinte originário para dirimir dúvidas sobre interpretação e aplicação do Texto Constitucional. A revisão judicial (*judicial review*) é uma solução que não vai ser estabelecida (sequer discutida) nas assembleias constituintes do Século XVIII que vêm a inaugurar o constitucionalismo moderno. Outras soluções para problemas da regra majoritária como bicameralismo e veto executivo tiveram um papel muito mais importante. (ELSTER, 1993, p. 189 e ss.).

As discussões acerca da *judicial review* surgem posteriormente às assembleias, consolidando-se nos EUA após o conhecido caso *Marbury vs Madison* (1803). Assim, nos EUA prevaleceu o controle *ex post* de cons-

titucionalidade das leis. Em muitos países da Europa continental, contudo, as Cortes têm um controle *ex ante* das leis, antes da sua promulgação. Ressalte-se que as cortes também podem ser vítimas de paixões da maioria (ex.: internação de nipo-americanos durante a 2ª guerra com base em mera suspeita coletiva), porém os parlamentos estão mais sujeitos a paixões e interesses momentâneos. Por isso, frise-se, a existência de uma Constituição composta de regras gerais a que se submetem todos, inclusive o próprio Estado, e de instituições responsáveis pela sua aplicação, não retira a necessidade de uma sólida cultura jurídica (ELSTER, 1993, p. 193)

A parte mais importante da separação de poderes recai sobre a independência do judiciário – garantidor do Estado de Direito e da revisão judicial, mecanismo fundamental no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), em especial para a defesa das minorias contra as majorias da ocasião - papel contramajoritário -, garantindo uma ordem constitucional perene. A independência tem dois aspectos: 1) forma de nomeação, mandato e remuneração; 2) organização do sistema judicial, como são escolhidos os juízes para os casos (ELSTER, 1993, p. 193 e ss.). E no topo do Judiciário encontram-se as Cortes Constitucionais, ao realizar a revisão judicial dos atos dos demais poderes para dar a última palavra no que concerne à concordância daqueles com a Constituição.

Em um movimento oposto àquele advindo com a Revolução Francesa, de obediência rigorosa à legislação pelo Executivo e o Judiciário, com primazia do Poder Legislativo, na teoria clássica da divisão de poderes de Montesquieu, com o objetivo de submissão do Estado à soberania popular (MAUS, 2010, p. 21), os juízes das atuais Cortes Constitucionais atuam, usando aqui os termos de Maus (2010, p. 26), como “escribas” que decifram os “valores e comportamentos corretos” à semelhança de como se interpreta Textos sagrados, como a Bíblia ou o Corão. Isso vai muito além do raciocínio silogístico pós-Revolução francesa:

Dessa forma, a “competência do Tribunal Constitucional alemão como a de qualquer outro órgão constitucional – não deriva mais da Constituição, mas a precede. Ela decorre diretamente dos princípios jurídicos suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolve em seus critérios de exame pré-constitucionais, e, por conseguinte, rompe os limites de toda “competência” constitucional. (MAUS, 2010, p. 25)

O Tribunal submete todas as demais instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios jurídicos suprapositivos por ele afirmados, enquanto ele mesmo isenta-se de todas as vinculações jurídico-constitucionais. (MAUS, 2010, p. 25) Ou seja, “o juiz se torna o pró-

prio juiz da lei.” (MAUS, 2010) apud (MARTINS, PAUSEIRO, 2020, p. 98)

Maus aponta que esse movimento leva o Judiciário ao topo do que chama “consciência social” e vem acompanhado igualmente por uma nova forma de interpretar o Direito que é o inverso daquele defendido por Montesquieu de “juiz boca da lei”: “as leis, a despeito de suas respectivas densidades regulatórias, são reconhecidas apenas como predições altamente improváveis e como premissas da atividade decisória judicial” (MAUS, 2010, p. 28).

No entanto, por mais importância que o *judicial review* tenha para o Estado de Direito, não se pode perder de vista que as Cortes Constitucionais não são onipotentes em seu campo de competência, sendo conhecido pela literatura constitucional que os Poderes Executivo e Legislativo têm força suficiente para direcionar os rumos de um Estado, inclusive legitimamente restringido os Poderes do Judiciário dentro do sistema de *check and balances* quando aquele excede de seus poderes (LUNARDI, 2020, p. 30). Mas o que se verá sob o pálio do populismo não é o simples uso desses mecanismos constitucionais legítimos para conter eventuais abusos e intromissões do Poder Judiciário, mas uma verdadeira estratégia de erosão das Cortes Constitucionais, reduzindo ou eliminando o seu papel na dinâmica estrutura da separação de Poderes.

### **3. Estratégias do populismo para erosão do poder das cortes constitucionais**

Após passar em revista os fundamentos o populismo e a relação do Estado de Direito com o Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, pode-se adentrar à pergunta-problema formulada, buscando as estratégias que os populistas adotam para minar os poderes das Cortes Constitucionais, atingindo, assim, o Poder Judiciário em seu topo, e, conseqüentemente, abalando um dos principais pilares do Estado de Direito, essencial para uma ordem tida como democrática.

Primeiramente, é preciso ter em mente que o processo de erosão de uma ordem constitucional democrática, assentada sob um Estado de Direito, na maioria das vezes é feito de maneira gradual, por pequenas etapas e aparência de legalidade, embora por certo haja exceções (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 80 e 81), como golpes militares e revoluções violentas. As medidas adotadas pelos populistas em grande parte são erosões internas da democracia. É o caso emblemático das medidas adotadas por Orbán, primeiro-ministro da Hungria desde 2010:

Na avaliação de Kim Lane Scheppele, professora de sociologia e relações internacionais na Universidade de Princeton, nos EUA, Orbán chama atenção da ultradireita por ter conseguido incorporar uma espécie de "ditador do século 21", que corrói as instituições democráticas por dentro, muitas vezes de forma discreta, por meio da lei (MOTA, 2022)

No arsenal de medidas adotadas por governos populistas, a captura das Cortes Constitucionais configura-se o objetivo primário adotado por aqueles que visam a minar a independência do Poder Judiciário. Essa medida foi adotada, por exemplo, por Viktor Orbán. E como se operacionaliza na prática? Que medidas empíricas são adotadas?

Primeiramente, o aumento do número de juízes surge como uma das medidas mais comuns e simplistas adotadas. Orbán aumentou o total de juízes do Tribunal Constitucional de 11 para 15, e indicou todos os juízes ocupantes desses novos cargos vagos. E essa medida também fora adotada por Hugo Chávez, que, com maioria parlamentar, aumentou de 20 para 32 juízes na Suprema Corte venezuelana (FOLHA DE SÃO PAULO, 2003). Outra medida que vai nesse sentido é reduzir a idade para aposentadoria dos juízes, abrindo vagas para indicação política no Judiciário em geral, que também foi adotada por Orbán (MOTA, 2022). Ressalte-se que o aumento do número de juízes na Suprema Corte não é algo em absoluto novo na história, tendo a ditadura militar brasileira adotado a mesma fórmula no ato institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, vigorando até 1969. A ideia de aumento do número de ministros da Suprema Corte, inclusive, foi defendida na campanha do candidato derrotado à reeleição Bolsonaro nas eleições de 2022 (MILITÃO et. al., 2022). Poder-se-ia questionar se, ao lado dessas medidas, o estabelecimento de mandatos fixos aos juízes da Suprema Corte tratar-se-ia de ato da mesma natureza, matéria inclusive atualmente em discussão no Brasil, onde há tramitação de diversas PECs que acabam com a vitaliciedade dos futuros ministros da Suprema Corte, ora fixando um mandato de 8 anos (PEC 16/2019), ora 15 anos (PEC 51/2023), por exemplo.

No entanto, desde que essas regras valham apenas para os novos ministros a serem nomeados, não se visualiza qualquer medida arbitrária ou autoritária, eis que a alteração para hipóteses futuras não tem o condão de influir na correlação de forças internas do Tribunal de maneira imediata e em subversão às “regras do jogo”, isto é, às normas constitucionais, para garantir uma maioria governista. Ao revés, modifica essas regras para o futuro, tratando-se de prerrogativa legítima do Congresso no sentido de aperfeiçoar e atualizar as normas jurídicas existentes (inclusive constitucionais), respeitando as situações jurídicas já consolidadas pela ordem constitucional que lhes dá estabilidade, em nítida homenagem ao princípio da segurança jurídica e harmonia e separação dos Poderes.

Diversamente se dá, contudo, com a redução ou eliminação das garantias de independência dos magistrados que compõem as Supremas Cortes. No Brasil são expressas no art. 95 da CF: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. A reforma do Judiciário aprovada na Polônia em 2019 atuou para erodir esse pilar. Primeiramente, criou-se uma “câmara disciplinar” direcionada a juízes da Suprema Corte, que permite que respondam por seus atos de ofício e tenham remuneração reduzida, o que já ocorreu desde então com magistrados que criticaram o governo do primeiro-ministro Mateusz Morawiecki, de extrema-direita (CONJUR, 2021).

Outra forma de erodir o poder de Cortes Constitucionais é a cassação ou *impeachment* dos seus membros “incômodos”, isto é, que exercem sua função com independência do governante de ocasião, atuando, assim, da forma mais radical (no sentido de ir à raiz) para minar a independência dos juízes, simplesmente se desfazendo dos que não se submetem ou são “incômodos” ao governante e mandando um “recado” claro para aqueles que permanecem nas Cortes de que atitudes contrárias ao governo terão retaliações sérias. Essa medida foi adotada por Perón na Argentina em 1946, onde o Congresso que lhe era favorável afastou três de cinco magistrados da Suprema Corte, que ostentavam posicionamentos conservadores em contrário à sua política de governo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 83). No Brasil, a ditadura militar, durante a presidência de Costa e Silva, em janeiro de 1969, cassou os ministros do STF Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal por, na visão daquele regime autoritário, “ostentarem muitas e repetidas vezes suas ideias antirrevolucionárias e contrarrevolucionárias” (RECONDO, 2018, p. 174). Em novembro de 2022, no final do governo Bolsonaro, tramitavam 36 pedidos de *impeachment* de ministros do Supremo no Senado, sendo que nos 4 anos de seu governo 71 pedidos foram formulados, embora quase metade tenha sido indeferido ou arquivado. O campeão de pedidos de *impeachment* era o Ministro Alexandre de Moraes, com nada mais, nada menos do que 18 pedidos (NABINGER, 2022).

Outra forma um pouco mais engenhosa de erodir as Cortes Constitucionais é a criação de maiorias qualificadas para conferir validade às decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, medida adotada na Polônia pelo Partido “Lei e Justiça”. Tendo uma Corte Suprema em grande parte resistente às suas iniciativas políticas, o governo aprovou lei determinado a maioria de 2/3 para decisões obrigatórias da Corte Constitucional, conferindo ao governo, assim, uma espécie de “poder de veto”, considerando a correlação de forças interna do Tribunal de juízes com postura favorável ao governo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 83).

Seguindo a mesma linha, uma solução legislativa aprovada pelo governo de extrema-direita de Israel de Benjamin Netanyahu para reduzir o poder da Suprema Corte foi permitir que o Parlamento rejeite decisões da Suprema Corte com maioria simples. Ademais, proibiu-se que a Suprema Corte anulasse decisões governamentais ou ministeriais recorrendo ao princípio da razoabilidade. Considerando que Israel não possui uma Constituição escrita e sistematizada, aquele princípio é central para controle dos atos estatais dos demais poderes (BBC NEWS BRASIL, 2023). A reforma do Judiciário em Israel, após suscitar grandes manifestações populares, foi rejeita pela própria Suprema Corte em janeiro de 2024. No Brasil, fazendo o uso do mesmo estratagema, tramita a PEC 50/23, proposta na Câmara dos Deputados que altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, “que extrapole os limites constitucionais”.

Medida mais radical de todas, mas ainda assim disfarçada por conta de uma suposta decisão legítima do Poder Constituinte, é a simples dissolução da Corte Constitucional, substituindo-a por uma inteiramente nova. Em 1999 foram convocadas eleições para uma nova assembleia constituinte por Chávez, que concedeu a si própria a prerrogativa de dissolver qualquer instituição estatal, inclusive a Suprema Corte, o que foi feito, com o paradoxal beneplácito da própria Suprema Corte posteriormente dissolvida, que aquiesceu da constitucionalidade da medida em razão do clima político ameaçador existente. Foi-se, assim, criado o Tribunal Supremo de Justiça, que posteriormente ainda teve o número de cargos ampliados, para garantir uma maior lealdade de seus membros, resultando, de forma nada surpreendente, em nenhuma decisão contrária ao governo por quase uma década (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 84).

## Conclusão

O populismo é uma nova forma de autoritarismo, que abarca todos espectros ideológicos, e se alastra por todo o planeta, notadamente no ocidente, onde se cultivava a ideia de uma duradoura e inabalável caminhada rumo a governos democrático-liberais, após o fim do bloco soviético com a dissolução da União Soviética e desmantelamento da “cortina de ferro” do leste europeu. O populismo é por essência antidemocrático, ao se colocar como legítimo e único representante do “povo”, em contraposição a “elites” traidoras da nação e contrário a qualquer forma de pluralismo na sociedade e na política. A ascensão desses movimentos é em grande medida propiciada e catapultada pelas novas tecnologias de infor-

mação, notadamente pelo uso de algoritmos, redes sociais e do *big data*, estimulando a polarização e o extremismo crescente no seio da sociedade.

As Cortes Constitucionais se posicionam com a última salvaguarda de defesa do Estado de Direito e do constitucionalismo moderno democrático, em um sistema de freios e contrapesos que pode fazer frente a maiores com tentações autoritárias de rechaço de minorias. Por conta desse papel contramajoritário, viram alvos prioritários da sanha populista, que as elege como inimigo a ser capturado e destruído, ao menos no que concerne ao seu desenho no esquema clássico do Estado de Direito, que tem a independência do Poder Judiciário como questão inegociável para o funcionamento de um Estado de Direito fundado na separação e harmonia de poderes.

Há um grande arsenal de medidas utilizadas por governos populistas mundo a fora para erodir o poder das Cortes Constitucionais, e a grande maioria reveste-se de aparente legalidade, ao contrário daquelas adotadas por governos revolucionários e golpistas do passado, que na maioria das vezes não se preocupavam com esse verniz, e em muitos casos eram declaradamente antidemocráticas, apoiadas em ideais dos mais diversos espectros políticos.

A questão que se coloca é se a democracia liberal será suficientemente forte e resiliente para resistir aos ataques populistas a seus fundamentos, sejam de direita ou esquerda, questão que segue aberta. Pela quantidade de projetos de emenda constitucional existentes no Brasil espelhando medidas adotadas por populistas em outros países para erodir o poder das Cortes Constitucionais, vê-se que em nosso país o risco é real e sério. No entanto, felizmente as instituições estão funcionando, como disse o Ministro Barroso na cerimônia de abertura do ano no Judiciário brasileiro em 2024 (EXAME, 2024). Assim, espera-se que essas instituições, que formam a base do Estado de Direito, possam fazer frente às ameaças populistas garantindo a perenidade do regime democrático. Mas nada disso será possível sem um engajamento popular em defesa de um constitucionalismo militante, que possa lutar contra às ameaças ao Estado de Direito e à nossa ainda recente democracia, conquistada a duras penas frente a um passado autoritário que não se deseja repetir, para o bem dos valores inscritos em nossa Constituição.

## Referências bibliográficas

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Adminis-

- trativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbebe/98/edicao-1/constitucionalismo>Edições. acesso em 22 fev. 2024.
- BAUMAN, Zygmunt; HAFFNER, Peter. *Estranho familiar: Conversas sobre o mundo em que vivemos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.
- \_\_\_\_\_. *Para que serve a sociologia? : Diálogos com Michael Hviid Jacobsen e Keith Tester* – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- BBC NEWS BRASIL. *Israel: como é a nova lei que tira poder da Suprema Corte?* 24 jul. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cyrmymgkz51o>. acesso em 26 fev. 2024.
- CONJUR. *Comissão Europeia processa Polônia contra reforma do Judiciário*. 1º abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/comissao-europeia-processa-polonia-reforma-judiciario/>. acesso em 26 fev. 2024.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy B. S. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ELSTER, J. ‘Majority rule and individual rights.’ *On human rights*. The Oxford amnesty lectures 1993. Ed. S. Shute and S. Hurley. New York: Basic Books, 1993. 175–216.
- EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*. Tradução Arnaldo Bloch. – 1ª ed. São Paulo: Vestigo, 2023.
- EXAME. *Em abertura do ano do STF, Barroso diz que instituições estão funcionando*. 1º fev. 2024. Disponível em: <https://exame.com/brasil/em-abertura-do-ano-do-stf-barroso-diz-que-instituicoes-estao-funcionando/> acesso em 27 fev. 2024.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Chávez aumenta número de juízes na Corte Suprema venezuelana*. 25 out. 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2510200317.htm>. acesso em: 26 fev. 2024.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro Rocco, 1992.
- IDEOLOGIA In.: *Oxford languages*. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=ideologia&rlz=1C1GCEU\\_pt-BRBR969BR969&oq=IDEOL&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUqDggAEEUYJxg7GIAEGIoFMg4IABBFGCcYOxiABBiKBTIGCAEQRRg5MgcIAhAAGIAEMg0IAxAuGIMBGLEDGIAEMgwIBBAAGEMYgAQYigUyCggFEAAySQMgYgAQyDAGGAAAYQxiABBiKBTIGCAcQRRg80gEIMTE4OGowajeoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=ideologia&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR969BR969&oq=IDEOL&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUqDggAEEUYJxg7GIAEGIoFMg4IABBFGCcYOxiABBiKBTIGCAEQRRg5MgcIAhAAGIAEMg0IAxAuGIMBGLEDGIAEMgwIBBAAGEMYgAQYigUyCggFEAAySQMgYgAQyDAGGAAAYQxiABBiKBTIGCAcQRRg80gEIMTE4OGowajeoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 19 fev. 2024.

- GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos*/ Dieter Grimm; coordenação Gilmar Ferreira Mendes; tradução Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia, Erica Luisa Ziegler – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*: tradução Renato Aguiar. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MARTINS, Plínio Lacerda; PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. Discutindo limites para mutação constitucional. In *Hermenêutica Jurídica* org. Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Plínio Lacerda Martins. – Londrina: Engenho das Letras, 2020
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MILITÃO, Eduardo; CASADO, Letícia; PIZA, Paulo Toledo. STF só teve na ditadura composição que Bolsonaro quer, com 16 ministros. *Uol*. Brasília, 11 out. 2022. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/10/11/stf-historia-ministros-jair-bolsonaro-ditadura-militar-venezuela-hungria.htm#:~:text=A%20ideia%20aventada%20pelo%20presidente,militar%20\(1964%2D1985\)](https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/10/11/stf-historia-ministros-jair-bolsonaro-ditadura-militar-venezuela-hungria.htm#:~:text=A%20ideia%20aventada%20pelo%20presidente,militar%20(1964%2D1985).). acesso em 26 fev. 2024.
- MOTA, Camilla Veras. Bolsonaro na Hungria: como primeiro-ministro Viktor Orbán se tornou inspiração para a ultra-direita. *BBC News Brasil*. São Paulo, 17 fev. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60396883>. acesso em 26 fev. 2024.
- MÜLLER, Jan-Werner. *Was ist Populismus?* 2016
- NABINGER, Felipe. Ministros do STF são alvo de 36 pedidos de impeachment tramitando no Senado. *Correio do povo*. 28 nov. 2022. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/ministros-do-stf-s%C3%A3o-alvo-de-36-pedidos-de-impeachment-tramitando-no-senado-1.929393>. acesso em: 26 fev. 2024.
- PAIVA, Marcella da Costa Moreira de; OLIVEIRA, Newton Augusto Cardoso de; NEVES, Edson Alvisi. *Modernidade ou Pós-Modernidade: uma reflexão a partir de Jürgen Habermas e Anthony Giddens*. In: *Hermenêutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade*. Org. Plínio Lacerda Martins; Guilherme Magalhães Martins; Marcos César de Souza Lima. – UFF: Niterói, 2019.
- RAZ, Joseph. *The rule of law and the separation of powers*. Richard Bellamy, 2005.

- RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar* – São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- TAMANAH, Brian. *Relocation the rule of law*. Oxford and Portland, Oregon. Hart publishing, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. acesso em 21 fev. 2024.
- VOßKUHLES, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Saraiva educação, 2020.



## 7. OS PODERES EMERGENCIAIS DO ESTADO E O ESTADO DE DIREITO

*Ana Margareth Moreira Mendes Cosenza*

### Introdução

A limitação do poder do estado com o objetivo de elidir abusos e de garantir direitos e liberdades individuais é uma questão constante na sociedade. Nesse caminho, desenvolveram-se as teorias do Estado, o conceito de Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes como meio de desconcentração de poder em 3 áreas (legislativo, judiciário e executivo), viabilizando o controle de uns sobre os outros.

Apesar da repartição dos poderes, verifica-se que, historicamente, é o Poder Executivo que mais tensiona os limites do Estado de Direito. Isto porque o modelo social aumentou as demandas estatais e a sociedade, mais exigente, não se contenta apenas com legalidade, exige eficiência e justiça social substantiva crescentes. Para atender aos anseios sociais, o Executivo é pressionado a criar soluções efetivas para múltiplos problemas sociopolítico-econômicos, num ritmo superior a qualquer processo legislativo.

Hoje, as normas já nascem desatualizadas ante a velocidade da inovação tecnológica e social, assim, o Executiva reclama para si maiores espaços de discricionariedade já em dias comuns (Casamasso, 2017, p.264). Tempos de emergência trazem oportunidade para excepcionalizar regras, derrogar direitos e lhe dar protagonismo. Questiona-se: como fica o Estado de Direito em contraste com os poderes de emergência? Quem decide sobre o início, o término e os limites legais de uma emergência? Como garantir uma governabilidade pautada no bem comum?

Para esta análise, revisitaram-se as teorias do Estado de John Locke; Carl Schmitt; Kant; Dicey; Selznick e Nonet, os conceitos de Estado de Direito de Jeremy Waldron e Harry W. Jones; e os estudos específicos de Nomi C. Lazar e David Dyzenhaus sobre os poderes de emergência do Estado. Objetivou-se compreender a relação desses poderes de emergência com o Estado de Direito.

Reconhece-se, por fim, a legitimidade do exercício de poderes emergenciais pelo Estado no contexto do enfrentamento de crises extremas, mas na perspectiva e nos limites de um regime constitucional constituído com base nos princípios do Estado de Direito, da democracia e da responsividade dos governos. Refuta-se, neste sentido, a máxima schmittiana que autoriza a exceção ou suspensão de regras e normas em casos de emergência.

## **1. A emergência como tensionadora da relação entre os poderes**

O processo de globalização liberal, que facilita a circulação de informações, pessoas e bens, também promoveu a propagação de riscos e injustiças na sociedade pós-moderna. Doenças; conflitos; violência; radicalismos ideológicos, políticos e religiosos; refugiados e impactos econômicos advindo de um mercado internacional interligado são compartilhados rapidamente, até mesmo em tempo real. (Bauman, 2007; Giddens, 2017).

Essa vulnerabilidade, que sempre existiu, teve sua intensidade aumentada. Submetida às forças que não pode controlar ou entender (firmeza de fronteiras, segurança de indivíduos internos, economia interligada, pandemia), a sociedade vê-se em constante insegurança, sob risco de iminentes crises de ordens diversas (social, segurança, saúde, econômica, política, ética, religiosa, educacional e etc). Assim, sobrevivendo uma emergência, espera-se que o Estado aja para restabelecer a paz.

Tempos de emergência pedem medidas de ordem para o breve retorno à normalidade. Segundo Nomi C. Lazar (2009, p.1) “a ordem exige restrições e a justiça sugere direitos e liberdades”, assim verifica-se que tempos de emergência são potenciais oportunidades de choque entre ambos os valores, pois, em busca de liberdade, paz e equilíbrio, nações liberais e democráticas recorrem a instituições “cuja tendência é destruir seus direitos civis e políticos. Para serem mais seguras, elas acabam se dispondo a correr o risco de serem menos livres”, como assevera Alexander Hamilton (*apud* Bauman, 2007, p.15). Tem-se a exceção afastando, por critérios e limites nem sempre objetivos, o Estado de Direito em favor de ações, cujo resultado não se pode garantir.

Muitas são as situações que podem caracterizar emergências. Desde desastres naturais como eventos climáticos extremos, terremotos, deslizamentos de encostas, incêndios florestais, pragas afetando a agropecuária e epidemias, a eventos provocados pela ação humana como guerras, conflitos sociopolíticos, interrupções nas cadeias produtivas, embargos econômicos, acidentes, perda de infraestrutura e crises econômicas.

Ou seja, emergências pedem pronta resposta, não havendo tempo para aguardar deliberações legislativas e formação de consensos políticos. Abre-se, assim, espaço para atuação proeminente do Poder Executivo (Casamasso, 2017, p.264). Responsável pela gestão das eficiência governamental, este aciona todo seu aparato administrativo para conter e gerir crises, em seus vários aspectos. (Casamasso, 2017, p.265-267; Lazar, 2009).

Inicia-se, então, uma política de excepcionalidade que visa restabelecer a ordem e pôr fim a urgência. Ao agir além dos limites ou contra à ordem jurídica existente (dos tempos de paz e justiça), o Governo choca-se com o Estado de Direito. A medida em que as liberdades civis são atacadas pelas medidas emergenciais legais, judiciais e administrativas, indivíduos e coletivos judicializam lesões causadas e ameaças a direitos. (Bauman, 2007, p.14; Casamasso, 2017, p.264; Lazar, 2009, p.1).

A judicialização aumenta devido a política de intervenção via regulamentos emergenciais, os quais elevam o grau de liberdade estatal, legitimada pela exceção vivida. Contudo, a cautela procedimental cede à pressão social por soluções imediatas, assim muitas questões públicas são decididas em pouco tempo; sem que se conheça/estimem seus efeitos imediatos e futuros. Na instabilidade, atos administrativos são expedidos sem base racional aferível; razoabilidade e o devido processo legal é flexibilizado para alcance de resultados, comprometendo a integridade do sistema jurídico.

Se prejudicado pelas medidas de exceção, resta ao cidadão o direito constitucional de provocar o Judiciário. A Justiça recebe, então, questões político-administrativas à apreciação e tem o dever de julgar, ainda que haja lacuna ou obscuridade na lei (art.140 do Código de Processo Civil) e dos fatos da vida. Como o regime jurídico de emergência suscita constantes pontos de conflito com a regra constitucional e infralegal, o Judiciário acaba sendo atraído para o centro de poder de decisões políticas, originalmente exercidas pelo Legislativo e pelo Executivo. (Barroso, 2013, p. 30-42; 241-243).

Existem estudos específicos sobre a judicialização de questões político-administrativas. Dentre as causas mais comuns, constam: “o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”; “desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”; atores políticos optam por deixar a tomada de decisões sobre questões polêmicas para o Poder Judiciário, evitando desgaste político; “constitucionalização abrangente e analítica” (retira temas do debate político e os realoca como pretensão judicializável); a normatividade dos princípios de direito e o nível de acesso aos sistemas

de controle de constitucionalidade, com revisão judicial sobre normas e atos administrativos. (Barroso, 2013, *passim*).

Acrescenta-se aqui que a judicialização é “um método caro, coercitivo e desagregador de elaborar e pôr em prática políticas públicas”. Presupõe-se um direito mais responsivo para com os anseios da sociedade, que tenha “compromisso com um *estilo de raciocínio jurídico* que ultrapassa o mero respeito à regra, e que busca alicerçar o direito e as decisões jurídicas em suas consequências individuais e sociais”. Pelo que se infere a importância do acesso ao Judiciário para a consolidação das democracias, para a elevação do grau de “Estado de Direito” vivenciado, e como via secundária que viabiliza a participação política de quem não tem voz (representatividade), mas pode, ali, defender sua condição de sujeito de direitos. (Nonet; Selznick, 2010, p.34).

Dessa forma, observa-se que não há espaços de atuação totalmente excludentes. Os três poderes exercem as mesmas funções, de modo primário ou secundário; interagem entre si, agem em cooperação e em adversariedade; se fiscalizam; atuam constantemente sobre os mesmos problemas sociais, ora com o foco normativo e principiológico, ora de modo concreto em sentenças judiciais e em atos administrativos. Verifica-se que não há a total separação entre os poderes e os constantes choques entre Legislativo, Judiciário e Executivo se acirram ainda mais em estados de emergência.

Até mesmo Locke e Montesquieu não ignoraram a dificuldade de compatibilizar as exigências de governabilidade e eficiência cobradas do Executivo, com seus projetos de limitação do poder público. Ambos acabam cedendo poder ao Executivo para limitar direitos e liberdades dos cidadãos, prevendo medidas de controle de um lado e, de outro, prescrevendo mecanismos de fortalecimento do Executivo. (Casamasso, 2017, p.265).

O Estado do modelo liberal foi substituído pelo Estado de bem-estar social, de modo que o bem econômico e social da maioria exige o abandono da abordagem “mãos livres”. Assim, o Estado mínimo dá lugar a outro que age direta para melhoria econômica, defesa de direitos fundamentais e sociais. Agigantou-se o Executivo que passou a ser o legitimado para eficiência estatal. Legislativo e Judiciário não conseguem gerir um Estado com tantas demandas de entrega. (Casamasso, 2017, p.264; Jones, 1958, p.143).

O legislativo não pode comandar indefinidamente a execução, sempre a postos, pois anularia a eficiência executiva (Montesquieu, 1979, p.153; Locke, 1978, p. 93). Noutro prisma, o Executivo não deve legislar, ideal que se limite ao veto. Nessa tensão se destaca o risco da “usurpação

da liberdade dos cidadãos” pelo primeiro e o emperramento da máquina pública, a cargo do segundo. (Casamasso, 2017, p.266-267)

Segundo Harry Jones (1958, p.150), embora possa ser considerado um conceito processual, o Estado de Direito não se limita a dimensão jurídico formal do império da lei. Assim, não é seguro afirmar que “uma regra de direito significativa nada tenha a dizer sobre o conteúdo material dos princípios legalmente aplicados”. Uma lei madura deve considerar a justiça distributiva, “às necessidades particulares de diferentes pessoas”.

Com o aumento das funções do Estado para efetividade de princípios e valores do Estado de Direito, todos os poderes passam a atuar energeticamente e a separação dos poderes exige releitura. Deve se tornar compatível aos objetivos de evitar a concentração excessiva de poder em uma autoridade estatal e de alcançar legitimidade democrática, via atuação eficiente. O equilíbrio entre os poderes pede flexibilidade nos arranjos organizacionais e respeito às habilidades institucionais de cada um, mas sempre é tenso. (Ackerman, 2000, p.642-650; 687-688; 690).

Destacam-se, ainda, as agências administrativas autônomas e de especialização técnica dentro do Poder Executivo. A atividade regulatória é conceituada por André Saddy (2023, p. 535-536) como “uma interferência pública intencional nas escolhas de terceiros, que implicam em traduções técnicas dos conceitos imprescindíveis para execução de política pública previamente ditada”. Não são norma legislativa, tampouco norma regulamentar típica do Executivo, é *sui generis*, pois advém da delegação do Legislativo à agência reguladora, podendo ser considerada como uma “deslegalização” (transfere do legislativo para outra fonte normativa) ou delegação por standards (delegação legislativa com parâmetros bastantes para controle do delegado – leis quadro). Fácil antever as tensões sobre os limites dos regulamentos prévios, se na moldura legal ou além dessas. (Sundfeld, 2012, p.164-179; Saddy, 2023, p. 549-550).

Essa estrutura resguarda uma atuação eficiente da intervenção estatal em setores como a economia, a saúde e outras infraestruturas. Mas esse insulamento técnico, também não é absoluto, afinal, as agências são vinculadas à ordem jurídica e ao Estado de Direito. Em dadas emergências, elas podem assumir a dianteira, como ocorreu na pandemia de Covid-19, iniciada em 2020 e vitimizando milhares, cuja fixação de atos emergenciais foi liderada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), seguindo recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), organismo internacional.

Nessa competição por reconhecimento técnico, várias instâncias tecnocratas agem concomitantemente e sem coordenação. Sob a justificativa da efetivação de princípios constitucionais e das leis, fazem-se cada vez mais ativistas, invadindo as competências uns dos outros. Aproveitam-se

das fórmulas vagas na lei para construir sentidos e criar direitos não expressamente declarados pelo Legislativo. Redistribuem, as competências constitucionais mediante distintas e descoordenadas sentenças judiciais, engessando as instituições públicas quanto a uma execução mais hábil e faticamente viável. (Cosenza; Cosenza, 2019, p.240; Cosenza, 2022, p.137-144; Sundfeld, 2012, p.69-73).

Esclarecido o contexto da problemática relativa a tensão entre as atribuições políticas a cargo do Executivo e a ordem jurídica, passa-se ao **conceito de estado de direito**, tomado como um objetivo a ser constantemente perseguido pelos países.

## 2. Sobre o conceito “Estado de direito”

O conceito de “Estado de Direito” não é unanimidade entre as teorias jurídicas. Primeiramente, chama-se atenção para o fato de que *Rule of Law* e Estado de Direito não são, exatamente, a mesma coisa, verifica-se uma tradução aproximada. Em segunda fase, cabe distinguir os termos “o império da lei” e o “Estado de Direito”: o primeiro representa a face concreta, existente, enquanto o segundo um dos mais importantes ideais políticos dos nossos tempos. Isto é: o ser e o dever ser. (Waldron, 2008, p.1-5).

Harry W. Jones (1958, p.144-145), entende-o como uma tradição de decisão que incorpora pelo menos três elementos indispensáveis para o ideal em termos de Judiciário. São eles: toda pessoa afetados por uma decisão judicial ou administrativa devem ter direito a um “dia significativo no tribunal”; os “oficiais de decisão devem ser independentes no sentido pleno” (livres de direcionamentos externos e interiormente livres, sem pessoalismo e preconceitos); e as “decisões do dia-a-dia devem ser fundamentadas, racionalmente justificadas”. As decisões nas demandas concretas devem refletir os princípios gerais e valores reconhecidos pela ordem jurídica e social.

Vejam que o “Estado de Direito” é associado ao devido processo legal, havendo grande ênfase no viés procedimental. Logo, ideais políticos como a separação de poderes e a independência do judiciário e das autoridades de decisão administrativas, são os primeiros suscitados como ameaçados. Dessarte, Jeremy Waldron (2008, p.8-9; 13) alerta aos perigos do que ele chama de “positivismo casual”.

Na perspectiva de Waldron (2008, p.9; 40-42), um sistema de regras que se autodetermina “lei” pode perder esta qualificação devido a sua injustiça. Conclui que a definição de lei não é apenas um ponto semântico; é uma tese moral substantiva que exige mais do que se autodenominar democracia. Assim, a compreensão do *Estado de Direito* e do conceito de

lei possuem grande conexão, devem buscar a máxima coincidência, ou seja, a lei precisa refletir “os valores estabelecidos” e sua “previsibilidade”; a “importância do procedimento” e os “aspectos argumentativos da prática jurídica”.

Um sistema jurídico de governança deste tipo, demanda respeitar a liberdade dos governados para divergirem sobre visões de mundo e interesses, desde que conforme à ordem social vigente. Logo, o governo pelo terror praticado pela Alemanha nazista (minou as condições processuais à existência de um sistema jurídico, com objetivos opressores e genocidas) não pode ser chamado de sistema legal, segundo Fuller<sup>15</sup> (1969).

Seriam cinco características descritivas formais capazes de medir o grau de *Estado de Direito* de uma lei ou de uma realidade prática vivida, em várias dimensões. São elas: atuação de tribunais segundo normas e diretrizes estabelecidas em nome de toda a sociedade para resolver disputas, por eventos formais e mediante um órgão imparcial, determinando de modo justo e eficaz os direitos e responsabilidades das partes, após ouvi-las e analisar as evidências; “governança por normas gerais” conhecidas pelo público (teor disponível para consulta), reconhecido como agentes capazes de autogoverno (destaca normas de caráter permanente, que advêm da paisagem social e de um processo histórico, contrapondo à manipulação); positividade, sendo a lei um modo de governança (processo de legislatura, processo histórico e liberdade para mudar) que representa “um caminho em que uma comunidade assume o controle público das condições de sua vida coletiva”; e “a receptividade da lei à razão” (aspiração substantiva de alcançar o bem público, justiça e consistência sistêmica). Um sistema jurídico capaz de governar a maioria das situações, não só “um pequeno subconjunto de fatores sociais, econômicos e interações políticas; regulando o poder público e privado para uma extensão insignificante”. (Waldron, 2008, p.19-46).

Observa-se que os referidos requisitos são questões de grau. Um sistema de governança pode satisfazer o *Estado de Direito* em algumas áreas e não em outras, além de suas várias vertentes. De um cenário com raras oportunidades de confronto entre cidadãos e funcionários do Estado (Estado Liberal mínimo), muda-se para o oposto. Surge uma tarefa maior

---

15 Fuller tem visão de que as leis imorais não deveriam ter força legal. Criticou a visão de Hart de que o Sistema legal sob o nazismo na Alemanha poderia se qualificar como lei, considerando o sentido resumido ao de “fidelidade à lei”, de modo que “a única diferença entre a lei nazista e [...] a lei inglesa é que os nazistas usaram suas leis para alcançar fins que são odiosos para um Inglês”. (FULLER, Lon L. *The morality of law*, 1969. Tradução nossa).

para o *Estado de Direito*: “cuidar para que esses múltiplos” “encontros sejam tão justos”, “livres de arbitrariedade” e garantidores de direitos, tal qual deve ocorrer com “os tradicionais oficiais judiciais”<sup>16</sup>. Isso nos três poderes da tradição liberal. (Casamasso, 2017, p.265-267; Díaz, 2006, p.19-21; Jones, 1958, p.153-156).

Mas, há grande dificuldade de parametrizar as várias atuações estatais à luz do Estado de Direito. Além disso, o crescimento da noção de Estado de Direito é constante, pois políticas públicas de bem estar são fonte constante de novos direitos, igualmente importantes, que passam a demandar proteção jurídica, sobrecarregando o Judiciário com novas lides. (Díaz, 2006, p.19-24; Jones, 1958, p.153-156; Waldron, 2008, p.12; 45).

Assim, verifica-se também o alargamento das hipóteses identificáveis como *urgentes*. Estas não se limitam mais à defesa do Estado e das instituições democráticas, preocupado com o bem comum, o Estado passa enxergar emergências em calamidades naturais, recepção de refugiados e crises que afetem a dignidade existencial de muitos. Se já é difícil manter um sistema legal em boa forma<sup>17</sup> *em tempos de normalidade e se os poderes atinentes ao Estado de Emergência* demandam excepcionalidade à ordem legal, como garantir que, durante sua vigência, permaneça o *Estado de Direito*?

### 3. A situação jurídica do “estado de emergência”

É dever do Estado proteger seus cidadãos, sendo este o fundamento da expectativa de que haja resposta rápida e eficiente ante cenários de emergências. Contudo, trata-se de um conceito jurídico indeterminado e, para orientar atuações concretas, urge definir questões como: o que é uma emergência de estado; a quem compete declará-la; a quem cabe definir a resposta adequada; quais os requisitos dessa ação e quem lhe porá fim.

Nesse sentido, Nomi C. Lazar (2009, p.7-8) identifica duas características ou sintomas principais das emergências: a urgência e a escala. A primeira seria a necessidade de uma solução ou mitigação imediata e fun-

---

16 “It is the task of the rule of law to see to it that these multiplied and diverse encounters are as fair, as just, and as free from arbitrariness as are the familiar encounters of the right-asserting private citizen with the judicial officers of the traditional law”. Tradução nossa. (Jones, 1958, p.156).

17 Referência utilizada por John Finnis que associa as aspirações ideais incorporadas ao significado de “lei” e ao que seria o funcionamento de um bom sistema jurídico. Apud Waldron, 2009, P.46

damenta a inadequação das vias processuais legislativas ordinárias, que exigem longos prazos para deliberações bicamerais, quóruns especiais e gestão da pauta (fila). A segunda refere-se a estimativa de pessoas a serem atingidas, caracterizando uma emergência *do ponto de vista do governo*.

Percebe-se que ainda resta um grande espaço de indeterminação no significado de *emergência*. Não há como definir a escala a ser atingida para configurá-la; nem por quanto tempo ela se sustenta. Deve durar apenas o tempo necessário para conter perdas inestimáveis, contudo, “quanto mais tempo a ameaça persistir, maior será a oportunidade de um governo aprovar legislação bem elaborada para lidar com novas circunstâncias ou para atualizar a legislação existente conforme a necessidade”<sup>18</sup>. Logo, limites de tempo para poderes de emergência são coerentes. (Lazar, 2009, p.8, tradução nossa).

A discussão sobre a competência para definir o conteúdo de conceitos jurídicos abstratos não é nova. São muitas as normas indeterminadas relativas a direitos e garantias fundamentais cuja aplicação imediata tem fundamento constitucional. Para Sundfeld (2012, p.54; 67-71; 76-84) as incertezas legais decorrem de: falta de consenso e de apoio político para aprovação de textos mais exatos; o vasto uso dos princípios (algumas vezes “implícitos”) como fundamento de decisões concretas; e o fato de que, através de argumentos lógicos, os princípios permitem concluir por posições opostas, não decidir, não motivar, inovar ou ignorar a lei. A imprecisão fundamenta os perigos envolvidos nos poderes emergenciais do Estado. (Lazar, 2009, p.7).

Ainda que não explicitado, as ordens jurídicas constitucionais buscam ser comprometidas com o Estado de Direito. É possível classificar as nações quanto ao nível de Estado de Direito, porque, segundo Waldron (2008, p.44-48) este não é um conceito fechado, mas um processo aberto a aperfeiçoamentos. Isto envolve a dificuldade de adaptar-se a uma institucionalização político-jurídica que permita um Executivo forte, mas não descontrolado (não autoritário). Ou seja, necessidade de desenvolver os sistemas de controle da Administração. (Días, 2006, p.21-24; Dyzenhauss, 2012, p. 442-445).

---

18 “At the same time, the longer a threat continues, the more opportunity a government has to pass well-considered legislation to deal with new circumstances, or to update existing legislation as the need may be. Hence, time limits on emergency powers make sense”. Ressalva feita ao fato de que uma urgência pode não se limitar a um momento fixo, podendo se prolongar no tempo. (LAZAR, 2009, p.8).

Na perspectiva de Dyzenhaus (2012, p. 442-445), sobre a competência para declarar a emergência e para definir a resposta adequada, os modelos constitucionais existentes variam entre o Legislativo e o Executivo. Esta escolha considera o acesso às informações necessárias para tomar decisões no Estado de Emergência; a capacidade de resposta rápida e o grau de compromisso constitucional com o Estado de Direito.

Nesse ponto, entra em questão a existência ou não de poderes formais de emergência na ordem constitucional. David Dyzenhaus (2012, p.442-443), comparando a prática e a teoria constitucional, observa, basicamente, que as ordens constitucionais tem duas opções: investir em uma constituição escrita que fixe regras sobre os procedimentos para responder a emergências; ou postergar esta decisão para quando ocorrer uma. Existiriam “regimes de emergência constitucionalmente arraigados”; mínimos, inexistentes e peculiares a nações de constituições não escritas (*commom law*).

Independente da formalidade do regime de emergência, a ordem constitucional possui três modelos à escolha. O modelo executivo delega a este poder a autoridade para declarar se existe uma emergência e para definir a reação mais adequada (mérito político-administrativo). Já o modelo legislativo exigirá a elaboração de um regime jurídico que trate dessas duas questões. Feita a opção entre um dos modelos, deve-se definir o grau de supervisão judicial a ser admitido. Se for dado amplo papel revisional a este, a primeira escolha verte-se num modelo judicial. (Dyzenhaus, 2012, p. 442-445).

Partindo do pressuposto de que todos os Estados dependem de alguma provisão para condições de emergências, Lazar (2009, p.9; 18) conclui que “um bom conjunto de poderes de emergência é mais seguro do que um conjunto ruim e ainda mais seguro do que nenhum poder de emergência”. Numa emergência, quem não regulamentou tais poderes, acaba utilizando-os de fato e improvisadamente. (Dyzenhaus, 2012, p.443).

É nítida a tensão entre a liberdade de agir do Estado em emergências e o *Estado de Direito*. Se por um lado há argumentos que justificam a atuação célere e alguma excepcionalidade aos ritos de tempos comuns (de paz), por outro existem núcleos sensíveis cuja importância permanece nesses tempos, como, os direitos fundamentais. O foco não é tanto sobre a quem compete decidir se há uma emergência e o que há de ser feito, mas sobre a legalidade dessas atuações. Principalmente quando se vislumbram a justiça em se fazer o errado e a obrigação de cumprir a lei. (Dyzenhaus, 2012, p.446; 451).

Sobre a concepção do estado de emergência, identificam-se três correntes principais: (i) estados de emergência são tempos de exceção ao

*Estado de Direito*; (ii) poderes de emergência não podem existir no *Estado de Direito*, pois este não comporta exceções; e (iii) poderes de emergências são compatíveis com o *Estado de Direito* e juridicamente justificados e controláveis, sendo exercidos ao mesmo tempo em que as normas liberais permanecem em vigor. Adiante, detalham-se as referidas linhas teóricas.

#### **4. O estado de emergência de Carl Schmitt: suspensão do Estado de direito**

Carl Schmitt é colocado como precursor da dicotomia normas *versus* exceções. A “assimilação da emergência à exceção e suspensão de regras e normas” compõem o que John Ferejohn e Pasquale Pasquino (2004, p.221) chamam de “a estrutura dos poderes de emergência”. Para estes excepcionalistas, regras somente se aplicam em situações normais, logo no estado de emergência, os direitos e o “Estado de Direito” não seriam violados porque não estariam em vigor. Logo, tais poderes seriam amorais<sup>19</sup>.

Lazar (2009, p.12-13) identifica os excepcionalistas republicanos, que pela ética existencial e cotidiana, objetivam manter um certo tipo de Estado, como Maquiavel e Rousseau. E os excepcionalistas decisórios, que se voltam a quem competirá decidir na emergência, não se preocupando com sua caracterização ou com seus procedimentos. Consideram a emergência algo potencial, logo, condição permanente em uma humanidade perversa, imprevisível e nem sempre regida por normas. Aqui, a ordem política não seria hábil à auto operação, seria falha e sujeita à quebra em momentos de exceção como emergências. Essa concepção é perigosa, pois questiona a capacidade de governo do “império da lei” e nega qualquer tipo de responsabilização do Estado durante a exceção, pois libera o governo dos critérios morais pelos quais seriam julgados, um Executivo descontrolado. Schmitt e Hobbes seriam decisórios. (Lazar, 2009, p.12-13).

Carl Schmitt (2006, p.5; 13), em Teologia Política, declara: “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”, pressupondo soberania como uma ideia pré-legal. Nesse sentido, a autoridade do governante não derivaria da lei, mas de uma constituição política, antecessora à lei. Caberia ao soberano distinguir aliados de inimigos, no plano político; responder em emergências pois, na prática, seria aquele que detém “as

---

19 Lazar cita Richard Posner e William Rehnquist (ex-presidente da suprem corte dos Estados Unidos) como amoralistas sobre os poderes de emergência do Estado, assim como Carl Schmitt. (Lazar, 2009, p.3).

informações e a capacidade para agir rápida e decisivamente em resposta a uma emergência”. (Dyzenhaus, 2008, p.2015-2016; Dyzenhaus, 2012, p.444; 446).

Assim, o soberano seria livre para declarar o estado de emergência, decidir sobre as respostas cabíveis, as suspensões de direitos, sobre o fim ou a continuidade deste estado de exceção, não cabendo qualquer tipo de responsabilização pelo uso dado ao poder. “O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente”. (Schmitt, 2006, p.8)

A teoria de Carl Schmitt (2006, p.10) é construída a partir de indagações feitas por Bodin (1576, p. 298-7) sobre “se as promessas feitas pelo príncipe/governante às corporações e ao povo não revogavam sua soberania”. Bodin entende que a resposta reside naquele a quem compete decidir sobre modificação ou supressão das leis (texto que contém as promessas): se for o senado ou povo, ele se submete aos governados. Contudo, tal fato lhe pareceria absurdo, pois “corporações não são soberanas sobre as leis”, pelo que elas deveriam se submeter ao governante, o titular da soberania. Da outra forma, a soberania alternaria entre o povo e o governante, entendendo ser isto contra a razão e o Direito. (Bodin,1576; Schmitt, 2006, p.10).

A soberania seria, assim, questão de decisão em tempos de exceção. Em casos de contradições surgidas busca-se o bem comum, mas caberia ao Estado dirimir a discussão e determinar o que seria, de fato, perturbação à ordem e à segurança pública. Logo, o conceito de “ordem repousa em uma decisão”. Assim, Schmitt conclui que a ordem jurídica, como toda ordem, deriva de “uma decisão e não de uma norma”. (Dyzenhaus, 2008, p.2016; Dyzenhaus, 2012, p.446; Schmitt, 2006, p.11).

Foi tirando o foco das normas e passando-o para o sujeito da soberania, que Schmitt tornou-se um teórico da exceção contínua. Ele retirou o governante da submissão ao “Estado de Direito”, tornando-o a própria fonte reveladora do Direito. As normas seriam meros construtos incompletos que demandavam constante alteração para melhor se adequarem ao Direito Natural. As normas, como escreveu em seu prefácio de 1933; são válidas somente faticamente, somadas a um positivismo dado a um “decisionismo “degenerado” e “juridicamente cego”, mantido pela força da norma de fato e não de uma decisão real”. Cita que para desviar da decisão necessária ante um conflito constitucional (como o prussiano com Bismark), o positivismo remete a si próprio (normas), alegando que decidir afrontará o Estado de Direito. (Schmitt, 2006, prefácio da segunda edição).

Schmitt ansiava a retomada da soberania estatal para evitar a fragmentação do território e via no parlamentarismo, típico do liberalismo, um romantismo político ligado a uma discussão que somente fragilizaria

as forças políticas e a capacidade de decidir; bem como a representação de dados setores da sociedade e não um lugar de deliberação racional (vertera-se em antro de negociações de interesses). Em oposição à normalidade normativa, ao Estado de Direito e ao parlamentarismo, desenvolve suas teses sobre a exceção, a ditadura e o presidencialismo. Tudo sobre vertentes autoritárias<sup>20</sup>, as quais sustentaram os regimes fascistas na Segunda Guerra Mundial. (Alves; Oliveira, 2012, 244-245; 248; 250-253).

Conveniente é o alerta feito por Lazar (2009, p.4) sobre resumir a questão dos poderes de emergência à dicotomia normas versus exceção. Admitir que o Direito e o Estado de Direito não estão em vigor, torna os poderes de emergência amorais e, portanto irresponsáveis. Além disso, como o Estado de Direito em Carl Schmitt é revelado pelo soberano e não pelas normas, o seu conteúdo torna-se facilmente apropriável por qualquer movimento político e para qualquer finalidade, inclusive odiosas como foram as várias práticas do nazi-fascismo, na Segunda Guerra Mundial, sem limitações legais.

## **5. O estado de emergência neokantiano: o Estado de direito não comporta exceções**

Sobre o tema, Lazar (2009, p.14) destaca que a visão dos liberais neokantianos de que o “Estado de Direito” não pode acomodar exceções nem valores compensatórios, considera somente a ética de Kant, ignorando seu pensamento político. Entendem que princípios tidos como necessários, por serem universais, não podem conflitar com outros, nem ser suspensos. A ética não permitiria exceções ante proposições morais sintéticas. Além disso, tal corrente minimiza o conflito político ao seguir uma versão de Rousseau quanto à corrupção humana. Concluem, assim, que instituições mais justas eliminariam tempos de anormalia e guerra, bem como a necessidade de fiscalização e de situações de emergência. De cer-

---

20 “Defendeu, ao longo de sua teoria, vários elementos centrais para a configuração da estrutura fascista: o Estado forte e centralizado no presidente, no ditador ou no líder, o conservadorismo, o ultra-nacionalismo, o anti-comunismo, o anti-liberalismo, as críticas às declarações de direitos fundamentais ou ao Estado de Direito, pregando o fim da separação dos poderes e da existência do parlamento.” Entendia que se tratava de um Estado forte capaz de manter a unidade e opor-se aos vários interesses econômicos, para ele o fascismo não era antidemocrático. Suas teorias o aproximaram do partido nacional-socialista, ante a decadência de Weimar, colaborando com o nazismo. (Alves; Oliveira, 2012, p.250-251).

to ignoram catástrofes naturais, epidemias, crises econômicas, limitando as emergências às mesquinhas políticas. (Schmitt, 2006, p.14; 15).

Esta corrente se mantém longe da complexa realidade da atual sociedade moderna, construída sobre incertezas, envolta à riscos. Reafirma-se, como Lazar (2009, p.4;14; 57-60), tratar-se de uma opção contraproducente, uma vez que ordem e justiça são valores entrelaçados. Ante uma ameaça real aos direitos humanos e ao Estado de Direito, por exemplo, ignorar o imperativo de atuação enérgica e urgente para protege-los, com base em formalismo retórico, é ser substancialmente injusto quanto ao mais caro núcleo de direito. É responsabilidade do Estado proteger seus cidadãos.

## 6. O estado de emergência orientado a fins: a visão de Locke

A terceira corrente é representada por Locke, com sua visão orientada para os fins da sociedade. “O objetivo do governo é o bem da comunidade, as modificações feitas visando este objetivo não podem ser um atentado aos direitos de ninguém; em um governo, ninguém pode invocar um direito que se incline a um outro fim”. Assim, para Locke (1689, p. 185), “os únicos abusos são aqueles que prejudicam ou entram o bem público.” Se o governante age por interesses distintos do bem da comunidade, age contra o *Estado de Direito* e, tal prática, em Locke, é a origem das desordens governamentais.

É esta concentração na finalidade objetivada por um procedimento que, em Locke, gera a liberdade para modificar ou anular instituições que, na vivência prática, perderam a capacidade de entregar de resultados (eficácia). Esta flexibilidade fornece a chave para a proteção do *Estado de Direito*, mesmo em tempos de emergência, pois, o reconhecimento de valores conflitantes e implícitos na ética e na vida política, em dado momento, permite derrogações que serão tidas por necessárias para alcance do bem comum. Reconhece o conflito e trata-o. (Lazar, 2009, p.14-15; 76-80).

Deriva desta visão as derrogações de direitos (civis e políticos) e mitigações do *Estado de Direito*, seja em momentos de emergência, seja no dia-a-dia. Embora sejam elementos não liberais, a ponderação de interesse justificaria mitigações mesmo em tempos de paz. Ordem, assim como justiça, também é finalidade pública. (Lazar, 2009, p.6; 15).

Quando se fala de responsabilidade do Estado, John Locke (1689, p. 182) destaca a prerrogativa<sup>21</sup> e o fato de que nem o legislativo, nem o

---

21 “160. Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na

judiciário seriam capazes de uma ação rápida e enérgica para lidar com emergências, deixando-a ao executivo, por omissão. Para Dyzenhaus (2012, p.445) os lockeanos teriam a visão de ser a emergência ingovernável por um regime legal previsto para regular tempos de normalidade.

O governo teria, então, uma prerrogativa ou poder legalmente irrestrito para “agir de acordo com a discricção, para o bem público, sem a prescrição da lei, e às vezes até contra ela”. Porém, tudo em Locke, inclusive a prerrogativa, é limitado pelo princípio da finalidade pública. Logo, o bem comum torna-se critério de controle do conteúdo dos atos do Executivo, não se admitindo como legalmente correta lei ou ato que se estenda “além do bem comum”. Não há poder irrestrito. (Casamasso, 2017, p.265; Dyzenhaus, 2012, p.445; Locke, 1994. p.182).

John Locke (1994, p. 98; 159) não deixa o sentido de bem comum à total discricionariade dos governantes e dos juizes, preconiza que se governe “através de leis estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos improvisados”. O imprevisto abre-se à arbitrariedades, à imposições de obrigações e de derrogações de direitos (abuso). É preocupado com a segurança jurídica.

Locke não abre mão do Estado de Direito, da anterioridade das leis, da discussão legislativa, da previsibilidade da conduta do poder executivo, na pessoa do governante. Ressalta que, quando o governo prioriza fins privados ou infligir o mal ao povo, a comunidade questiona a sua legitimidade. Assim, é preciso romper com esta ordem, pois não se abre mão da liberdade possível no estado da natureza para viver pior que no estado de

---

ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. Em alguns governos, o poder encarregado de legislar não existe permanentemente, e em geral é exercido por muitos e é muito lento em vista da celeridade exigida na execução; além disso, como também é impossível prever e, portanto, ter um provimento de leis para atender a todos os acidentes e todas as urgências que podem dizer respeito aos negócios públicos, ou fazer leis que jamais se arrisquem a ser nefastas se aplicadas com um rigor inflexível, em todas as circunstâncias, a todas as pessoas que entram em seu campo de aplicação, o poder executivo guarda por isso uma certa liberdade para realizar muitos atos discricionários que não estão previstos na lei. 161. Quando este poder é exercido no interesse da comunidade e de modo adequado às responsabilidades e objetivos do governo, trata-se sem dúvida de prerrogativa e jamais é questionado. [...] Mas se houver uma contestação entre o poder executivo e o povo a propósito de qualquer coisa reivindicada como prerrogativa, a tendência do exercício de tal prerrogativa para o bem ou o mal do povo decidirá facilmente a questão.” (Locke, 1994, p.182).

medo e com a sensação de insegurança ali reinantes<sup>22</sup>. (Locke, 1994, p. 149-150; 206).

Como não é possível que o legislador preveja “tudo que pode ser útil à comunidade”, muitos assuntos ficam a cargo do executor das leis para buscar o bem da sociedade. Mas Locke limita este poder aos “casos em que a lei civil nada prescreve”; até que o legislativo possa “se reunir e preencher esta lacuna”. Para alguns temas a lei não seria um instrumento útil, destaca que “convém às vezes que as próprias leis se retraiam diante do poder executivo, ou antes, diante da lei fundamental da natureza e do governo, ou seja, que tanto quanto possível todos os membros da sociedade devem ser preservados”. (Locke, 1994, p.181;183).

Expressamente colocou que a aplicação rígida e estrita da legislação pode prejudicar essa lei fundamental de preservação de todos. Cita que a lei pura não diferencia as pessoas, nesse sentido, o heroísmo de entrar numa casa em chamas e salvar uma criança pode, em vez de render honras ao sujeito, condená-lo por invasão de residência. O governo teria a “prerrogativa” de suavizar a austeridade da lei e perdoar contraventores para, ainda que às custas de poupar alguns culpados, preservar inocentes. Um agir discricionário para o bem público, nas lacunas da lei e, até mesmo, contra ela, se preciso for. Locke (1994, p.182) fala de ponderação de interesses juridicamente relevantes.

Defende, ainda, controle de legitimidade sobre aquilo que o executivo sustenta como prerrogativa, se é adequado “às responsabilidades e objetivos do governo” e se foi empregada de modo aceitável. Assim, os poderes de emergência, as derrogações de direitos e mitigações do Estado de Direito por eles implantadas, teriam condições de respeitar os princípios norteadores do Estado de Direito. (Locke, 1994, p.182-183; 185).

---

22 Locke cita governos que não visam o bem comum nem a dignidade do indivíduo: tirania e despotismo. A “tirania consiste em exercer o poder além do direito legítimo, o que a ninguém poderia ser permitido. É isto que ocorre cada vez que *alguém faz uso do poder que detém, não para o bem daqueles sobre os quais ele o exerce*, mas para sua *vantagem pessoal e particular*; quando o governante, mesmo autorizado, *governa segundo sua vontade*, e não segundo as leis, e suas ordens e ações não são dirigidas à preservação das propriedades de seu povo, mas à *satisfação de sua própria ambição, vingança, cobiça ou qualquer outra paixão irregular*”. (Locke, 1994, p.206. *Grifo nosso*); O “poder despótico é um poder absoluto e arbitrário que um homem tem sobre outro de lhe tirar a vida quando bem entender”. “Que contrato pode ser feito com um homem que não é dono de sua própria vida? Que obrigação ele pode executar? Entretanto, desde que lhe seja permitido tornar a ser dono de sua vida, o poder despótico e arbitrário de seu senhor cessa.” (Locke, 1994, p.188-189).

Nesse sentido, Lazar (2009, p.16) entende que a ética normal não desaparece, de modo que não há exceção ao império da lei, pois os direitos não perdem força e os valores subjacentes ao Estado de Direito não perdem poder. Logo, os líderes políticos podem ser responsabilizados pelos mesmos padrões de sempre: aferição da juridicidade de seus atos, seja por controle interno ou externo, e pela revisão judicial ou administrativa (como as feitas pelas Cortes de Contas e das Comissões Parlamentares de Inquéritos, no Brasil). (BRASIL, 1988. Constituição, art.70 e *seg.*).

## 7. Legalização da ilegalidade cometida em emergências segundo Dicey

Dicey entende que o Estado de Direito é um requisito constitucional da ordem jurídica consuetudinária inglesa e que uma lei ou princípio bem estabelecido pode dar imunidade aos efeitos jurídicos de ilegalidade cometida em emergência, desde que seja provado que cidadãos estavam privados de seus direitos, pedindo ao parlamento o reconhecimento da situação. Dyzenhaus (2008, p.2009) entende que, para Dicey, não só compete ao tribunal decidir se existe uma emergência governamental, como avaliar se as respostas reais dadas à emergência são legais. Ou seja, o sistema de emergência também deve ser um sistema jurídico e uma ordem de *Estado de Direito*; de modo que quaisquer derrogações a ele dependam de justificação.

Não existe, aqui, nenhuma prerrogativa dada a qualquer instituição para agir fora da lei. Logo, se uma lei ou a constituição conceder tal prerrogativa, os juízes devem compreendê-la como uma delegação de poder limitada pelo Estado de Direito, não permitindo que os atos ultrapassem o absolutamente necessário. E esse direito à revisão judicial dos atos emergenciais existe porque todas as instituições do governo cooperam com o que Dyzenhaus (2008, p.2011) chama de *projeto de Estado de Direito*, o poder político exercido dentro de seus limites. Aqui, a liderança da emergência pode ser do Executivo ou do Legislativo, em cooperação e como guardiões do *Estado de Direito*.

Dicey entende que em momentos de extrema necessidade, as regras da lei devem ser quebradas. O agente público infringe-a e confia na proteção de um ato de imunidade a ser emitido após pelo Legislativo. Um estatuto do tipo é o último e supremo exercício da soberania parlamentar, pois legaliza a ilegalidade. Seria a combinação da prerrogativa necessária ao Executivo com a manutenção da lei e da autoridade parlamentar. Logo, a lei não afasta o *Estado de Direito*. (Dyzenhaus, 2008, p.2011; 2032).

## 8. O Estado de direito sempre precisa de terreno fértil

Como a realidade se impõe aos modelos jurídicos e teóricos, viu-se que poderes emergenciais são necessários e utilizados, mesmo quando não haja estatuto que o preveja. A questão principal aqui, não é sobre quem decide se existe uma emergência, nem como proceder; mas sobre escolher “entre uma explicação vazia ou meramente processual da legalidade e uma que vincula o procedimento à substância”<sup>23</sup>. (Dyzenhaus, 2012, p.446).

Assim, os poderes emergenciais serão mais justos em sociedade cuja constituição vincule tais procedimentos a um controle de substância, não apenas formal. Uma sociedade cuja ordem jurídica seja muito comprometida com o Estado de Direito, criará poderes emergenciais igualmente comprometidos, com meios de controle eficientes.

Nesse sentido, Lazar (2009, p.6) aponta a necessidade de aclarar uma ética da emergência, reduzindo o risco de “retórica perigosa” e excessos na execução. Assim, essa ética da emergência a ser elaborada deve ter por base institutos que representem os “meios mais morais” para fins normativos em vigor e, ao mesmo tempo, considerar os deveres e obrigações envolvidos (deontologia); bem como uma concepção ética consequencialista.

Esta ética da ação emergencial proposta permite espaço para o conflito e o pluralismo, para maior eficiência no enfrentamento das urgências. Ela deve enfrentar dois polêmicos elementos não liberais: *derrogações de direitos* e *mitigações do Estado de Direito*, com base na ponderação de interesses, atualizando o bem público com compensações para manutenção da ordem e preservação da vida. (Lazar, 2009, p.15).

Notadamente nessas épocas, o processo de tomada de decisão se torna uma instituição em si, inclusive, gera e altera direitos. A decisão do gestor da emergência é uma função institucional sujeita às limitações legais. Mas, esta decisão administrativa não é um cheque em branco, muito menos um pacto suicida, apesar de ser um ato político. (Kelsen, 2003, p. 247-249; Lazar, 2009, p.9).

Ocorre que não existe moldura ética ou legal que preveja todas as emergências possíveis, detalhadamente, ou prediga a ação mais correta a

---

23 Indeed, they might serve to show that the constitutional choice is not between various institutions — the executive, the legislature and the judiciary— but between a vacuous or merely procedural account of legality and one that links procedure to substance. O autor faz uma análise comparada entre os poderes de emergência contidos em constituições de diferentes países. (DYZENHAUS, 2012, p.446).

todos os casos (Casamasso, 2017, p.263). Além disso, como Kelsen (2003, p. 247-249) destacou, dentro de uma mesma moldura de legalidade existe uma infinidade de soluções possíveis, todas legais e várias corretas; de modo que será uma discricionariedade a cargo do órgão decisório.

É nesse contexto que Selznick se levanta pela justiça substantiva. Para ele, o Estado de Direito seria maior do que “as leis positivadas ou jurisprudencialmente reconhecidas”, “residiria no âmago da sociedade” (valores latentes/norma incipiente, princípios e direitos em contínua construção). O Estado só alcança o seu objetivo através dos desempenhos das agências, fundindo-se à noção de Estado de Direito. Para tanto, é preciso considerar a realidade e ponderar valores e consequências reais. Um Estado de Direito vivo no dia-a-dia das instituições. (Cosenza, 2022, p.96-98; Krygier, 2008, p.1).

Além da sujeição dos homens “à governança de regras” como valor imanente da sociedade, Selznick destaca “às diferenças observadas entre os ideais esperados e os efeitos reais obtidos pelas instituições” públicas e privadas (Estado de Direito em espaços de atuação não-estatal, “lei viva”<sup>24</sup>). Ou seja, os princípios de direito e valores sociais podem proporcionar melhor controle de juridicidade sobre análise de leis, interpretações jurídicas e atos administrativos do governo, podendo reconhecer nuances e exceções jurídicas, permitindo derrogações, desde de que racionalmente motivado. (Cosenza, 2022, p.101-102; Dyzenhaus, 2012, p.445; 453; Nonet; Selznick, 2010, p.33-39).

E esta avaliação ocorre tanto em tempos de normalidade, quanto em emergenciais. Os princípios de direito e valores sociais são, então, a unidade de medida para verificação do grau aderência do Estado de Emergência ao Estado de Direito, sempre comparando “os ideais esperados e os efeitos reais obtidos”. O controle é procedido da análise (revisão judicial, legislativa ou administrativa) da motivação racional dos atos emergenciais praticados, a qual, não é antidemocrática, mas fruto da própria ordem constitucional. Sem isto, verte-se o Estado Constitucional no pesadelo do Estado Administrativo, casuístico, sem regras e princípios anteriores, “um regime de delegações de autoridade cujas restrições são meramente formais”.<sup>25</sup> É na prática emergencial que a ordem constitucional

---

24 Para Selznick o “Direito não é centrado apenas nas fontes estatais (Legislação, decisão judicial), nem na ciência jurídica, mas sim em ‘arranjos normativas que governam o cotidiano social’ ao que chamou de ‘lei viva’”. (KRYGIER, 2008, p.2-4).

25 Lazar chama este critério de medição através dos princípios sociais de “Ethical politic pluralismo”.

é testada, revelando os limites do seu constitucionalismo. (Dyzenhaus, 2012, p.445-447).

A prática do modelo de derrogação revela que o Poder Executivo, mesmo quando sustenta estar em sua prerrogativa, por delegação do Legislativo, pede autorização formal para uso dos poderes emergenciais. Essa “compulsão da legalidade” vem da percepção de necessidade de “uma autorização legal” pois, a ação do Estado não é considerada legalmente autorizada. (Dyzenhaus, 2012, p.453).

Lembra-se da Ditadura Romana, “um órgão extraordinário que poderia ser ativado conforme processos e dentro de limites constitucionalmente definidos, para fazer frente a uma situação de emergência.” O ditador era nomeado a pedido do Senado, após este julgar se o perigo exigia tal medida. O mandato do ditador tinha um fim claramente definido, (condução de uma guerra ou crise interna); e este limitava-o. O ditador chefiava o comando militar, subordinava os cônsules, não respondiam aos tribunais, emitiam decretos com força de lei e aos cidadãos não se permitir apelar. Por limites, o ditador não podia revogar ou alterar a constituição, declarar guerra, onerar tributos, nem assumir a jurisdição civil. Seu poder durava até seis meses ou até o cumprimento da missão. (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1909, p. 368; Dyzenhaus, 2008, p.2013)

Essa instituição tinha fisionomia constitucional, caracterizada por pluralidade das assembleias e das magistraturas, organização colegiada (com direito de veto) e duração breve. Perdeu sua eficácia quando as guerras ficaram mais longas e disputadas, passou a ser acionada mais vezes e para temas distantes da superação de crises graves. A Ditadura Romana regravava a suspensão temporária da ordem constitucional, para sua integridade e a permanência, com autorização do Senado (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1909, p. 368)

Nesse sentido, a “compulsão da legalidade” pode provocar dois ciclos distintos de legalidade: virtuosos ou degenerados. No primeiro, há uma “concepção substantiva do estado de direito”, com entidades que cooperaram entre si para controlar os agentes públicos, visando garantir o princípio da legalidade. No segundo, a legalidade assume caráter cada vez mais formal ou vazio, bastando a mera aparência ou a pretensão de legalidade, subverte o constitucionalismo. (Dyzenhaus, 2012, p.453).

A chave reside no mecanismo de controle dos atos emergenciais. Depende de os controladores (juizes, membros do legislativo, cortes de contas e etc) adotarem a abordagem interpretativa com foco na substância dos atos e fatos. Avaliar causas, recursos disponíveis, a proporcionalidade, o contexto temporal e medir as possíveis consequências (antes do ato) e as efetivadas. A ordem jurídica deve projetar desenhos institucionais capazes de habilitar o “ciclo virtuoso”. (Dyzenhaus, 2012, p.446; 453).

Dyzenhaus (2012, p.453-457) propõe o seguinte ciclo virtuoso: comissões parlamentares para ouvir o Executivo sobre a existência de emergência pública, cujo acesso, inclusive ao material de fundamentação, poderia ser liberado aos juízes em revisão. Ocorre que a “regra de declaração clara”<sup>26</sup> não faz sentido sem uma efetiva e substancial revisão dos atos executivos, mesmo após a autorização legislativa sobre a emergência. Isto obriga motivações preocupadas com o Estado Democrático de Direito, do contrário, verte-se à legalidade restrita de Schmitt (1989). (Dyzenhaus, 2008, p.2024).

Outra ponto seria que os direitos podem ser derogados, em caso de emergência pública, mas não suspensos. A suspensão pressupõe a não vigência do *Estado de Direito*, enquanto a derrogação deve ser declara expressamente, de modo que tudo que não fora derogado, está em vigor. Diferente da suspensão, a derrogação fortalece os mecanismos de monitoramento sobre atos do governo por organismos internacionais, quanto aos direitos inderrogáveis. (Dyzenhaus, 2012, p.452; 459-460).

Outra alternativa de desenho institucional seria um Judiciário apoiado por pessoas com experiência na questão político-administrativa em comento, colocando experiência e técnica à sua disposição. Mas, o Judiciário foi pensado para solucionar conflitos, não tem estrutura para gerir grandes e urgentes crises coletivas. (Dyzenhaus, 2012, p. 457).

Para Nonet e Selznick (2010, p.30; 39), a cooperação seria mais adequada à forma de interação da atual sociedade de organizações, pois eleva a segurança das partes e a participação democrática. Eles percebem uma mudança de uma moralidade de regras para uma de cooperação, “um “ethos de resolução de problemas” oposto a “uma moralidade de restrição, que impõe soluções e limita alternativas”<sup>27</sup> (KRYGIER, 2008, p.11)

Apesar da proeminência do Executivo em momentos de emergência, seja por sua capilaridade no terreno; capacidade instalada e eficiência, ele

---

26 Hoje chamaríamos de “regra de declaração clara”, a regra de que o legislador deve expressamente delegar autoridade para infringir direitos fundamentais. O contexto da citação de Lord Shaw se refere a um regime de detenção criado por regulamento na Segunda Guerra Mundial, na Inglaterra, com base na lei de Consolidação da Defesa do Reino de 1914, apesar de tal tipo de regime não ter sido previsto nesta norma. Assim, a derrogação do *habeas corpus* não poderia, para Shaw, ser considerado um caso de discricionariedade do executivo, mas submetido a debate parlamentar. (Dyzenhaus, 2012, p.453-454);

27 Tal *ethos* e moralidade cooperativos se ajustariam melhor ao Estado de Direito, pois rejeita decisões arbitrárias e pressiona por justificativas, perquirindo a autoridade de propósito e valorizando o participante competente. (KRYGIER, 2008, p.11; COSENZA, 2022, p.70).

não deve ser um artista solo. Legislativo, Executivo e Judiciário participam de um projeto constitucional comum, em colaboração e exercendo o sistema de freios e contrapesos, uns sobre os outros. Em lugar de atuações e diretrizes independentes; e de argumentações de prevalência de função, carece-se de flexibilidade e cooperação na definição das políticas públicas de emergência; bem como no controle prévio e concomitante da Administração Pública. (CASAMASSO, 2017, p.263; COSENZA, 2020, p.71; 153).

Propõe-se, então, um controle responsivo<sup>28</sup> dos poderes emergenciais, exercido em conjunto pelos três poderes da República, pelos órgãos de controle e pela sociedade, numa visão sociológica, como alternativa. Afinal, as competências não são exclusivas, mas complementares e a participação, discurso democrático, é saudável.

Grupos de trabalho cooperativos podem acompanhar administrativamente os trabalhos em estado emergenciais ou por norma positivada. Na composição devem estar membros dos Legislativo, do Executivo e do Judiciário; membros com responsabilidade de *custos legis* (no Brasil: o Ministério Público), representante técnicos dos setores público e privado; além de representantes do povo (grupos de interesse afetados pela emergência), monitorar os atos de gestão e serem ouvidos pelo Executivo, promovendo ajustes nos procedimentos futuros. Em caso de abertura de ação judicial, o grupo de trabalho pode atuar na prestação de informações, em auxílio, além das ferramentas já disponíveis. Tem-se um projeto constitucional para o bem comum. (Cosenza, 2022, p.104-105; 241-243; Dyzenhaus, 2012, p. 457; Nonet; Selznick, 2010, p.25-35).

## Conclusão

Pode ser assustador como o mandato do chefe do executivo se apresenta cada vez mais livre de restrições; como é cada vez maior o número de demandas não padronizadas pelos modelos de regras (complexas) e, por consequência, aumenta-se o espaço de atuação discricionária do Estado. A complexidade da vida impede que o legislador atue na produção de normas prevendo todas as possibilidades da vida real. Assim, o controle dos atos de gestão, mediante os princípios do sistema jurídico mostra-se como alternativa adequada tanto para encontrar uma solução, quanto para orientar os procedimentos e a revisão destes.

---

28 Para Nonet e Selznick (2010, p.30; 39), sobre responsividade das organizações, a racionalidade da sociedade moderna exige “legitimidade centrada em legalidade viva”, trata-se do “princípio de que o exercício do poder deve ser justificado”, logo “devem ser apresentadas razões para defender atos oficiais”.

O Estado de Direito revela-se como um sistema evolutivo, cuja pretensão de melhoria e boa forma são permanentes. Assim, foi demonstrado que a busca permanente da realização dos valores e aspirações da Sociedade é necessária; bem como mola impulsadora das garantias fundamentais, mesmo com um crescente alargamento deste rol. Ocorre que, as sociedades evoluem e exigem níveis de justificativas mais trabalhados e exigentes, a cada dia.

Independente de opiniões, as emergências são fatos reais da vida que exigem a atuação célere, eficiente e o mais acertada possível. Lidar com esta aleatoriedade da vida também está dentro do Estado de Direito, seja através de derrogações decorrentes da ponderação de interesses, garantias, recursos existentes e prioridades; seja através da adaptação das estruturas existentes, de modo a dar-lhes a capacidade de acompanhamento, revisão democrática e cooperação, pois, entre os poderes do Estado, não há lados vencedores ou perdedores, mas partes de um todo que deve trabalhar para o bem comum. A Cooperação tem grande potencial para ajustar as disfunções burocráticas, voltando-as à entrega de resultados; bem como para a união de esforços entre estas partes.

## Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, V.113, n,3, pp.642-729, jan. 2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021. <https://doi.org/10.2307/1342286>
- ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade C. de. Cerl Schmitt: um teórico da exceção sob o Estado de Exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez. 2012. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2012v105p225 Acesso em: 15 set. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. (1925). *Tempos Líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2007.
- BODIN, Jean. Das verdadeiras marcas de soberania. Cap. X, p. 289 - 328. In BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Livro primeiro. Paris, 1576. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone editora, 2011.
- CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Limitação e Governabilidade: breves considerações acerca da ambivalência do poder executivo. In

- VAL, Eduardo et al. *Atualidade do Direito Público*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017. p.263-280. Disponível em: [https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2018/05/Atualidade\\_do\\_direito\\_publico.pdf](https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2018/05/Atualidade_do_direito_publico.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.
- COSENZA, A. M. M. M.; COSENZA, C. H. S. A real polêmica da lei nº 13.655/18: Identificando os sujeitos que disputam poder na arena principiológica. In: ANDRADE, D. F. *Tópicos em Administração*. v. 19, pp. 235-248. Belo Horizonte: Poisson, 2019. Disponível em: <https://poisson.com.br/2018/produto/topicos-em-administracao-vol-19/>. Acesso em: 15 mai 2022.
- COSENZA, A. M. M. M. *Direito Administrativo Responsivo: medo e governança pública eficiente, a partir de Nonet e Selznick*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.
- DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. *Novos Estudos Jurídicos*, vol.11, n.1, p.9-25, jan-jun 2006. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/418/360>. Acesso em: 15 out. 2021.
- DITADURA. STOPPINO, Mario. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. vol. 1. 11ª ed. Brasília: UNB, 1909. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2938561/mod\\_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2938561/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf). Acesso em: 04 jul. 2024.
- DYZENHAUS, DAVID. Schmitt V. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? (21 ago. 2008) *Cardozo Law Review*, Vol 27, p. 2005-2040, 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1244562](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1244562). Acesso em 01 jul. 2024.
- DYZENHAUS, David. States of emergency. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press: 2012. p. 442-462.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n 2, april/2004, p. 210-239. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>. Acesso em: 30 jun. 2024.
- GIACOMUZZI, J. G. As raízes do realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no Direito dos USA. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.239, 359-388. Jan/Mar, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43873>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- JONES, Harry W. The Rule of Law and the Welfare State. *Columbia Law Review*. n. 58, p. 143-156, 1958.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRYGIER, M. E. J. Philip Selznick: Incipient Law, State Law and the Rule of Law. J. van Schooten & J. M. Verschuuren (eds.). *The State Legislature and Non-State Law*, nov. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1219022](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1219022). Acesso em: 06 jul. 2024.
- LAZAR, Nomi Claire. *States of Emergency in Liberal Democracies*: Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 1-12.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil, 1689. Trad. de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. *Revista Colunistas de Direito de Estado*, n. 289, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 30 out. 2021.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade*: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.
- SADDY, André. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>. Acesso em: 10 set. 2021.



## 8. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: PRESERVAÇÃO HEGEMÔNICA, CONTRARREVOLUÇÃO PREVENTIVA E ELITES ORGÂNICAS, UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

*Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro*

### Introdução

Sob cabedal teórico contido na ideia de política judicializada, se evidenciam modelos diferenciados de decisões judiciais em que a noção de politização da justiça destaca os valores e as preferências políticas de agentes não apenas como condição, mas também como efeito da expansão do próprio poder judicial, isto é, o caráter substantivo deste tema está situado sobre o comportamento judicial e a sua relação com o contexto histórico e político. Dessa maneira, tendo em vista as abordagens analíticas no debate sobre a “judicialização da política”, este trabalho se aninha às perspectivas de análise teórica as quais atrelam o respectivo tema aos interesses econômicos globais.<sup>29</sup>

A partir destas perspectivas, são adotadas as teses políticas da *auto-preservação hegemônica*, na análise do cientista político canadense Ran Hirschl, e da *contrarrevolução preventiva*, no ensaio do historiador brasileiro Renato Lemos, para lançar alguma luz sobre a expansão global do

---

<sup>29</sup> O presente trabalho não se orienta pelas abordagens tradicionais ao tema da judicialização da política. O ensaio aqui proposto confere acento ao fenômeno da expansão global do poder judiciário buscando oferecer um tipo de abordagem o qual não esteja restrito ao comportamento judicial e muito menos aos modelos usuais de análise. No tipo de abordagem proposto, se busca sublinhar o comportamento político de juristas e magistrados para além de suas instituições e suas atividades corriqueiras. O contexto de ação para esses agentes não se resume ao âmbito profissional e tão pouco ignora a incidência de interesses políticos e econômicos.

poder judiciário no caso brasileiro. Assumindo uma tomada ensaística e de cunho sócio-histórico para abordar este objeto situado entre os campos do direito e da política, a pretensão é de indicar possíveis caminhos para a pesquisa no âmbito do direito considerando a arquitetura conceitual fornecida pelos trabalhos do cientista político uruguaio René Dreifuss ao se admitir a categoria de *elite orgânica* para se investigar a trama dos interesses mais amplos contidos no fenômeno da expansão do poder judicial a partir do Brasil.

Neste sentido, será suscitada a forma de exercício da dominação de classe no país em compasso às mudanças políticas e sociais ocorridas entre as décadas de 1970 e 1990, período histórico esse em que a sociedade brasileira como um todo experimenta uma transição entre regimes políticos. Desse modo, ao passar da forma política assumida por uma ditadura cívico-empresarial-militar à uma forma democrática liberal-periférica, se faz necessário superar perspectivas analíticas limitadas à política institucionalizada de modo a enfrentar o caráter orgânico e transnacionalizado contido na nova forma pela qual o poder de classe passou a ser exercido, poder este o qual estabelece a ação política estratégica como elemento indispensável a preservação de interesses hegemônicos, tanto local quanto globalmente.

## 1. A tese da *autopreservação hegemônica* e o caso brasileiro

Como apontado pelo cientista político canadense Ran Hirschl (2004),<sup>30</sup> a partir das reformas constitucionais realizadas em diferentes ordens políticas no último quarto do século XX passou-se a um deslocamento de poder das instituições representativas – os poderes Executivo e Legislativo – às judiciárias. De acordo a sua tese, as reformas judiciais sob a égide da constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade seriam consequência de um arranjo político estratégico levado a cabo por classes sociais dominantes as quais veriam como uma “ameaça” a ampliação de direitos oportunizada pelo paradigma institucional do modelo de Estado de bem estar social, modelo este em declínio já ao final da década de 1960.<sup>31</sup>

---

30 A tese da “*self-interest hegemonic preservation*”, ou “*hegemonic preservation thesis*”, se encontra em HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: First Harvard University Press, 2004. Aqui se opta pela utilização do conceito sociológico de *classe social* ao invés da formulação proposta pelo autor que parece melhor se coadunar à chamada nova *teoria das elites*.

31 Para um breve panorama teórico de paradigmas históricos envolvendo o

Neste diapasão, o insulamento de preferências políticas dessas classes sociais contra o exponencial aumento de demandas por direitos seria o fundamento da tese de Hirschl. Ao conceber a expansão de poder pelos órgãos judiciais mediante os novos processos de constitucionalização como estratégia política para preservar “interesses hegemônicos”, o autor indica o reconhecimento por parte das classes dominantes de seus interesses não serem mais compatíveis aos da maioria da população. Assim, um “novo constitucionalismo”, em termos de legitimação política, passa a atender como espécie de subterfúgio necessário à consecução de interesses específicos em plena dificuldade por não mobilizarem as maiorias sociais.

Segundo a tese de Hirschl, a progressiva transferência de poderes decisórios dessas instituições representativas para as instituições judiciárias, substituindo a negociação política pelo julgamento e passando do voto popular à sentença judicial, é aquilo que conduz à uma “democracia judicial” ou à uma “juristocracia”. Desse modo, sob a assunção da forma política democrática ajustada aos interesses políticos dominantes, a qual substitui a vontade popular representada em parlamentos pela decisão judicial forjada em tribunais, essas reformas constitucionais passam a engendrar dispositivos inerentes à uma nova doutrina política a ser implementada nos ordenamentos jurídicos de Estados periféricos, como no caso brasileiro.

Embora o trabalho de Hirschl não faça referência direta ao Brasil, o contexto histórico em que são relatados casos como o da África do Sul, por exemplo, remetem ao brasileiro em meio a elaboração da Constituição Federal de 1988. Em linhas gerais, esta nova Constituição concederia ao Supremo Tribunal Federal (STF) prerrogativas as quais o transformaram no principal árbitro das disputas políticas, alçando tal instituição à uma maneira de representantes políticos das classes dominantes angariarem resultados não obtidos pelas vias eleitoral e parlamentar. É sobre os elementos ao redor desta forma de ação política das classes dominantes brasileiras que este trabalho se dedica.

Neste sentido, mais recentemente, a pesquisadora Flávia Santiago Lima (2018) tentou apontar os pressupostos daquilo que atribuiu como manifestação da “juristocracia” no país. Propondo a compreensão de fatores que permitiriam a expansão do papel do STF durante a transição entre regimes políticos e em meio aos debates constituintes (1987-88),<sup>32</sup>

---

exercício público da proteção social, recomenda-se FIORI, José Luís. *Estado de bem-estar social: padrões e crises*. Rio de Janeiro: Physis, vol. 7, n. 2, 1997, pp. 129-147.

Lima decidiu aplicar a tese política de Hirschl na qual a participação de determinados segmentos nesse processo teria como objetivo a ampliação de seu poder na ordem futura. A autora então sustentou que os juristas, especialmente juízes, foram construtores ativos desse tipo de arranjo ao defenderem um modelo para o exercício da jurisdição constitucional capaz de incrementar o incipiente controle concentrado de constitucionalidade.

Neste “arranjo” que confiou ao STF a tarefa de “guarda da Constituição”, Lima apontou a incidência da transferência de poder em reforço da magistratura não como fruto de um processo isolado, mas sim do acordo entre as diversas forças políticas em conluio aos interesses de juristas e magistrados os quais assumiram os riscos dessas modificações por acreditarem na melhora de suas posições a partir da nova ordem.<sup>33</sup> De todo modo, ao enfatizar a existência de um “acordo”, a autora fez referência direta apenas aos interesses relativos aos juristas e à magistratura, deixando a descoberto os demais interesses políticos envolvidos:

A hipótese da autopreservação hegemônica, formulada por Ran Hirschl como explicação para a juristocracia, é confirmada no sistema brasileiro, no que concerne à participação de juristas e juízes na Assembleia Constituinte, por meio dos mecanismos regimentais e também de intenso *lobby* político, como mostra a historiografia. A despeito das divergências entre acadêmicos e representantes das distintas inclinações ideológicas quanto ao formato, competências e composição da instituição, as preferências dos ministros recaíram sobre a manutenção do desenho então

---

32 Ver LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Revisitando os pressupostos da Juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 63, n. 2, mai./ago. 2018, pp. 145-167. Vale frisar a “historiografia” brasileira de fato ainda ser escassa sobre a mobilização de juristas na Constituinte.

33 Sob o contexto do processo de expansão global do Judiciário entre os anos de 1980 e 1990, Fabiana Luci Oliveira investigou “as relações do STF com a política no período de transição” a partir do controle abstrato de constitucionalidade. Ao analisar as Representações de Inconstitucionalidade entre 1978 e 1988, concluiu o tempo do tribunal dedicado à agenda de direitos sociais, civis e difusos ocupar modestos 5%, revelando a escassez de temas ligados à sociedade civil e aos direitos em contraposição a temas ligados, por exemplo, aos interesses da própria magistratura (p. 93). Ver OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Agenda decisória do Supremo Tribunal no período de transição democrática: judicialização da política?*. São Paulo: Plural, v. 26.2, ago./dez., 2019, pp. 74-95.

vigente e ampliação de suas competências. A influência dos juristas era esperada numa Constituinte que contou com expressivo percentual de advogados entre seus membros, instaurada sob os influxos da efervescência de teorias jurídicas e da esperança nas potencialidades do projeto constitucional (LIMA, 2018, p. 164).

## **2. A *contrarrevolução preventiva* e os interesses dominantes no Brasil**

Na conclusão de seu estudo, Lima asseverou que juristas e magistrados seriam participantes e beneficiários diretos daquele contexto de fortalecimento do Judiciário, restando saber quais os interesses específicos foram e são mobilizados na adesão ao “protagonismo judicial”. Nesse limite, um elemento útil à compreensão, coadunando então à tese de Hirschl, pode ser extraído de ensaio elaborado pelo historiador Renato Lemos (2014) quando dos cinquenta anos do golpe de Estado de 1964.<sup>34</sup> Em balanço desse período da história política brasileira, o autor estabeleceu uma periodização temporal incluindo um processo histórico de longa duração, entre 1964 e 1989, envolvendo a ação política de “importantes segmentos das classes dominantes”:

Para importantes segmentos das classes dominantes, o problema transcendia o governo [...], localizando-se no próprio regime político, ou seja, na forma de exercício da dominação de classe. Enquanto o regime democrático por elas construído não passou de um jogo restrito aos seus representantes políticos, diretos ou indiretos, foi considerado satisfatório. Contudo, em face da crescente ativação popular nas ruas, nos campos e no Parlamento, as classes dominantes recorreram ao seu repertório de alternativas estratégicas, onde se destacava outro tipo de democracia, mais forte e elitista do que a realmente existente, mais conveniente às necessidades do capital multinacional e associado e adequada a um mundo em que a ideia democrática era o referencial legitimador da dominação política. Para chegar a ela, foi, entretanto, necessário aceitar que, por meio do golpe de 1964, ajustassem contas com o governo forças políticas das mais diversas naturezas, todas integrantes da frente golpista que se formou [...] (LEMOS, 2014, p. 126).

---

34 Ver LEMOS, Renato Luís do Couto Neto e. *Contrarrevolução e ditadura: ensaio sobre o processo político brasileiro pós-1964*. Niterói: Marx e o Marxismo, v. 2, n. 2, jan./jun. 2014, pp. 112-138.

A partir dessa “forma de exercício da dominação de classe”, Lemos recobrou a análise empreendida pelo politólogo argentino Guillermo O’Donnell (1987) sobre a “ativação do setor popular urbano como uma fonte de percepção [pelas classes dominantes] do risco iminente de ruptura do capitalismo”.<sup>35</sup> Segundo o historiador, por esta “ativação política” se entende não apenas a presença do setor popular no cenário público, mas também sua tendência ao exercício contínuo por meio de eclosões de protestos cujo sustentáculo político se dá numa organização insubordinada ao Estado e às classes dominantes, oferecendo riscos à ordem social. É esta “percepção de risco” que coloca a *contrarrevolução preventiva* como um elemento articulador do quadro geral para aquele período da história política brasileira.<sup>36</sup> Em chave interpretativa formulada por esta tese, as contradições históricas inerentes à relação política entre as forças sociais do capital e do trabalho impõem que a preservação dos privilégios do capital passe a depender do relativo enfraquecimento político da força que lhe é antagônica, e que conserva-lo significa a manutenção das condições necessárias à uma efetiva dominação de classe:<sup>37</sup>

[...] a consumação formal da meta estratégica do processo contrarrevolucionário que teve no golpe de 1964 seu ponto de virada deu-se com a Constituição de 1988, que significou a pactuação de outro regime, sob a direção dos representantes políticos das classes dominantes. Trata-se, numa definição provisória, de uma construção híbrida, que combina traços liberal-democráticos e democrático-autoritários. Seu texto consagra avanços significativos em termos da ampliação da base representativa da dominação classista [...] e em termos da liberdade de organização popular [...]. Por outro lado, superdimensiona o papel das Forças Armadas, preservando muitas de suas prerrogativas. A Carta de 1988 representa,

---

35 Ver O’DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários*. Trad. Cláudia Schilling. São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 22 e p. 63, nota 11.

36 Recomenda-se, além da referência em FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. – 1ª ed. – São Paulo: Zahar, 1976, as passagens de MARCUSE, Herbert. *Ideias sobre uma teoria crítica da sociedade*. Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 116; e MORSE, Richard. *A volta de McLuhanaíma: cinco estudos solenes e uma brincadeira séria*. Trad. Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 57.

37 Lemos remete esta passagem diretamente a MORAES, João Quartim de. “O argumento da força”. In: OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de et al. *As Forças Armadas no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço & Tempo, 1987.

ainda, a concretização de uma reforma proposta pelos críticos da democracia liberal desde [...] o início do século XX: o reforço dos poderes do Executivo. [...] Importantes traços contrarrevolucionários preventivos são encontrados no regime democrático brasileiro balizado pela Constituição de 1988 e atualizados pelas ondas revisionais [...]. As reformas adequaram parcialmente a estrutura do Estado brasileiro à perspectiva neoliberal que se tornara dominante (LEMOS, 2014, p. 135).

Como pode-se aduzir, haveriam pontos de contato entre estas duas teses, a da *autopreservação hegemônica* e da *contrarrevolução preventiva*, em que pese a forma de exercício da dominação de classe no Brasil, entretanto, ainda resta apurar aqueles interesses específicos mobilizados na adesão a um “protagonismo judicial”. Colocada esta direção, e considerando a atual Constituição como produto acabado da etapa final de um processo histórico de longa duração iniciado em 1964, também é preciso salientar este mesmo processo conformar uma transição não apenas entre dois regimes políticos, mas entre “modelos de desenvolvimento econômico e social”.<sup>38</sup> Considerando este ponto, ao focalizar a história econômica brasileira entre 1980 e 1994, mais especificamente a partir de 1990, são definidas politicamente as diretrizes estratégicas na direção de um modelo econômico liberal,<sup>39</sup> diretrizes estratégicas essas próprias da ação política dos interesses dominantes os quais prescindem de meios jurídicos.

---

38 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, n. 23, nov. 2004, pp. 115-126. Tendo em vista uma tomada analítica no debate teórico sobre judicialização da política, o autor aponta àquelas perspectivas as quais atrelam a judicialização da política aos “interesses econômicos globais”, como em Boaventura de Sousa Santos (2001) o qual, baseado nos dados do Banco Mundial, menciona que “[a] reforma judicial é um componente essencial do novo modelo de desenvolvimento e a base para uma boa governação, devendo, por isso, ser a prioridade do Estado não intervencionista. A administração da justiça é essencialmente um serviço prestado pelo Estado à comunidade, de maneira a preservar a paz social e facilitar o desenvolvimento econômico por meio da resolução de conflitos”; levando-o à concluir que “[de] todos os consensos liberais globais, o do primado do Estado de Direito e do sistema judicial é, de longe, o mais complexo e intrigante” (p. 117).

39 GONÇALVES, Reinaldo. *Desenvolvimento às avessas: verdade, má fé e ilusão no atual modelo brasileiro de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: LTC, 2013. Para o autor, o “Modelo Liberal Periférico” (MLP) foi estabelecido no Brasil a partir dos anos de 1990. Este “modelo de desenvolvimento” seria “liberal” por se estruturar a partir da liberalização das relações econômicas internacionais e também da implementação de reformas administrativas que implicam na recon-

### 3. Interesses dominantes, poder de classe e elites orgânicas

Para desvendar como interesses daqueles indivíduos politicamente dominantes nas sociedades contemporâneas se organizam e desenvolvem uma forma de luta social destinada a perpetuar seus privilégios ou conquistar novas posições políticas, requer-se compreender a forma de exercício manifestada pelo “poder de classe”:<sup>40</sup>

[a] questão de exercício do poder de uma classe não se esgota com a história de confabulações e conchavos, de eleições e diretrizes de governo, nem a luta política é só aquela ostensiva, que se trava nos partidos e através destes ou das mobilizações militares e de rua. Estes são somente alguns dos recursos e momentos da política. Luta das mais importantes é aquela que se trava durante o preparo para a ação, pela potencialização dos atores, no decorrer da “normalidade”, no dia a dia da intervenção ‘fria’ e persistente no conflito de classes, na ação diária, constante, sistemática, nos campos ‘frios’ da política. No contexto destas preocupações, poder significa [...] a capacidade de exercer essa ação política de forma ininterrupta ou com descontinuidades menores, num movimento de pinças, envolvente, político-ideológico, sempre reproduzindo e ampliando as bases de atuação para conquistar, salvaguardar e consolidar posições. Isto, obviamente, implica em desarticular, conter e esvaziar o adversário, utilizando para tal mecanismos de autoridade e de força, por meios legais e legítimos ou mesmo pela ruptura institucional, isto é, dentro das regras do jogo, ou até quebrando todas as normas, se for indispensável e possível. [...] não só observar como se encaminham soluções aos conflitos gerados no interior de um equilíbrio de forças existentes, [...] discernir como se criam relações de poder radicalmente novas numa ação não oposta ao real, mas extraída dele. A grande política inte-

---

figuração da intervenção estatal na economia sob um processo de desregulação; e seria “periférico” por se tratar de uma forma específica para realizar as políticas econômicas da doutrina neoliberal em países ocupando posição subalterna no sistema econômico internacional mediante a dominação de um “capital financeiro” em suas dinâmicas macroeconômicas (p. 57). Frisa-se aqui que a noção de “capital financeiro” sofrer críticas cuja abordagem fugiria ao escopo deste trabalho.

40 Ver DREIFUSS, René Armand. *A Internacional Capitalista: estratégias e táticas do empresariado transnacional (1918-1986)*. Rio de Janeiro: Editora Espaço e Tempo, 1986. Neste trabalho pioneiro, o cientista político uruguaio se debruça sobre uma “interconexão e a ação política das elites orgânicas transnacionais” em abordagem original com suporte de ampla pesquisa documental.

gra os vários níveis de reflexão: estratégia e tática, campanha, manobra e batalha, conjuntura e processo, conservação de estrutura e transformação; política parlamentar, do cotidiano e política de Estado, entre outras (DREIFUSS, 1986, p. 22).

A partir da abordagem proposta acima, para compreender a forma assumida pelo exercício do “poder de classe” no arranjo político matizado pela Constituição Federal de 1988, além de ter-se em conta as transformações estruturais na economia brasileira do período, é fundamental assimilar a “crise orgânica” daquele momento na qual frações das classes dominantes buscavam constituir uma coesão interna de modo a exercer sua influência na nova ordem política. Talvez este seja um traço que escape ao estudo feito por Lima (2018), mas que as teses em Hirschl (2004) e Lemos (2014) procuram remeter, especialmente quando abastecidas pela abordagem de Dreifuss (1986).

Tal abordagem aponta ao conceito de uma “elite orgânica”, isto é, o conjunto articulado de agentes político-ideológicos especializados no planejamento estratégico e implementação de ações cujo grau de conexão com suas matrizes sociais é conferido pela qualidade orgânica da eficiência e do dinamismo com que estabelecem uma unicidade organizacional e política capaz de superar a diversidade ideológica interna, unicidade esta a qual passa a ser incorporada tanto num programa de ação quanto em um projeto de Estado.<sup>41</sup>

A substância “orgânica” conferida a uma “elite”, portanto, se refere à forma estruturada pela qual esta exerce seu poder diante do caráter deliberado e planejado de sua intervenção política. Logo, tomando emprestada a análise de Dreifuss, a organicidade encontrada nesta “elite” prescinde tanto da criação de um órgão capaz de visualizar objetivos estratégicos e táticos em cenários políticos modificáveis, atuando assim como uma espécie de “núcleo de vanguarda político-intelectual”, quanto de um órgão subjacente a este o qual precisa operacionalizar aqueles objetivos ao modificar as relações de forças por intermédio de sua ação, ou seja, uma espécie de “braço operacional” vinculado à uma classe, bloco ou fração de classe.

---

41 Ver MELO, Demian Bezerra de; HOEVELER, Rejane Carolina. *Muito além da conspiração: uma reavaliação crítica da obra de René Dreifuss*. Rio de Janeiro: Tempos Históricos, v. 18, 1º semestre de 2014, pp. 13-43. Estes autores destacam que, para Dreifuss, a “elite orgânica” supera a forma partidária tradicional uma vez que enquanto partidos visam ao governo, “elites” almejam o Estado (pp. 25-26).

Com efeito, é este “núcleo de vanguarda” que estabelece a mediação garantidora de uma unidade cuja ação político-ideológica permitirá à classe, bloco ou fração polarizar sob seu controle um conjunto de grupos subalternos na formação de uma “frente móvel”. Esta “frente móvel” volta à ação política viabiliza a inserção político-ideológica e a conversão de projetos classistas particulares em demandas gerais, sociais ou nacionais.<sup>42</sup> Desse modo, uma “elite orgânica” não apenas se encarrega do planejamento estratégico da ação política, ela também articula e operacionaliza um conjunto de táticas e manobras para otimizar suas condições, meios e recursos em antecipação aos movimentos de seus adversários, e o faz para reduzir ao máximo o imponderável diante do jogo político.

#### 4. A reorganização das forças dominantes no Brasil e a Constituição de 1988

As contribuições de Dreifuss lançam luz sobre os meandros desta forma de exercício do poder a qual costuma escapar em muitas das análises que não apenas políticas. Além de seu esforço de pesquisa sobre a formação, organização e atuação de *elites orgânicas transnacionais* no século XX, há apontamentos sobre a articulação empreendida ao redor da Constituição de 1988 quando da tentativa de “reorganização das forças dominantes” no Brasil sob os moldes de uma elite orgânica:<sup>43</sup>

A empreitada das classes dominantes ganharia um sentido mais amplo ainda. Tratava-se de *ativar o potencial estratégico* de classe, e para isso, não bastavam os diversos e tradicionais órgãos de estudo e análise econômica, ou de assessoria e *lobby* [...]. Da mesma forma, já não era suficiente o trabalho propagandístico e político dos sindicatos patronais e outras

---

42 Melo e Hoeverler indicam que este “poder de classe” estaria estruturado em três níveis de acordo ao seu grau de organização, capacidade, área de atuação, objetivos e bases sociais. Segundo os autores, as *unidades de ação* englobariam grupos táticos visando alvos específicos e fins limitados dentro de uma estratégia maior ao serem direcionados a ações conjunturais e de menor alcance; as *centrais de ideias e pesquisas* constituem segmentos auxiliares e de assessoria em um leque limitado de questões, muitas vezes ligados à formulação de políticas públicas, mas que também podem servir como um “celeiro de recrutamento de quadros”, quadros os quais possam se tornar futuros membros dessas elites orgânicas; e no topo estariam as próprias *elites orgânicas*, que podem se consolidar sob uma única entidade ou mesmo sob várias (p. 22).

43 DREIFUSS, René Armand. *O jogo da direita na Nova República*. Petrópolis: Vozes, 1989.

organizações, mesmo mais amplas [...]. Certos quadros dirigentes do empresariado começaram um esforço persistente para reativar ou criar organizações empresariais, tendo em vista a necessidade de continuar a influir nas decisões do governo (só que numa situação pluralista e de jogo aberto) e de preparar-se para enfrentar os desafios que a futura Assembleia Nacional Constituinte – um ponto crucial –, parecia lançar. Neste contexto, a intenção dos empresários com maior visão política era de criar órgãos fora dos formatos tradicionais de associação patronal, isto é: não só envolvidos com análise, consultoria e *lobby*, mas também com o planejamento e a coordenação da ação política classista. Pretendia-se, que funcionassem como instâncias das quais uma formação política mais ampla – uma classe, um bloco, uma coligação de forças, à qual pertencem e, em última instância, orientam e estimulam – fosse capaz de *retirar sua referencia ao alterar posições e modificar sua situação* na correlação de forças. Enfim, como *pivôs* de poder e ação política. Os pivôs não são instrumentos estratégicos nem de projeto político, mas conjunturais e de alcance tático-operacional. Sua função é desenhar cursos de ação imediata, discernindo meios e métodos, apoiando e escorando os giros e evoluções ideológico-políticas de sua categoria social. Os pivôs são lideranças provisórias, com objetivos limitados e alvos imediatos [...]. Mas do seu bom desempenho depende o sucesso de uma ação coletiva posterior e mais ampla, já que preparam o terreno para a emergência de estruturas mais ‘densas’, do ponto de vista da ação classista. A forma com que os diversos pivôs das classes empresariais se prepararam e agiram para eleger seus representantes constitucionais [...], foi um claro exemplo do seu poder político: uma expressão integrada de meios de propaganda, capacidade doutrinária, músculo para a coação econômica, apoio ministerial, recursos técnicos, políticos e humanos, que foram predispostos eficaz e eficientemente para as suas batalhas políticas (DREIFUSS, 1989, pp. 49-50) – grifos do próprio autor.

Estes apontamentos revelam um ângulo pouco observado sobre esta forma de intervenção política. É sob este ângulo “mais sociológico”, conforme revelam autores como o estadunidense Bryant Garth (2016),<sup>44</sup>

---

44 Ver GARTH, Bryant. *Brasil e o campo de estudos sócio-jurídicos: globalização, a hegemonia dos Estados Unidos, o papel do direito e reprodução da elite*. São Paulo: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan. 2016, pp. 12-33; DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *The internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002; além de GARDNER, James. *Legal Imperialism*. Wisconsin: Wisconsin University Press, 1980 entre outros. Afinal,

que se aponta à uma “história sobre direito, poder e reprodução de uma elite”. Logo, segundo a avaliação pessoal de Garth, “um relato mais sociológico seria a chave para entender o que aconteceu nos EUA e no Brasil”. Desse modo, ao remeter seu balanço às análises desenvolvidas por Dreifuss, incidiriam ainda mais pistas sobre aqueles interesses específicos na adesão ao “protagonismo judicial” no caso brasileiro.

Como Dreifuss coloca, as mudanças na forma de exercício da dominação de classe pelas elites transnacionais, e também ao considerar seu impacto no processo de reorganização das forças dominantes no Brasil, foi no intervalo entre as décadas de 1970 e 1990 que também se estabeleceram mudanças significativas na agenda jurídica dessas forças dominantes. Seu caráter, inclusive expresso na documentação daquele período,<sup>45</sup> leva à ação política esquadrihada pelo conjunto da obra de Dreifuss.<sup>46</sup> Tal conjunto indica o período condicionar a expansão posterior de inúmeros organismos ajustados aos interesses de classe e conectados à manutenção da própria hegemonia política internacional dos Estados Unidos a América, expansão essa contendo interesses corporativos privados voltados a mudanças políticas as quais prescindem de juristas:

Um ponto de partida para os Estados Unidos é que os advogados de maior prestígio desde o final do século XIX foram advogados corporativos em grandes escritórios de advocacia. Eles permaneceram no topo da

---

“Império da Lei” se confunde ao *imperialismo*.

45 Ver HOEVELER, Rejane Carolina. *Introdução ao Memorando Powell*. Niterói: Marx e o Marxismo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2016, pp. 343-360; e BRAGA, Henrique. *Apresentação do tradutor do Memorando Powell*. Niterói: Marx e o Marxismo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2016, pp. 361-379. É a primeira tradução deste documento em língua portuguesa no país. Intitulado “Ataque ao sistema americano de livre empresa”, publicado em agosto de 1971, tem como autor Lewis Franklin Powell Jr. (1907-1998), então advogado corporativo de prestígio o qual, meses depois, sucedeu Hugo Black (1886-1971) como juiz associado na Suprema Corte dos Estados Unidos. Muito tempo depois da indicação presidencial de Richard Nixon (1913-1994), o documento, de caráter notoriamente anticomunista e anti-New Deal, viria a público, mas até então era desconhecido quando da sabatina de Powell ao Senado estadunidense. Visto como peça convocatória direcionada às grandes corporações nos EUA, teve grande influência na conclamação do empresariado a um movimento de reorganização da sua forma de atuação política.

46 Os principais trabalhos de Dreifuss se interligam, desde a publicação de sua obra seminal, *1964: a conquista do Estado – Ação política, poder e golpe de classe* (1981) até *A Internacional Capitalista* (1986) e *O jogo da direita na Nova República* (1989).

profissão. Eles estão muito próximos do poder corporativo, ao Estado, as escolas de direito de elite e as fundações de elite, como a Ford e a Rockefeller. Parte de sua ascensão ao poder nos Estados Unidos e de sua contínua reivindicação ao poder é que procuram promover e controlar mudanças sociais moderadas. Sua liderança e função social protegem os seus clientes [as grande corporações] e também permitem que os advogados corporativos de elite prosperem. Dessa forma, a elite jurídica protege um *establishment* conectando os poderes público e privado e o direito. Essa elite jurídica nos Estados Unidos também se relaciona às estratégias internacionais e à política externa. Quando os Estados Unidos governaram as Filipinas, por exemplo, os administradores coloniais dos EUA procuraram promover advogados estadistas e advogados corporativos para governar dentro do que seria uma democracia moderada e aberta ao livre comércio e ao investimento. Essa abordagem tornou-se o modelo de ajuda externa dos EUA e influenciou o exterior de maneira mais geral, especialmente após a Guerra Fria [...]. Essa abordagem, incorporada nas fundações filantrópicas e no governo, ajuda a explicar por que havia tanto foco na reforma da educação jurídica fora dos Estados pelas agências e organizações do EUA inclusive no programa de Direito e Desenvolvimento no Brasil. (GARTH, 2016, pp. 9-10)

De acordo a este relato pessoal de Garth,<sup>47</sup> foi a partir dos anos de 1970 que o chamado *establishment* nos Estados Unidos favoreceu reformas judiciais de modo a conter o avanço de “pautas progressistas” na agenda jurídica doméstica, movimento este o qual visava a manutenção da “legitimidade política do capitalismo” desafiada então pelos setores populares. Segundo Garth, os principais escritórios de advocacia envolvidos na promoção daquelas mudanças jurídicas tinham advogados das grandes corporações em seus conselhos administrativos – como Lewis Po-

---

47 O relato pessoal de Garth acaba enviesado ao sustentar este período de mudanças no meio jurídico estadunidense como obedecendo uma clivagem doméstica entre ideias “progressistas e conservadoras” resultando numa divisão das elites daquele país e, deste embate, prevalecerem as ideias conservadoras. Ao considerar a pesquisa de Dreifuss, esta narrativa parece obnubilar a própria participação de Garth no processo enquanto agente ativo, mais exatamente quando inscreve órgãos como as Fundações Ford, Soros e MacArthur em um suposto lado “mais progressista”. Neste sentido, Garth insere os programas “Direito e Sociedade” (*Law and Society*) e “Direito e Economia” (*Law and Economics*) na dicotomia entre “progressistas e conservadores”, muito embora ambos possam ser percebidos como parte de um mesmo esforço político voltado à preservação de interesses classistas contidos no “poder corporativo”.

well. A partir da crise orgânica eclodida na década – conforme o próprio *Memorando Powell* indica, os representantes do “poder corporativo” naquele país viram-se compelidos à imposição de limites em relação às iniciativas jurídicas de cunho “mais progressista”, estas vistas como “ameaça”. Assim, para o autor, e de encontro às análises de Dreifuss, as “posições jurídicas mais conservadoras” assumidas naquele período passaram a estar “mais fortemente” representadas nos Estados Unidos e logo passaram a ser “exportadas para tentar construir influência externa e interna”.

## 5. As relações políticas entre juristas e os interesses dominantes

No caso brasileiro, Garth coloca em questão o “exame dos juristas de elite” enquanto “grupo mais importante da profissão jurídica”. Para o autor, isto quer dizer que estes juristas “estão intimamente ligados ao poder político e econômico de várias maneiras”. A “intimidade” dessa ligação, portanto, perfaz a lacuna a ser preenchida pelas pesquisas, exatamente onde se situam aqueles interesses específicos na adesão ao “protagonismo judicial” os quais foram sugeridos, mas não explicados, por Lima. Simultaneamente, o balanço em Garth abre algumas trilhas em direção a esta lacuna ainda que de forma genérica. Entre as pistas deixadas, sugere um esforço de pesquisa para examinar a assimilação do “novo constitucionalismo” no Brasil, movimento este o qual, segundo Garth, “também é uma importação dos Estados Unidos e da Europa”:

[...] Pesquisas recentes sugerem que o Seminário em Latino-América de Teoria Constitucional y Política (SELA) de Yale e na educação geral dos EUA desempenhou um papel no incentivo ao ativismo constitucional. Javier Couso, escrevendo sobre vários países, cita a influência da Europa e também diz: “a inspiração veio das dezenas de acadêmicos de direito da América Latina os quais começaram a cursar pós-graduação em direito nos Estados Unidos no final da década de 1970, onde foram socializados por seus professores liberais de direito norte-americano sobre as virtudes da lendária Corte Warren. Ele observa que “um indicador final da crescente influência do neoconstitucionalismo na América Latina pode ser visto no enorme interesse que o direito voltado ao interesse público despertou em algumas das mais prestigiadas faculdades de direito da região (...) apoio financeiro de fundações baseadas nos EUA (...) construíram uma rede poderosa”. O papel aprimorado do direito e dos advogados o qual viaja com esse novo constitucionalismo é claro, observa ele, de uma mudança entre grupos de acadêmicos os quais deixam de citar Hans Kelsen para citar Ronald Dworkin como a fonte relevante da teoria jurídica do direito e do Estado. Curiosamente, como observado, há uma

crítica de que este seja apenas tema de uma elite com nova legitimidade. Um crítico interno bem conhecido, Roberto Gargarella, diz que “a antiga estrutura de poder não foi perturbada”. Ela seria relegitimada com conseqüências, mas ainda assim relegitimada. (GARTH, 2016, pp. 15-16).

A partir disso, Garth aponta às evidências “de uma reformulação em relação à mudança da agenda global”, incluindo o surgimento de novos escritórios de advocacia corporativa. Para o autor, estes seriam alguns “indicativos de outras tendências em que juristas notáveis também se vinculam ao ramo dos negócios” no Brasil. Neste sentido, como indica um outro jurista estadunidense, Brian Tamanaha (2010),<sup>48</sup> será no curso da década de 1990 que o programa “Direito e Desenvolvimento”, citado por Garth em relação aos EUA e ao Brasil, sofreu um aumento repentino e considerável sobre seu fluxo de financiamento, contando assim com o suporte de várias organizações. Segundo Tamanaha, este esforço envolveu uma quantidade significativa de projetos ao redor do mundo concentrados, por exemplo, na “melhoria da educação jurídica”, “implementação de reformas judiciais”, “constituição e elaboração de códigos”, “transplante de leis e instituições”, “formação para execução da lei”, “combate à corrupção”, “acesso à legislação” e até a “assistência material à criação de instituições jurídicas”. Os interesses, órgãos e agentes deste “esforço”, portanto, não podem ser ignorados:

[...] financiado ou realizado pelas principais instituições nacionais e internacionais, públicas e privadas, incluindo, de modo proeminente, o Banco Mundial, a Fundação Ford, a Fundação Carnegie para a Paz Internacional, a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional (USAID), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, o Departamento Britânico para o Desenvolvimento Internacional (DFID), O Banco Asiático de Desenvolvimento, a Agência de Cooperação Internacional do Japão (JICA) e muitas outras (TAMANAHA, 2010, p. 176).<sup>49</sup>

---

48 Ver TAMANAHA, Brian Z. *O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Revista Direito GV, v. 6, n. 1, jan./jul., 2010, pp. 175-212. Este trabalho contém um retrato pormenorizado de grande importância à compreensão sobre como estes “programas” ou “escolas” internacionais relacionados ao projeto de “Império da Lei” se organizam e atuam politicamente nos denominados “países em desenvolvimento” (outrora chamados também de “subdesenvolvidos”).

49 Estas instituições em Tamanaha estabelecem relações em paralelo àquelas

No balanço feito por Tamanaha, quando relacionado ao de Garth, deixa exposta a percepção fundamental da investigação conduzida pela escola do Direito e Sociedade como morada original do trabalho que passou a ser conduzido sob o rótulo de Direito e Desenvolvimento. Diante desta situação, Tamanaha sintetizará, de modo eufemístico, que o “trabalho” realizado pelo programa se desdobra na aglomeração de projetos perpetuados por atores motivados e que contam com o apoio de financiamentos. No entanto, em outro ponto contundente de seu texto, fica a mostra a concepção de que nenhum país capitalista avançado – América anglo-saxônica, Europa Ocidental, Japão e também Coreia e Taiwan – está na lista do Direito e Desenvolvimento. Como revelou o próprio autor, a “elegibilidade” para este programa é definida em termos negativos: qualquer país que não tenha sido admitido no “clube” do capitalismo avançado.

Dessa forma, o autor põe em evidência, nas entrelinhas, o real caráter dos interesses contidos nesse tipo de iniciativa política, isto é, os interesses dominantes. Com efeito, o problema em sua argumentação, e de próceres da intelectualidade jurídica estadunidense, é que costumam partir de um pressuposto o qual estabelece as instituições e sociedades daquele respectivo “clube” como as mais próximas de um “modelo idealizado de funcionamento”. Não seria a toa que seja apresentada a seguinte descrição sobre uma suposta “corrente mais conservadora” daquele programa:

O desejo de facilitar o desenvolvimento econômico é a principal motivação por detrás da generosa atenção dada ao Direito e desenvolvimento hoje. Parece que os sistemas jurídicos, nessa perspectiva, são um pré-requisito essencial para o desenvolvimento econômico sustentável. O afluxo maciço de recursos alocados ao Direito e Desenvolvimento na última década [entre 2000 e 2010] tem sido fornecido por instituições cuja principal missão é impulsionar o desenvolvimento econômico. O desenvolvimento do direito se justifica, portanto como meio para alcançar fins de desenvolvimento econômico. O pacote-padrão inclui leis sobre formação de sociedade, valores mobiliários, antitruste, operações

---

envolvidas na *Comissão Trilateral*. Abordada por Dreifuss quando da reorganização da ação política de classe a partir dos EUA nos idos de 1970, se insere no quadro de “ameaça” destilado pelo *Memorando Powell*. Criada em 1973 e atuante até os dias atuais, contando com sedes em Washington, Paris e Tóquio, se trata de um esforço político para a articulação das *elites transnacionais* da América do Norte, Europa e Japão ao redor de seus interesses de classe na política internacional. Um de seus relatórios mais conhecidos foi “A Crise da Democracia” (1975), sob autoria de Michel Crozier, Samuel Huntington e Joji Watanuki.

bancárias, propriedade intelectual, transações comerciais, proteções para investidores estrangeiros e direitos de propriedade e execução do contrato. Essa foi a plataforma do Consenso de Washington, de reformas complacentes para com o mercado, ativamente promovida em todo o mundo nas décadas de 1980 e 1990. Uma designação mais precisa para essa corrente seria “direito e capitalismo”, pois sua orientação é desenvolver regimes jurídicos adequados para participação na economia de mercado global (TAMANAH, 2010, pp. 184-185).

O próprio autor salienta a direção daquilo a ser “desenvolvido” pelo programa, ou seja, uma “receita-padrão” estabelecida ao “sucesso econômico no capitalismo global contemporâneo” que é a de “produzir bens em massa a baixos custos para exportação”. Neste “receituário”, os “padrões” a serem fixados são os habituais e próprios da cartilha neoliberal: “a fim de atrair investidores internacionais que forneçam capital e tecnologia para instalações de produção, os países devem oferecer um amplo serviço de mão de obra disciplinada e baixos salários”, além de “instrução básica, baixos impostos, uma infraestrutura de transportes adequada e proteções para o investimento estrangeiro”. Não obstante, este tipo de proteção “pode ser atendido por meio de acordos para a resolução de litígios em cortes internacionais ou em arbitragem privada – ignorando o sistema nacional de tribunais”, incluindo ainda “garantias críveis oferecidas por funcionários do governo” de que “as instalações produtivas e os lucros não serão expropriados”. Ao fim, acaba-se recaindo na mesma ambiguidade de Garth: a de existir um “contraste” entre vertentes “conservadoras e progressistas” no interior do programa enquanto o “esforço” do qual fazem parte se mostra o mesmo.<sup>50</sup>

## Conclusão

Este trabalho, assumindo a forma de um ensaio, busca imprimir certa dose de realismo político a partir da reflexão histórica sobre o funciona-

---

50 Ao recorrer aos escritos de O'Donnell, Tamanaha parece esquecer que o autor sustentou as reformas legal e judiciária implementadas na América Latina estarem centradas em preocupações de natureza comercial ou financeira as quais exagerariam as vantagens por grupos privilegiados mediante leis e tribunais ajustados aos seus interesses; e também que a dinâmica das relações de poder nesta região implicam em sistemas jurídicos orientados à uma sociedade capitalista a qual estrutura e garante que essas mesmas relações sejam intrinsecamente desiguais. Ver O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. São Paulo: Novos Estudos, n. 51, julho de 1998, pp. 37-61.

mento das instituições republicanas no Brasil contemporâneo. De acordo a este intuito, procurou-se indicar uma lacuna persistente em análises sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro. Estas tendem a desconsiderar ações articuladas por grupos sociais em meio ao jogo político as quais envolvem o poder judicial. Numa abordagem relativa à ação política estratégica, pode-se descortinar a forma como o poder é exercido no meio jurídico. Ao se admitir a categoria “elite orgânica”, se leva em conta um modo de agir muito distintivo dos geralmente abordados nas literaturas política e jurídica tradicionais; e ao chamar atenção a este nível de articulação social voltada ao exercício do poder sob uma perspectiva de classe na atividade judicial, também se estabelece um componente indispensável às análises que estimam trabalhar a partir da totalidade social.

Juristas como Luís Roberto Barroso, por exemplo, integram um rol de agentes conectados à forma como elites orgânicas disputam o jogo político. No ano de 2018,<sup>51</sup> o então ministro declarou “o mundo do direito constitucional” viver um “momento de efervescência” devido uma “intensa interlocução entre acadêmicos e juízes de diferentes países”. Esta “interlocução”, perspectivando ideologicamente um *constitucionalismo global*, faria parte da “migração de ideias constitucionais, de cosmopolitismo, de um discurso transnacional” a qual oculta os interesses políticos relativos às relações internacionais. Afinal, não seria a toa que o termo anglófono corresponda ao título de um seminário anual realizado pela *Yale Law School* nos Estados Unidos desde 1996 e do qual Barroso participa ativamente.<sup>52</sup> Em tempo, a acepção a um “projeto global” está no vértice da obra de Neal Tate e Tobjörn Vallinder publicada em 1995 e a qual disseminou o termo “judicialização da política” no Brasil.<sup>53</sup> A “inter-

---

51 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, vol. 9, n. 4, 2018, pp. 2171-2228. Este texto figurou em diversas revistas científicas especializadas e jornais de grande circulação.

52 Para maiores informações, ver a página do programa: <https://www.law.yale.edu/centers-workshops/gruber-program-global-justice-and-womens-rights/global-constitutionalism-seminar>

53 VALLINDER, Tobjörn & TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995. Influenciando uma linha de pesquisadores sobre o tema no Brasil a partir dos anos 2000, acabou levando ao predomínio de uma abordagem quantitativa a qual não avança sobre o fenômeno da expansão global do Poder Judiciário, mas que privilegia, sim, modelos esquematizados de análise política baseados em procedimentos formais e de caráter estritamente jurídico, como as ações judiciais

locução”, voltada a um “projeto global” portanto, ocultaria a ação política estratégica da qual diferentes juristas participam.

Como percebido, não é possível compreender um “projeto global” quando da ausência de seus responsáveis imediatos – agentes, grupos, organizações etc., de suas relações, e, claro, dos interesses concretos ao seu redor, sejam estes individuais ou coletivos. O mapeamento dessas articulações políticas no âmbito jurídico, por meio das quais se desdobram relações pessoais e profissionais, nos mais variados níveis, conformam objetos imprescindíveis à pesquisa no âmbito do direito constitucional. É nesta direção que trabalhos como o de Dreifuss podem contribuir aos esforços de pesquisa voltados a como operam redes cujos interesses políticos não conformam algo em abstrato, mas sim concreto e material.

Diante da intencionalidade política evidenciada em um bloco histórico de poder, como na reorganização das forças dominantes no Brasil dos anos de 1980 e em sua articulação às mudanças na agenda política das elites transnacionais a partir dos anos de 1970, é este tipo de relação que se tenta pôr a luz em relatos como aqueles de Garth (2016) e de Tamanaha (2010) a partir de “programas jurídicos” inaugurados nos Estados Unidos e em operação no Brasil. Além disso, Bryant Garth e Brian Tamanaha são participantes deste “projeto global” envolvendo o direito, e o qual, em seu viés político, pode ser desnudado com o auxílio da análise dreifussiana. Em sentido contrário, as análises em Dreifuss (1986; 1989), ao focalizarem o empresariado e as suas frações, acabam por ignorar os interesses de classe relativos ao Poder Judiciário e ao próprio uso político do direito.

Em contrapartida, trabalhos como os de Lima (2018), por exemplo, buscam recuperar um tanto as “causas” da chamada “judicialização da política” no cenário brasileiro a partir do período de transição política. Acertadamente, pelo caráter sociológico de seu trabalho, Lima apontou, mesmo incidentalmente, àquela lacuna a ser preenchida pela pesquisa sobre o “protagonismo judicial”. Este trabalho, como salientado ao início, não tentou e nem pretendeu responder à uma questão dessa envergadura, mas indicar possíveis caminhos mais profícuos na tentativa em fornecer algumas respostas. São essas respostas que poderão abastecer o sentido das mudanças políticas naquela conjuntura brasileira e os quais são colocados pelas teses, tanto de Lemos (2014) quanto de Hirschl (2004).

## Referências

BRAGA, Henrique. *Apresentação do tradutor do Memorando Powell*. Niterói: Marx e o Marxismo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2016, pp. 361-379.

- BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, vol. 9, n. 4, 2018, pp. 2171-2228.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, n. 23, nov. 2004, pp. 115-126.
- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *The internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- DREIFUSS, René Armand. *1964: a conquista do Estado – Ação política, poder e golpe de classe*. Petrópolis: Vozes, 1981.
- \_\_\_\_\_. *A Internacional Capitalista: estratégias e táticas do empresariado transnacional (1918-1986)*. Rio de Janeiro: Editora Espaço e Tempo, 1986.
- \_\_\_\_\_. *O jogo da direita na Nova República*. Petrópolis: Vozes, 1989.
- FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. – 1ª ed. – São Paulo: Zahar, 1976.
- FIORI, José Luís. *Estado de bem-estar social: padrões e crises*. Rio de Janeiro: Physis, vol. 7, n. 2, 1997, pp. 129-147.
- GARDNER, James. *Legal Imperialism*. Wisconsin: Wisconsin University Press, 1980.
- GARTH, Bryant. *Brasil e o campo de estudos sócio-jurídicos: globalização, a hegemonia dos Estados Unidos, o papel do direito e reprodução da elite*. São Paulo: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan. 2016, pp. 12-33.
- GONÇALVES, Reinaldo. *Desenvolvimento às avessas: verdade, má fé e ilusão no atual modelo brasileiro de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: First Harvard University Press, 2004.
- HOVELER, Rejane Carolina. *Introdução ao Memorando Powell*. Niterói: Marx e o Marxismo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2016, pp. 343-360.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Revisitando os pressupostos da Juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 63, n. 2, mai./ago. 2018, pp. 145-167.
- LEMONS, Renato Luís do Couto Neto e. *Contrarrevolução e ditadura: ensaio sobre o processo político brasileiro pós-1964*. Niterói: Marx e o Marxismo, v. 2, n. 2, jan./jun. 2014, pp. 112-138.

- MELO, Demian Bezerra de; HOEVELER, Rejane Carolina. *Muito além da conspiração: uma reavaliação crítica da obra de René Dreifuss*. Rio de Janeiro: Tempos Históricos, v. 18, 1º semestre de 2014, pp. 13-43.
- MARCUSE, Herbert. *Ideias sobre uma teoria crítica da sociedade*. Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 116.
- MORAES, João Quartim de. “O argumento da força”. In: OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de et al. **As Forças Armadas no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço & Tempo, 1987.
- MORSE, Richard. *A volta de McLuhanaíma: cinco estudos solenes e uma brincadeira séria*. Trad. Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 57.
- O’DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritários*. Trad. Cláudia Schilling. São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 22 e p. 63, nota 11.
- \_\_\_\_\_. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. São Paulo: Novos Estudos, n. 51, julho de 1998, pp. 37-61.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Agenda decisória do Supremo Tribunal no período de transição democrática: judicialização da política?*. São Paulo: Plural, v. 26.2, ago./dez., 2019, pp. 74-95.
- TAMANAHHA, Brian Z.. *O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Revista Direito GV, v. 6, n. 1, jan./jul., 2010, pp. 175-212.
- VALLINDER, Tobjörn & TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.



## 9. E O ESTADO DE DIREITO? APONTAMENTOS QUANTO À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PERÍODO DE 1964 A 1984 E SEUS REFLEXOS

*Anne Nimrichter Oliveira*

### Introdução

O presente estudo consiste em uma pesquisa não inovadora, exploratória, a qual possui como objetivo geral analisar o processo de constituição do regime militar instituído no Brasil em 1964, os efeitos da política autoritária que se estabeleceu à época, especialmente no que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como os ecos deste período para a constituição do Estado de Direito no país.

A intervenção federal implementada na área de segurança pública do estado do Rio de Janeiro através do Decreto nº 9.288 de 16 de fevereiro de 2018 constitui um forte exemplo. De acordo com dados coletados pelo Observatório da Intervenção, divulgados através do documento “Vozes sobre a intervenção”, em 6 meses, foram contabilizados 2.617 homicídios dolosos, 31 chacinas, 4.850 tiroteios, bem como a lamentável morte de 736 moradores e 51 agentes de segurança. Observou-se, na baixada fluminense, neste período, o aumento de 48% em mortes por ação policial. Ademais, o número de mortes em autos de resistência atingia o número de 233<sup>54</sup>. Neste contexto se verificou, ainda, a ascensão, no pro-

---

54 Vide: COSTANTI, Giovanna. **Intervenção no Rio de Janeiro coleciona fracassos, aponta relatório**: após seis meses, Observatório da Intervenção mostra resultado da atual estratégia: somente na baixada fluminense as mortes por ação policial cresceram 48%. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/--intervencao-no-rio-de-janeiro-coleciona-fracassos-apon-ta-relatorio>. Acesso em 25 set. 2018.

cesso eleitoral, de discursos que pregam o autoritarismo e a intolerância política e social – em especial face às minorias, como mulheres, negros e a população LGBTQIAP+. Cumpre rememorar e compreender, portanto, as bases de nossa formação política e constitucional.

Neste viés, constituem objetivos específicos deste estudo: (I) compreender o contexto em que foi instituído o regime militar no Brasil, além de suas implicações políticas, econômicas e jurídicas; (II) analisar os reflexos da política autoritária sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal; (III) analisar a viabilidade de se tratar, hoje, da existência de um Estado de Direito no país, considerando os ecos de uma política autoritária mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988, considerada garantista.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa do tipo empírico, qualitativo, jurídico compreensivo (Gustin; Dias, 2006, p. 28) e interdisciplinar (Japiassu, 1976, p. 74-75). Será utilizada a técnica da documentação indireta, desenvolvendo-se uma pesquisa documental e bibliográfica.

Por sua vez, no que diz respeito aos instrumentos para sua realização, serão utilizados artigos, livros, estatísticas oficiais e a legislação referente ao tema. Portanto, para fins de pesquisa e análise, serão utilizadas as seguintes fontes: obras, artigos do âmbito do Direito, da História e da Ciência Política relativos ao tema, a legislação vigente no país no período de 1964 a 1984, além de dados estatísticos.

Por derradeiro, cumpre destacar que a orientação epistemológica do estudo segue a linha crítico-metodológica, em sua vertente jurídico-sociológica (Gustin; Dias, 2006, p. 21-22).

## **1. O Direito em contexto: o regime militar instituído em 1964 e seus reflexos**

(...) pelos campos há fome em grandes plantações / pelas ruas marchando indecisos cordões / ainda fazem da flor seu mais forte refrão / e acreditam nas flores vencendo o canhão / Vem, vamos embora, que esperar não é saber / quem sabe faz a hora, não espera acontecer / Vem, vamos embora, que esperar não é saber / quem sabe faz a hora, não espera acontecer / Há soldados armados, amados ou não / quase todos perdidos de armas na mão / nos quartéis lhes ensinam uma antiga lição / de morrer pela pátria e viver sem razão (...) (Para não dizer que não falei das flores, Geraldo Vandré)

Esclarecem José Alves de Freitas Neto e Célio Ricardo Tasinafo (2006, p. 837) que, como a maioria dos movimentos políticos, o regime

militar, instituído através de um golpe político, em 31 de março de 1964, e que perdurou até o ano de 1985, não pode ser considerado com um período homogêneo. Neste sentido, define José Murilo de Carvalho (2017, p. 161), os governos militares que se sucederam no período podem ser divididos em três fases distintas, quais sejam:

(I) De 1964 a 1968, primeira fase, a qual envolveu o domínio do setor liberal das forças armadas na esfera política. Além do governo do general Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito indiretamente, abrangeu o primeiro ano de governo do general Artur da Costa e Silva. Tais governos foram caracterizados pelo início da repressão, pela redução do crescimento econômico, combate à inflação, bem como pela redução do valor do salário mínimo. Nesta fase observou-se a cassação dos direitos políticos de agentes políticos e lideranças sindicais (Freitas Neto; Tasinafo, 2006, p. 837);

(II) De 1968 a 1974, segunda fase, marcada, em seu primeiro ano, pela retomada do crescimento econômico. Tratou-se, porém, do período de maior repressão e supressão de direitos civis e políticos do regime – em especial sob o governo do general Emílio Garrastazu Médici, o qual sucedeu o general Costa e Silva<sup>55</sup>. De acordo com o historiador, “O período combinou a repressão política mais violenta já vista no país com índices também jamais vistos de crescimento econômico. Em contraste com as taxas de crescimento, o salário mínimo continuou a decrescer” (Carvalho, 2017, p. 162);

(III) De 1974 a 1985, terceira fase, por fim, abrange do governo do

---

55 A respeito da repressão, destaca o historiador José Murilo de Carvalho os seguintes dados estatísticos: “Segundo levantamento de Marcos Figueiredo, entre 1964 e 1973 foram punidas, com perda de direitos políticos, cassação de mandato, aposentadoria e demissão, 4.841 pessoas, sendo maior a concentração de punidos em 1964, 1969 e 1970. Só o AI-1 atingiu 2.990 pessoas. Foram cassados os mandatos de 513 senadores, deputados e vereadores. Perderam os direitos políticos 35 dirigentes sindicais; foram aposentados ou demitidos 3.783 funcionários públicos, dentre os quais 72 professores universitários e 61 pesquisadores científicos. O expurgo nas forças armadas foi particularmente duro, dadas as divisões existentes antes de 1964. A maior parte dos militares, se não todos, que se opunham ao golpe foi excluída das fileiras. Foram expulsos ao todo 1.313 militares, entre os quais 43 generais, 240 coronéis, tenentes coronéis e majores, 292 capitães e tenentes, 708 suboficiais e sargentos, 30 soldados e marinheiros. Nas polícias militar e civil, foram 206 os punidos. O expurgo permitiu às forças armadas eliminar parte da oposição interna e agir com maior desembaraço no poder.” (Carvalho, 2017, p. 168)

general Ernesto Geisel à eleição indireta que culminou na posse de Tancredo Neves. Esta foi caracterizada pelo acentuado declínio dos índices de crescimento econômico, em razão da crise do petróleo de 1973, bem como por uma tentativa de liberalização. Culminou com a opção por uma abertura política “lenta, gradual e segura”.

Em oposição às medidas e discursos do presidente João Goulart, o regime militar foi instituído com o argumento de necessidade de estabelecer a ordem e assegurar a reconstrução econômica, financeira, política e moral do país, bem como eliminar a ameaça comunista. O período foi marcado pela implementação de políticas de modernização econômica. O Estado abriu-se, assim, ao capital externo e passou a investir em setores estratégicos, a saber, o de geração de energia e o de telecomunicações.

Na segunda fase do regime, qual seja, a de 1969 a 1974, a gestão era pautada pelo binômio segurança e desenvolvimento, pautado na doutrina de segurança nacional e desenvolvimentista, propagada pela Escola Superior de Guerra e idealizada pelo general Golbery do Couto e Silva (Freitas Neto; Tasinafo, 2006, p. 846). Neste alegava haver ocorrido o “milagre brasileiro”, considerando o aumento do crescimento econômico, o qual atingiu a taxa de 13,6% no ano de 1973 – em especial em função da abertura ao capital estrangeiro. Esse crescimento legitimaria o regime perante a classe média brasileira, a despeito da forte repressão que se verificava (Skidmore, 1988, p. 263)<sup>56</sup>.

Não obstante, conforme assevera José Murilo de Carvalho (2017, p. 172-173), tal ideia deve ser desmistificada, considerando-se o aumento da desigualdade social no período. Em suas palavras:

---

56 Ressalta Thomas Skidmore que “Se a repressão era objeto de graves objeções ao governo Médici na opinião internacional, o boom econômico era o seu maior triunfo. Observadores tanto brasileiros quanto estrangeiros concordavam que o rápido crescimento estava ‘legitimando’ o regime, especialmente aos olhos da classe média. As três metas de Delfim foram amplamente alcançadas. O crescimento econômico apresentava a mais alta taxa sustentada desde os anos 50. O PIB subiu à média anual de 10,9 por cento de 1968 a 1974. O setor líder foi a indústria, com 12,6 por cento ao ano. A performance mais modesta foi a da agricultura, com a média de 5,2 por cento. A inflação ficou na média de 17 por cento (embora o número oficial de 15,7 por cento para 1973, como se admitiu depois, tenha sido atenuação da verdade). Quanto às reservas, subiram de US\$656 milhões em 1969 para US\$6,417 bilhões em 1973.” (Skidmore, 1988, p. 263)

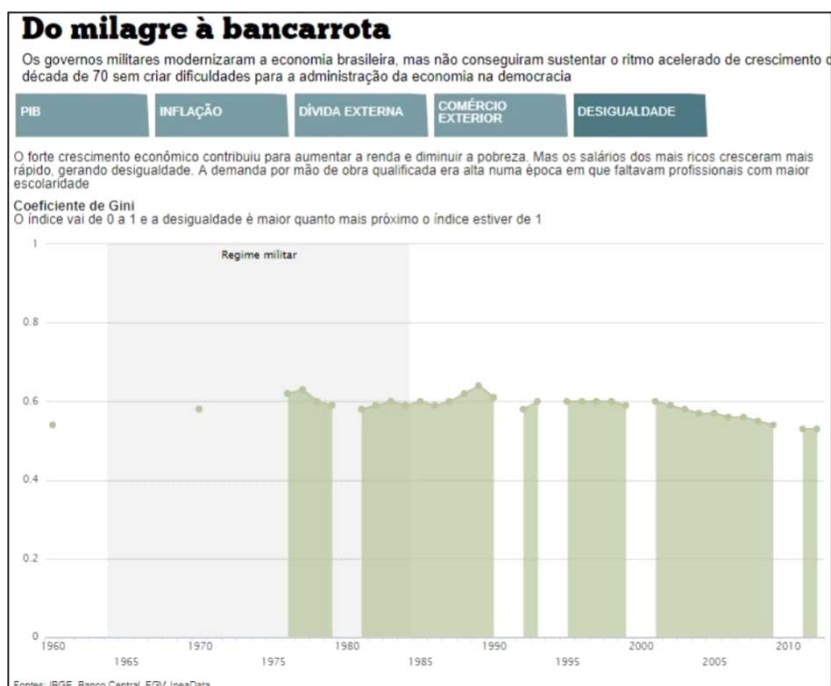
O sentido do ‘milagre’ econômico foi posteriormente desmistificado por análises de especialistas que mostraram seus pontos negativos. Houve, sem dúvida, um crescimento rápido, mas ele beneficiou de maneira muito desigual os vários setores da população. A consequência foi que, ao final, as desigualdades tinham crescido ao invés de diminuir. Alguns poucos dados demonstram esse ponto com clareza. Em 1960, os 20% mais pobres da população economicamente ativa ganhavam 3,9% da renda nacional. Em 1980, sua participação caíra para 2,8%. Em contraste, em 1960 os 10% mais ricos ganhavam 39,6% da renda, ao passo que em 1980 sua participação subira para 50,9%. Se subirmos na escala de renda, cresce a desigualdade. O 1% mais rico ganhava 11,9% da renda total em 1960; em 1980 sua participação era de 16,9%. Se os pobres não ficaram muito mais pobres, os ricos ficaram muito mais ricos. (Carvalho, 2017, p. 172-173)

O aumento da desigualdade social no período é evidenciado, ainda, pela comparação do Índice de Gini<sup>57</sup> no período de 1960 a 1984: enquanto em 1960 este se aproximava de 0,5, em 1970 passou a valor próximo a 0,6, atingindo valor ainda superior na passagem para a década de 1980. Vide o gráfico abaixo:

---

57 O Índice de Gini ou Coeficiente de Gini foi desenvolvido pelo estatístico italiano Corrado Gini. Consiste em um parâmetro utilizado internacionalmente para medição de índices de desigualdade. Ao analisar a distribuição de renda, aponta, assim, a diferença entre os rendimentos dos mais e menos favorecidos economicamente. Este varia de 0 a 1. A proximidade da pontuação do valor 1 indica que o país possui alto índice de concentração de renda e, portanto, maior desigualdade social. Vide, para mais informações acerca do tema: IPEA. **O que é? – Índice de Gini.** Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&id=2048:catid=28](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28). Acesso em 25 set. 2018.

## Gráfico 1 – Aumento da desigualdade social no Brasil durante o regime militar



Fonte: FOLHA DE SÃO PAULO. **O golpe e a ditadura militar**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar>. Acesso em 25 set. 2018.

Com a alteração das esferas política e econômica, seguiu-se a alteração do sistema jurídico do país. Na visão de Isadora Volpato Curi (2008, p. 38), nota-se um explícito desequilíbrio do sistema de tripartição de poderes por ocasião dos governos militares já mencionados. Verifica-se, no período, a prevalência do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário, os quais passam a sofrer interferência direta.

No âmbito do Poder Legislativo federal diversos deputados e senadores foram cassados. Ademais, o Ato Institucional nº 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965 pôs fim ao pluripartidarismo, conforme previsão contida em seu artigo 18<sup>58</sup>. Instituído o bipartidarismo, foi baixado o Ato Complementar nº 4, de 20 de novembro de 1965<sup>59</sup>, de acordo com o qual caberia ao Congresso Nacional a iniciativa de criar organizações com

atribuições de partidos políticos. Deste modo, foi instituída a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), composta por governistas, bem como o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), de caráter, em tese, oposicionista.

Por seu turno, o Poder Executivo passou a deter a função de legislar (típica do Poder Legislativo), a qual exercia a despeito do cumprimento de um processo legislativo regular (Curi, 2008, p. 38). Este se considerava, nos termos do preâmbulo do Ato Institucional nº 1 (AI-1), de 9 de abril de 1964, investido do Poder Constituinte. Assim, uma vez realizada a “revolução”, a qual “não procura legitimar-se através do Congresso”, poderiam ser editadas normas jurídicas “sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória”<sup>60</sup>.

Neste cenário, ainda, conforme esclarecem Vanessa Dorneles Schinke e José Carlos Moreira da Silva Filho (2016, p. 41), foram suspensas pelo Ato Institucional nº 1 as garantias de vitaliciedade e estabilidade asseguradas aos membros do Poder Judiciário. Ademais, passou a ser vedado que este realizasse análise da motivação, conveniência e oportunidade dos atos submetidos a apreciação (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 41). Sua tarefa limitava-se, assim, ao exame de formalidades extrínsecas<sup>61</sup>.

---

58 Este dispunha: “Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros. Parágrafo único - Para a organização dos novos Partidos são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações.” (BRASIL. Ato Institucional no 2, de 27 de outubro de 1965. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

59 Vide: BRASIL. Ato Complementar no 4, de 2 de novembro de 1965. Dispõe sobre a criação, por membros do Congresso Nacional, de organizações que terão atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituem, e dá outras providências. **Ato Complementar nº 4, de 2 de novembro de 1965**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocom/1960-1969/atocomplementar-4-20-novembro-1965\\_-351199-publicacaooriginal-1-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocom/1960-1969/atocomplementar-4-20-novembro-1965_-351199-publicacaooriginal-1-pe.html). Acesso em 25 set. 2018.

60 Vide: BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm). Acesso em 25 set. 2018.

61 Neste sentido dispunha o artigo 7º do ato institucional em comento: “Art.

## 2. A atuação do Supremo Tribunal Federal: a consolidação da política autoritária

Hoje você é quem manda / Falou tá falado / Não tem discussão / A minha gente hoje anda / Falando de lado / E olhando pro chão, viu / Você que inventou esse estado / Que inventou de inventar toda escuridão / Você que inventou o pecado / Esqueceu-se de inventar o perdão (Apesar de você, Chico Buarque)

No que diz respeito especificamente ao Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional por excelência, nota-se, por sua vez, com a outorgação do Ato Institucional nº 2, a relevante e temerária alteração de sua composição. Através do artigo 6º do AI-2<sup>62</sup> foi modificada a redação do

---

7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. §1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. (Vide Lei Complementar no 5, de 1970) §2º - Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1º lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito municipal. §3º - Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República. §4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade." (BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

62 Dispunha o artigo 6º do Ato Institucional no 2 que: "Art. 6º - Os arts. 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação: (...) Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros. Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma." (BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de

artigo 98 da Constituição Federal de 1946<sup>63</sup>, determinando, assim, que a Corte passaria a ser composta por 16 ministros. Passava a contar, assim, com 5 a mais do que o estabelecido pelo Decreto nº 19.656<sup>64</sup>, o qual, em 1931, durante o governo varguista, reorganizou provisoriamente a corte em questão e fixou, em seu artigo 1º, em 11 o número de ministros. Desse modo, nos vinte anos de duração do regime autoritário, foram nomeados 32 novos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Além da alteração de sua composição, foi promovida a alteração de suas competências constitucionais, as quais foram reduzidas. Através do Ato Institucional nº 2, a competência para processar e julgar atos que atentassem contra a segurança nacional ou contra instituições militares passa a ser da Justiça Militar – ainda que praticados por civis.

Fernando Coelho (1999, p. 46) destaca que tais medidas alteraram significativamente a postura do órgão no que diz respeito aos atos praticados no âmbito do regime. Apesar de durante o governo do general Castelo Branco ter sido caracterizada por certa independência<sup>65</sup>, as interferências sofridas reduziram significativamente sua autonomia.

Com o intuito de minimizar traços de ruptura e descontinuidade com o regime político anterior, recorreu-se à proclamação de validade do direito pré-existente, ao mesmo tempo em que o poder militar se proclamava como única fonte do direito (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 46). A jurisprudência passou a ser pautada, assim, a partir da doutrina do direito como fato, de caráter notadamente positivista, segundo a qual a validade e obrigatoriedade das normas jurídicas não estariam condicionadas a con-

---

1965. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

63 Vide: BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 25 set. 2018.

64 Vide: BRASIL. Decreto no 19656, de 3 de fevereiro de 1931. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. **Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 25 set. 2018.

65 O autor cita como exemplo a exigência, pela Corte, do cumprimento de ordens de habeas corpus em favor de presos políticos, bem como a resistência às tentativas de modificação de suas competências constitucionais (Coelho, 1999, p. 46).

teúdos morais (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 47). Desta feita, para que fossem válidas e de aplicação obrigatória, bastaria que emanassem da autoridade competente<sup>66</sup>.

Além de reconhecer, assim, a legitimidade das normas oriundas de estado de exceção, o órgão, por vezes, subverteu a hierarquia normativa, de modo a evitar uma eventual contradição com os princípios e regras estabelecidos pelo regime (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 47). Deste modo, o Judiciário contribuiu, sobremaneira, não só para a implementação do projeto autoritário, mas para a sua permanência no cenário político nacional (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 51).

A esse respeito é interessante destacar o exemplo citado por Otávio Valério:

Quanto à validade jurídica dos atos institucionais, o Supremo desde o início se manifestou reconhecendo a vigência e validade dos mesmos, sem qualquer discussão sobre sua (in)constitucionalidade. Pela base de dados do STF, o primeiro caso julgado relativo a um ato institucional foi o recurso em *habeas corpus* 40.865, relatado pelo ministro Pedro Chaves e decidido na sessão de 5 de agosto de 1964. O caso tratava de um inquérito policial militar (IPM) instaurado para investigar um acusado de praticar atos de improbidade administrativa por um diretor do Lloyd Nacional. É interessante notar que até mesmo o advogado do réu não desqualifica o ato institucional ou o golpe de 1964: “*O paciente pediu exoneração daquela função em 21 de dezembro de 1963, muito antes portanto das práticas subversivas que são públicas e notórias e que deram causa a Revolução vitoriosa*”. O ministro Pedro Chaves sequer entrou no mérito da validade do Ato Institucional nº 1, partindo diretamente para a afirmação de que tal Ato manteve a Constituição de 1946 com exceção daqueles dispositivos expressamente modificados. Em nenhum acórdão do STF entre abril de 1964 e dezembro de 1969 houve debate ou questionamento sobre a constitucionalidade dos atos institucionais. (Valério, 2010, p. 82-83)

---

66 A esse respeito Vanessa Dorneles Schinke e José Carlos Moreira da Silva Filho destacam que: “No mesmo sentido, Bobbio (1995, p. 137) também tece considerações sobre o positivismo como tratamento avalorativo, capaz de assumir o direito como fato, excluindo-se toda qualificação fundada em juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. Assim, o direito é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social. Conduzindo-se por essa concepção, os juízes interpretariam, em igualdade de condições de legitimidade, normas oriundas de Estados de direito ou de exceção.” (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 47)

### 3. A noção de Estado de Direito em perspectiva: impossibilidade em um contexto de permanência autoritária

Os inocentes do Leblon  
não viram o navio entrar  
Trouxe bailarinas?  
trouxe emigrantes?  
trouxe um grama de rádio?  
Os inocentes, definitivamente inocentes, tudo ignoram,  
mas a areia é quente, e há um óleo suave  
que eles passam nas costas, e esquecem  
(Inocentes do Leblon, Carlos Drummond de Andrade)

Bem ressaltam Vanessa Dorneles Schinke e José Carlos Moreira da Silva Filho (2016, p. 52) que, a fim de se aferir a presença dos cânones democráticos mais básicos, impõe-se considerar não apenas as funções exercidas em tese pelo Poder Judiciário, ou seja, definições conceituais e dogmáticas básicas; de outro modo, faz-se necessário, conforme já apontava Zaffaroni (1995), a problematização à luz da história, levando-se em consideração a estrutura hierárquica do órgão e sua permeabilidade ao exercício democrático.

Como bem pontuam os autores a este respeito, constata-se que, não obstante ter se verificado uma abertura democrática na década de 1980, a qual teria se consolidado com a promulgação da Constituição cidadã, em 1988, o contexto pós-ditatorial continua a apontar para a existência de um cenário eminentemente autoritário. Nota-se, assim, “uma tendência de criminalização dos movimentos sociais”, bem como a “manutenção do tradicional esquema individualista proprietário da modernidade capitalista” (Schinke; Silva Filho, 2016, p. 53).

Neste sentido, partindo da análise dos antecedentes autoritários do Brasil, cumpre apontar, conforme esclarece Guilherme O’Donnell (1991, p. 39), a falta de tradição democrática do país – o qual enfrenta, no contexto latino-americano, além dos reflexos de um passado autoritário, uma profunda crise econômica e social. A falta de instituições democráticas e a possibilidade de exercício pleno da cidadania marcam a inexistência de um Estado de Direito sólido (Gallardo, 2014, p. 84). Por conseguinte, permanece ausente o reconhecimento e a proteção de direitos humanos, os quais, se declarados, o são meramente a título de retórica (Gallardo, 2014, p. 84).

#### Considerações finais

Em 14 de dezembro de 1968, um dia após ser outorgado o Ato Insti-

tucional nº 5, o qual, de forma arbitrária suspendia explicitamente, em seu artigo 5<sup>o67</sup>, os direitos políticos dos cidadãos brasileiros, anunciava a mídia:

No dia 14 (de dezembro de 1968), os leitores mais atentos do JB (Jornal do Brasil) puderam perceber que o tradicional matutino (...) apresentava mudanças que violentavam suas rigorosas normas de estilo e bom gosto. (...) Naquele sábado o jornal estava cheio de clichês e lugares comuns. (...) Mas havia surpresas mais estranhas. Apesar do sol de dezembro, por exemplo, a previsão meteorológica anunciava no alto à esquerda da primeira página: “Tempo negro. Temperatura sufocante. O ar está irrespirável. O país está sendo varrido por fortes ventos”. No outro lado da página, aparecia em destaque uma irrelevância: “Ontem foi dia dos cegos”. A foto principal era de Costa e Silva na entrega das espadas aos novos guardas-marinha. Ele está rígido, inclinado para a frente, como se fosse cair. Na outra, uma cena deslocada no tempo, com a seguinte legenda: “Garrincha foi expulso quando o Brasil vence o Chile na Copa de 1962”. Pela primeira vez, no lugar dos editoriais, eram publicadas duas fotos: na maior, um lutador de judô, gigante, dominando um garoto. O título da foto: “Força hercúlea”. É possível que nem todos os leitores tivessem percebido a intenção das brincadeiras, do deboche e dos absurdos da edição (...). (VENTURA, 1988, p. 288-289)

---

67 Dispunha tal dispositivo: “Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: (Vide Ato Institucional nº 6, de 1969) I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado, §1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. (Vide Ato Institucional no 6, de 1969) §2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário. (Vide Ato Institucional nº 6, de 1969)”. (BRASIL. Ato Institucional no 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm). Acesso em 25 set. 2018.

Para que se possa compreender a formação política brasileira, impõe-se considerar o legado autoritário deixado por regimes eminentemente repressivos que se estabeleceram outrora. Impõe-se observar, para além da normatividade jurídica, os retrocessos que permeiam a construção do atual Estado de Direito – a disparidade existente entre a norma jurídica e o fato social. Neste cenário, coloca-se um desafio que deve ser, para além de teórico, prático.

## Referências bibliográficas

- ANDRADE, Carlos Drummond de. *Sentimento do mundo*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 24.
- APESAR de você. Produção de Sérgio Carvalho. Intérprete: Chico Buarque; MPB4; Quarteto em Cy. Roteiro: Composição: Chico Buarque. [S.I.]: Universal Music Ltda., 1978. (3 min. 55 s.), son. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LZJ6QGSpVSk>. Acesso em 1 jul. 2024.
- BRASIL. Ato Complementar nº 4, de 2 de novembro de 1965. Dispõe sobre a criação, por membros do Congresso Nacional, de organizações que terão atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituem, e dá outras providências. *Ato Complementar nº 4, de 2 de novembro de 1965*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocom/1960-1969/atocomplementar-4-20-novembro-1965-351199-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 25 set. 2018.
- BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. *Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964*. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm). Acesso em 25 set. 2018.
- BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm). Acesso em 25 set. 2018.
- BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos

- estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm). Acesso em 25 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 25 set. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 19656, de 3 de fevereiro de 1931. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. *Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931*. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 25 set. 2018.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- COELHO, Fernando. *A OAB e o Regime Militar: 1964-1986*. 2ª ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1999.
- COSTANTI, Giovanna. *Intervenção no Rio de Janeiro coleciona fracassos, aponta relatório*: após seis meses, Observatório da Intervenção mostra resultado da atual estratégia: somente na baixada fluminense as mortes por ação policial cresceram 48%. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/-intervencao-no-rio-de-janeiro-colecionafracassos-aponta-relatorio>. Acesso em 25 set. 2018.
- CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o regime militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB*. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em História Social, Departamento de História, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-21012009-104742/pt-br.php>. Acesso em 24 set. 2018.
- FICO, Carlos; ARAUJO, Maria Paula (org.). *1968: 40 anos depois – história e memória*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009. 252 p.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *O golpe e a ditadura militar*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar>. Acesso em 25 set. 2018.

- FREITAS NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. *História Geral e do Brasil*. São Paulo: Harbra, 2006.
- GALLARDO, Helio. *Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- IPEA. *O que é? – Índice de Gini*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&id=2048:catid=28](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28). Acesso em 25 set. 2018.
- JAPIASSÚ, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1976.
- KOERNER, Andrei; BARROS DE FREITAS, Lígia. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. São Paulo: Lua Nova, 2013.
- O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa?* In *Novos Estudos CEBRAP*, n° 31, outubro 1991, p. 25-40. 16 p.
- PEREIRA, Anthony W. *Of Judges and Generals: security Courts under Authoritarian Regimes in Argentina, Brazil, and Chile*. In GINSBURG Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge, 2008. p. 23-57. 35 p.
- PRA não dizer que não falei das flores. Intérprete: Geraldo Vandré. Composição: Geraldo Vandré. Rio de Janeiro: Warner Music, 1968. (6 min. 01 s.), son. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KdvsXn8oVPY>. Acesso em 1 jul. 2024.
- SCHINKE, Vanessa Dorneles; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanência autoritárias*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 41 – 59, vol. 61, n. 2 maio/ago. 2016. p. 41 – 59. 19 p.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo Branco a Tancredo, 1964-1985*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- VALÉRIO, Otávio L. S. *A Toga e a Farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/ptbr.php>. Acesso em 25 set. 2018.
- VENTURA, Z. *1968: O ano que não terminou*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.



## 10. ESTADO DE DIREITO X ESTADO DE NÃO DIREITO, EXCEÇÃO E EMERGÊNCIA

*Luiz Marcelo Fontoura Xavier*

### Introdução

Neste artigo tem-se um estudo sobre o Brasil e suas configurações como um Estado Democrático de Direito oficialmente e um Estado de Exceção quando se observa sua realidade a partir da teoria a teoria de David Dyzenhaus, de que existe um mini estado de exceção durante as decisões judiciais tomadas sob a sombra da lei.

Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é oficialmente um Estado Democrático de Direito, que tem como as principal função o atendimento dos direitos fundamentais de todos os seus cidadãos e a manutenção da paz social, todavia, a atual realidade brasileira demonstra que se vive em um Estado de Exceção Permanente, conforme preconiza Giorgio Agamben (2004), bem como a célebre frase de Walter Benjamin no sentido de que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o Estado de Exceção em que vivemos é na verdade regra geral” (Benjamim, 1992, p. 697).

O que se pode perceber é uma lógica de guerras como enfrentamento da criminalidade, seja a “guerra às drogas”, seja a “guerra ao crime organizado” ou a “luta contra a corrupção” e forte repressão aos “crimes de rua”, tem naturalizado um sentimento de hipertrofia do Estado e seu poder punitivo como a única solução, em um discurso em que “situações excepcionais exigem medidas excepcionais”.

Inclusive, ao longo dos anos é possível verificar o aumento do emprego dos efetivos militares das Forças Armadas Brasileira nas regiões de maiores crises na Segurança Pública dentro do País. Além da necessidade efetiva em termos de estratégia propriamente militar, é evidente a grande contribuição dessas instituições para o controle e paz social. As ações militares como as operações de garantia da lei e da ordem em conjunto com as polícias locais trazem de imediato a sensação de segurança para a população e o rápido reestabelecimento da ordem pública. A impressão que se tem, na verdade, é que se busca, inicialmente, mais atender ao cla-

mor social, do que de fato resolver o problema instaurado, uma vez que, após a sensação de segurança atingida com o ato de exceção, ao invés de novas estratégias mais afeitas ao Estado de Direito, mantém-se a situação de exceção como forma de governo e controle, sob o pretexto da necessidade mesmo após o arrefecimento do clamor, impondo-se um grande desafio no sentido de se pesquisar as relações entre o Estado de Direito e o Estado de Exceção e até mesmo se é possível uma conciliação entre ambos, vale dizer, manter-se um Estado de Direito efetivo, que tenha como função principal a tutela dos direitos fundamentais, em situações de exceção.

Exemplo dessa situação pode ser visto no Rio de Janeiro, onde desde o dia 16 de fevereiro de 2018 ocorre uma intervenção Federal, com ações conjuntas de tropas federais, incluindo as Forças Armadas, estão agindo no combate à violência em todo seu território, considerando as comunidades, estradas federais que cortam o estado e também nos limites marinhos. Com isso, o sistema de Segurança do referido Estado está sendo comandado pelo general de Exército Walter Braga Netto, nomeado ao cargo de interventor. A intervenção é prevista até dezembro do mesmo ano e foi justificada pela urgente necessidade de restabelecimento da ordem pública, reforçando o combate ao crime organizado.

O foco no clamor social pode ser visto no discurso do Presidente Michel Temer, quando apontou que os resultados dessa intervenção eram extraordinários colocando a frente a aprovação pública de 66%, afirmando que mesmo apresentando queda, já que antes havia um índice de aprovação de 74% da população, quando ultrapassa os 50% já é extremamente favorável (Barreira, 2018). Dessa forma, o enfoque não é dado aos resultados que estão sendo trazidos por essa intervenção, mas sim o quanto agrada aos olhos da população.

Essa mesma intervenção demonstra em seus resultados que essa solução emergencial é controversa, visto que enquanto os índices de roubo foram reduzidos significativamente, foi registrado aumento de 105% das mortes em ações policiais, de 9% nos homicídios dolosos e de 61% no número de tiroteios (Barreira, 2018). Outro fator comemorado pelo já citado Presidente foi o crescimento excepcional do número de prisões, o que se questiona, portanto, é considerando que o sistema carcerário já está superlotado, não atendendo nem mesmo a sua função principal que é a de ressocialização, já tendo se manifestado o Supremo Tribunal Federal, na ação de descumprimento de preceito fundamental 347 (ADPF 347) no sentido de que há um “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, através de uma violação massiva e estrutural de direitos humanos. Sob esse enfoque já se verifica o grande desafio que o Estado de Exceção, em que se apresentam situações anormais, representa para o Estado de Direito.

Nesse sentido, este estudo tem como objetivo contrapor o Estado de Direito e Estado de não Direito, como exceção e emergência, a partir da concepção de David Dyzenhaus. Importante mencionar que, apesar da situação brasileira ser motivação para escolha deste tema, bem como para justificá-lo enquanto relevante social e juridicamente, não é foco único deste estudo comparar seu caso.

Como metodologia este estudo realiza uma pesquisa bibliográfica, com base, principalmente, na obra *Legality and Legimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* de David Dyzenhaus, utilizando também outros teóricos da área que pudessem contribuir com o assunto como Giorgio Agambem e outros artigos publicados sobre o assunto a fim de fomentar a discussão.

## 1. Estado de direito x Estado de não direito

Para falar sobre a o Estado de Exceção, Dyzenhaus (1999) apoia-se em teóricos como Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller, compreendendo que dentro de um Estado Democrático de Direito tem-se o que chama de um mini estado de exceção. Apoiando-se em Schmitt, Dyzenhaus explica que há um contínuo de situações excepcionais, que pode variar de uma ameaça global a uma situação de guerra, que coloca o Estado em perigo, para situações que ocorrem dentro da ordem política e legal, tratando-se de manifestações locais da ameaça externa global.

O debate em torno da norma/exceção aparentemente primordial, binários constitucionais/ anticonstitucionais está gerando quase um novo sub-ramo da teoria constitucional, atrás do qual se verifica a figura de Carl Schmitt, que enfoca na exceção como o resíduo da autoridade soberana pré e supraconstitucional, foi ele quem forneceu o ímpeto teórico por trás desse novo discurso. Outro trabalho influente sobre o assunto é de Giorgio Agamben, que traz a figura do *homo sacer*, a figura liminar do homem que pode ser morto, mas não assassinado que ele toma como emblemático de ordens jurídicas modernas.

Walter Benjamin (1986) no ensaio *Crítica da violência: Crítica do poder* publicado na Alemanha de 1921, esboça uma teoria crítica sobre o direito através do estudo de seu desenvolvimento ao longo do tempo histórico, tomado enquanto forma de um poder soberano que, através da norma, estabelece os limites de atuação dos indivíduos, passando do ideal elemento de consenso – preceito fundamental do estado moderno de direito – a um meio de estabelecimento de determinado poder. Este direito, em seu processo histórico, diz Benjamin, é violência em via dupla, por não só pretender garantir os fins jurídicos daquilo que ampara, mas, por outro lado, pretender monopolizar o poder ante os indivíduos para garan-

tir o próprio direito, que assim se mostra enquanto controle no sentido mais amplo do termo.

Os meios criados para tanto são as espécies de ordenamentos jurídicos que agem sob o papel de império do Estado. Neste processo histórico, o movimento dialético nas configurações do poder enquanto instituinte e mantenedor da ordem, mostra-nos um horizonte no qual oscilações frequentes na dinâmica do direito indicam que todo poder acaba enfraquecendo o caráter instituinte que representa, seja por resistência e oposições externas ou desregramento de sua ordem interna. Quando o direito sente seu poder ameaçado, utiliza-se de instrumentos que possam garantir sua eficácia no tempo. O dispositivo estado de exceção, neste sentido, cumpre o papel de manter “por fora” do direito aquele poder que, em determinados momentos, o Estado não consegue mais sustentar com sua ordem jurídica interna (Benjamin, 1992).

A dinâmica da história se desenvolveu tendo como artífices destas decisões poderes soberanos reconhecidos ou não. Para agir, o direito necessita ser, enquanto tal, o poder mesmo donde parte qualquer decisão que incida sobre o plano social que regula. Assim, Benjamin entende que, “o interesse do direito em monopolizar o poder diante do indivíduo não se explica pela intenção de garantir os fins jurídicos, mas de garantir o próprio direito” (Benjamin, 1992, p. 162).

Carl Schmitt em Teologia Política define o estado de exceção como um ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político (Agambem, 2004). O que Schmitt detecta é que, pelo dispositivo de exceção, que pretende suspender o ordenamento através de uma norma interna a ele mesmo, cria-se uma zona de indeterminação entre direito e norma, política e justiça, num espaço em que o poder soberano ainda pretende governar. É neste ponto que se desvela a aporia do estado de exceção: o poder soberano pretende governar um estado no qual as leis que lhe legitimam não existem mais.

Do ponto de vista schmittiano, o funcionamento da ordem jurídica baseia-se, em última instância, em um dispositivo – o estado de exceção – que visa tornar norma aplicável suspendendo, provisoriamente, sua eficácia. “Quando a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar. (...) A regra, que coincide agora com aquilo de que vive, se devora a si mesma” (Agambem, 2004, p. 91).

“A barreira intransponível máxima de toda política criminal é evidentemente o Estado Constitucional de Direito” (Gomes; Cervini, 1995, p. 37), assim, qualquer lei, medida ou outra forma de repressão ao crime que não atender aos dispositivos constitucionais, sobretudo os do art. 5º da Constituição, devem ser prontamente rechaçados, haja vista que o Estado Constitucional de Direito instituiu “um sistema de garantias que de modo algum pode ser quebrado

Parte-se do entendimento que nos dias atuais não se consegue perceber esta sociedade de direito agindo ativamente, pois a simples declaração do Estado Democrático não concretiza os anseios básicos de um povo, visto que para se ter democracia faz-se necessário meio, políticas e instrumentos para efetivá-la, o que está faltando no momento. Sobre o assunto, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2009, p. 170) explana:

Em que pese pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, A Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. Noutras palavras, como se verá em capítulo específico, o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os moldes liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História.

O pleno funcionamento do Brasil é tema de discussão entre os estudiosos do assunto, e até mesmo no seio da sociedade, que clama pela dignidade, igualdade e liberdade tão mencionadas pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, é possível afirmar que um Estado Democrático de Direito é aquele que os princípios previstos na Constituição Federal são amplamente respeitados.

Por sua vez, no Estado de Exceção tem-se decisões que fogem ao usual, situando-se em um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Para Agamben (2004), o Estado de Exceção, apesar de sua difícil definição possui uma linha tênue entre a proteção do Estado Democrático e o Totalitarismo. O autor ressalta que:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação

com a ordem jurídica. (...) O conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o 'locus' que lhe cabe. (Agambem, 2004, p. 38-39)

Na percepção de Dyzenhaus (1999) verifica-se a possibilidade do que ele chama de um "mini" Estado de Exceção, onde a decisão na penumbra pode ser considerada em um estado de emergência, todavia, o descontrole deve ser evitado, sendo inaceitável que a exceção impere.

A ordem pode ser assegurada na medida em que os casos centrais do direito são amplos o suficiente. Mas se os limites entre a essência e penumbra não puderem ser claramente estabelecidos, a essência parece desaparecer e então, para os positivistas, o estado de emergência não pode mais ser controlado (Dyzenhaus, 1999, p. 15).

O termo "exceção" é usado neste contexto para indicar uma medida que se desvia dos padrões constitucionais normais e é, em virtude desse desvio, vista como inapropriada ou lamentável. David Dyzenhaus produziu a mais completa articulação da posição dos constitucionalistas do *common law* sobre os poderes de emergência.

O Estado de Direito não só pode realizar a tarefa de identificar e combater os chamados buracos negros legais, isto é, situações em que o mandado de lei - por conceitualizado - não é executado. Mas, quando entendido como um forte princípio de legalidade nutrido por valores de direito comum profundamente arraigados, o império da lei também pode neutralizar o que ele chama de "buracos cinzentos" - as situações mais comuns e potencialmente mais insidiosas em que há a fachada ou a forma do Estado de Direito, mas sem proteções substantivas. O "projeto de Estado de Direito" que Dyzenhaus menciona baseia-se na concepção de legalidade "um direito comum bastante desobstruído", diz ele, "enriquecido pela maneira como tal concepção tem que ser atualizada, mais recentemente por causa do lugar central assumido por um discurso internacional e doméstico dos direitos humanos em nosso pensamento sobre o direito" (Dyzenhaus, 1999, p. 87).

Vale ressaltar que o termo Estado de Exceção, contém em si dois significados: 1) A condição, qualidade de excepcionalidade a qual todos se veem submetidos em uma situação de crise ou anormalidade grave; 2) A mudança das características do Estado, tido como ente político, o qual em situações de crise, ou anormalidade grave, vê-se com poderes excepcionais, inclusive mitigando direitos que, em situações normais, tem como função proteger. De acordo com Canotilho (2005, p. 1085):

Várias outras expressões são utilizadas para aludir a este mesmo problema: ‘defesa da Constituição’, ‘suspensão das garantias constitucionais’, ‘defesa da segurança e ordem pública’, ‘estado de exceção constitucional’, ‘proteção extraordinária do Estado’. Qualquer que seja o enunciado linguístico e qualquer que seja a pré-compreensão dos autores relativa ao ‘direito de exceção’, o leque de questões subjacentes à constitucionalização do regime de necessidades do Estado reconduz-se fundamentalmente ao seguinte: previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. Trata-se, por consequência de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, ‘constitucionalizando’ o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o ‘restabelecimento da normalidade constitucional.

Agamben (2004) trata da teoria do Estado de Exceção não como gênero dos quais são espécies: estado de sítio e estado de defesa, conforme consta na ordem jurídica brasileira, mas como uma espécie de paradigma de governo. Para que seja possível observar a ocorrência do Estado de Exceção como forma de governo é preciso primeiro investigar aspectos conceituais e históricos desse instituto.

O Estado Democrático de Direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e tem por característica primordial a subordinação da legalidade a uma Constituição (Bittar, 2016) permanecendo vinculado ao princípio da legalidade existente já no Estado de Direito. Pela Constituição possuir protagonismo determinante nos Estados Democráticos de Direito, alguns autores até denominam esse modelo como Estado Constitucional de Direito.

O Estado sujeita-se à lei que promove igualdade e justiça não somente de maneira formal, objetivando gerar modificações sociais para alterar o *status quo*. Busca também promover e garantir proteção aos direitos fundamentais, zelando pela efetivação do princípio da dignidade humana, caracterizado como elemento nuclear das cartas constitucionais (Ranieri, 2013).

Outra questão relevante no estudo do Estado de Exceção é sua “posição geográfica”. A existência ou não da previsão do Estado de Exceção no ordenamento divide a doutrina. Parte defende que não há como regulamentar algo que se encontra fora da ordem jurídica enquanto a outra parte argumenta que deve haver a previsão do Estado de Exceção porque, caso não haja, “os atos de governo, realizados fora da lei ou em oposição a

ela, podem ser teoricamente considerados ilegais” (Agambem, 2004, p. 22).

A própria declaração do que é necessidade, de quando se é preciso estar sob um estado de necessidade é um conceito subjetivo e, em última instância, se resume a uma decisão: “a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais” (Agambem, 2004, p. 46).

O Estado de Necessidade aparece como uma lacuna interna ao Ordenamento Jurídico e precisa ser preenchido pela autoridade competente quando se manifesta. Já o Estado de Exceção configura-se quando ainda vige a lei (então não há espaços vazios no ordenamento, como há no estado de necessidade), mas sua aplicação é suspensa (a realidade não corresponde ao previsto juridicamente). Por isso, a dificuldade em localizar o Estado de Exceção como interno ou externo ao Ordenamento, pois ele não representa uma lacuna jurídica e sim fictícia, uma lacuna que “não é interna à lei, mas diz respeito a sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação” (Agambem, 2004, p. 48).

Dessa forma, o Estado de Exceção é relacionado aos golpes de Estado, às ditaduras em que não há mínimas garantias ao cidadão, inexistindo segurança jurídica, legalidade, contraditório e ampla defesa, estado de inocência, enfim, garantias. Não se diz quais são as condutas indesejadas pelo Estado e a respectiva sanção a ser aplicada nos casos da incursão em delitos, há somente a vontade de um sujeito ou grupo que se sobrepõe à vontade da população. O próprio uso dos termos “excepcionalidade” e “emergência” implica a propagação do medo e a dominação da palavra emergência – que vem do latim *emergentia* – está atrelada a ideia de crise.

A razão do Estado em sua origem dá a permissão para que seja perceptível o fato do Estado ser consolidado a partir das pessoas por meio de suas atitudes. Ressalta-se que o Estado não é um ente absorto e sim o fruto de um grande processo inerente ao ser humano. Diante disso Foucault (2008, p.6) destaca:

O Estado é, ao mesmo tempo, o que existe e o que ainda não existe suficientemente. E a razão de Estado é precisamente uma prática, ou antes, uma racionalização de uma prática que vai se situar entre um Estado apresentado como dado e um Estado apresentado como a construir e a edificar. A arte de governar deve, então, estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-se como objetivo, de certo modo, fazer o dever-ser do Estado tornar-se ser. O dever-fazer do governo deve se identificar com o dever-ser do Estado. O Estado tal como é dado – a *ratio* governamental – é o que possibilitará, de uma

maneira refletida, ponderada, calculada, fazê-lo passar ao seu máximo de ser.

Segundo Fauzi Hassan Choukr (Choukr, 2002, p. 69), “a ideia de emergência (do latim *emergentia*), é corriqueiramente atrelada à de urgência, e, num certo sentido, à de crise”. Algo que “de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o *status quo ante*, colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a consequente possibilidade de manutenção das estruturas”. Para o autor, a emergência significa “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade” (Choukr. 2002, 69). De acordo com Chouk (2002, p. 69):

O que é segurança? [] não se pode admitir um conceito de segurança que passe pela violação das normas fundamentais. Essa segurança, que aqui só pode ser aceita pelo seu prisma jurídico, reside na obediência, pelos particulares e pelo poder público, daquilo que foi estatuído no ato de fundação da sociedade. Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência comum, consequência esta justamente alcançada pelo sistema repressivo ora criticado. Nesse sentido seu emprego é mera ilusão.

O autor acredita que o “atual quadro emergencial de clamor popular” tem origens históricas, baseadas na exclusão social e no conservadorismo. Assim, a partir do entendimento da percepção teórica de Dyzenhaus, verifica-se que apesar de oficialmente viver-se em um Estado Democrático de Direito, o que a realidade brasileira de fato apresenta é um mini estado de exceção, fato que também pode ser verificado em outras democracias, onde muitas vezes clamores populares de segmentos da sociedade se colocam acima do atendimento da lei e dos direitos fundamentais

### Considerações finais

A obra de Dyzenhaus aponta que as constituições lidam com o tema dos poderes de emergência de várias formas, desde o silêncio até tentativas detalhadas de estabelecer o controle dos princípios constitucionais em seu exercício. Seja qual for o modo que adotem, as questões levantadas pelo tópico vão para os fundamentos do constitucionalismo, ou seja, se é possível até mesmo estabelecer um controle constitucional significativo, este em verdade é o grande desafio.

Dyzenhaus propõe um “modelo de derrogação” que difere da suspensão em situações de exceção. Entra em cena tanto um mecanismo de monitoramento que vai além da legislatura para corpos internacionais e direitos dos quais não pode haver derrogação; coloca em prática o teste da estrita necessidade da doutrina da proporcionalidade, que pressupõe que a própria derrogação, bem como as medidas derogatórias, estão sujeitas a fiscalização judicial; os direitos devem ser explicitamente derogados, o que significa que todos os direitos não explicitamente derogados estão em vigor, bem como todos os direitos não-derrogáveis, juntamente com outras obrigações internacionais do governo; finalmente, o princípio da legalidade é deixado intacto sendo o modelo de derrogação criador de um espaço entre os direitos fundamentais e o Estado de direito. Embora os governos possam sair do regime de direitos humanos, sua ação permanece dentro da lei e sujeita a supervisão judicial.

Diante dos problemas que assolam a sociedade brasileira hodiernamente, a violência tem despertado a atenção de todos. O Estado na tentativa de manter a ordem pública utiliza-se de seu aparelho repressor para intimidar a prática de condutas delituosas. No entanto, em nome da lei, muitos policiais e instituições policiais utilizam-se do aparato legal para violar os direitos humanos.

Este trabalho tratou do ser humano e seus direitos, atravessando o processo histórico e as concepções culturais. Nesta pesquisa pode-se reconhecer que nossa descendência cultural, social e jurídica é altamente autoritária. Numa sociedade de controles e privilégios grande parte da população é excluída dos mais diversos acessos, e o que é pior, a desigualdade social faz com que muitas vezes as forças policiais sejam instrumentalizadas politicamente para o controle social da pobreza, fazendo com que em um bairro nobre de uma cidade brasileira se exija em tempo integral um Estado de Direito, já nas comunidades mais pobres que circundam o mesmo bairro, naturaliza-se um Estado de Exceção sob a necessidade de “combate a criminalidade”.

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988, preocupou-se em criar mecanismos que possibilitem a proteção dos direitos do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. Visando a transformação do caráter processual, de mero instrumento repressivo, para sistema de proteção dos direitos e das garantias fundamentais, bem como os princípios constitucionais.

Como se sabe, os direitos individuais dos cidadãos, como o direito à vida, à liberdade e à integridade física, como direitos fundamentais que são, são invioláveis, embora possam sofrer limitações. Estas limitações devem estar fundadas na garantia de um bem maior, também tutelado pelo ordenamento jurídico. Assim, o exercício de um direito poderá so-

frer restrições, quando colocar em risco os direitos de outros indivíduos, sendo analisados os princípios da proporcionalidade e da legalidade, ou seja, as medidas adotadas devem ser proporcionais aos fins pretendidos e deve observar o disposto em lei.

O que não se admite é a violação de direitos individuais baseada em atos que não correspondem ao exigido em lei, pois não haveria como justificá-los.

A missão de promover a efetivação do Estado, por meio da garantia e preservação da ordem pública realizada de forma irregular, suprime direitos individuais essenciais dos cidadãos, portanto, não observa os preceitos legais sejam internos ou sejam internacionais aos quais o Brasil se submete voluntariamente. A busca pela efetivação do Estado não deve ocorrer de modo que viole direitos individuais. Não deve haver mais espaço em um país que se pretenda “democrático de direito” que a expansão do poder punitivo seja feita de forma militarizada em desfavor de supostos “inimigos” e sem observância das normas constitucionais e processuais que são os filtros de contenção do poder punitivo do Estado, no sentido de que somente pode exercê-lo de forma específica e quando autorizado.

Nesse sentido, a partir deste estudo realizado foi possível contrapor o Estado Democrático de Direito e o Estado de Exceção, verificando-se a partir da percepção central de Dyzenhaus que a realidade brasileira evidencia uma situação de mini estado de exceção, com os direitos fundamentais do ser humano sendo colocados em segundo plano em nome do combate à criminalidade já instaurada, principalmente nas localidades mais pobres, todavia, seus resultados são controversos, atendendo mais ao clamor social do que de fato deveria se propor, e não sendo efetivos os meios de controle e de supervisão propostos por Dyzenhaus, que em sua obra aponta um possível caminho a ser seguido.

Dessa forma, acredita-se que se necessário que essa situação seja repensada, buscando-se caminhos para manutenção do Estado Democrático de Direito, sugerindo-se que futuros estudos sejam relacionados ao assunto, buscando-se enfocar nas soluções para essa problemática.

## Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARREIRA, Gabriel. Temer diz que últimos 4 meses da intervenção federal foram 'extraordinários'. *G1 Rio de Janeiro*. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/30/temer-faz-balanco-da-intervencao-federal-no-rj-e-se-diz-satisfeito.html> Acesso em: agosto/2018.
- BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência - Crítica do Poder. In: BENJA-

- MIN, Walter. *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986.
- BENJAMIN, Walter. *Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política*. São Paulo: Antropos, 1992.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia*. São Paulo: Atlas, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford University Press, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013.

# 11. O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO EM HAYEK E A SUA CONCEPÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE COMO ANÁTEMA DO ESTADO LIBERAL

*Rodrigo Garrido Dias*

## Introdução

Não é muito comum no ambiente acadêmico, pelo menos na área jurídica, trabalhar com abordagens teóricas de outras áreas do saber. No presente artigo, buscou-se analisar o conceito de Estado de Direito de Friedrich Hayek<sup>68</sup> e a sua compreensão da discricionariedade administrativa como verdadeiro anátema<sup>69</sup> do Estado Liberal.

Para tanto, realizaremos de início uma breve aproximação da ideia de Estado de Direito como um ideal político para posteriormente investigar a premissa epistemológica utilizada por Hayek e que é fundamental para o entendimento da sua concepção teórica no campo da economia e do direito.

Analisar-se-á ainda a ideia de direito e de estado de direito no pensamento de Hayek para avançarmos posteriormente no tema das subjetividades públicas, condição típica do exercício da função administrativa, propondo, ao final, que a motivação da atuação estatal seja encarada como a principal ferramenta na luta contra o arbítrio.

A subjetividade pública é indissociável do exercício da função administrativa. Impossível retirar a margem de liberdade na atuação do admi-

---

68 Friedrich August Von Hayek foi um economista e filósofo austríaco considerado um dos expoentes da Escola Austríaca de pensamento econômico. Recebeu, em 1974, o prêmio nobel de economia por seu trabalho pioneiro na teoria da moeda e flutuações econômicas e pela análise penetrante da interdependência dos fenômenos econômicos, sociais e institucionais.

69 Anátema é tomada aqui no exato sentido do léxico, ou seja, sentença de maldição ou condenação.

nistrador público. Ele necessita dela para poder lidar com os complexos problemas que se apresentam na tarefa de governar. Dificuldades reais precisam ser solucionadas sempre com foco no interesse da comunidade (governança) e no atendimento da finalidade pública.

Para tanto e a partir de uma pesquisa bibliográfica, abordar-se-ão os aspectos propostos, sem a pretensão de esgotar o tema. O objetivo final é refletir sobre o papel de utilizarmos outras abordagens teóricas na pesquisa jurídica e a importância disso para o direito de forma a permitir um olhar diferenciado para temas tradicionais. O presente artigo trata de um tema fundante como o do Estado de Direito – sem perder a exatidão conceitual – e a partir de uma matriz de pensamento própria ao campo da economia.

Justifica-se, portanto, a escolha dessa abordagem tendo em vista o aspecto não usual dessa utilização na área jurídica.

## **1. O Estado de Direito como um ideal político**

Embora o estado de direito seja hoje universalmente reconhecido como um valor fundamental, na verdade, não existe um acordo sobre o que isto significa realmente.

Podemos, no entanto, elencar alguns princípios elementares que são aceitos quase que universalmente como capazes de expressar de forma fiel a ideia de estado de direito.

O primeiro deles é o princípio de que o poder não pode ser exercido arbitrariamente. O famoso adágio se aplica aqui. No estado de direito devemos ter o governo das leis e não dos homens.

A ideia central é de que todo o poder emana do povo e está consubstanciado – pela teoria da representatividade – na lei elaborada no Parlamento. Só a lei é o parâmetro para a ação pública e privada.

Desse princípio da supremacia da lei decorre a necessidade de uma separação dos poderes de forma que o próprio soberano (o Estado) se submeta ao direito publicizado. E o Judiciário nesse contexto assume um papel de garantidor do cumprimento das regras do jogo.

O segundo princípio é o da igualdade de todos perante a Lei. A Lei deve ser aplicada de forma igual para todos sem discriminação. Não há cidadãos de segunda classe sob o Estado de Direito. Todos devem ter a sua dignidade reconhecida e respeitada.

O terceiro princípio é o do respeito aos direitos humanos de forma a promover a sua universalização e garantia por meio de Tribunais Independentes.

Na experiência histórica européia e americana, o Estado de Direito divorciou os conflitos sociais da força, das emoções, dos interesses e dos preconceitos.

Assim, a comunidade internacional optou pelo inventário básico dos direitos individuais e sociais, da dignidade humana, liberdade pessoal, proteção contra a arbitrariedade, direitos políticos ativos, liberdade de voto, igualdade perante a lei e a responsabilidade da sociedade pelas condições sociais e econômicas de seus membros.

E a realização desses postulados não pode ser bem-sucedida, a menos que esses direitos sejam salvaguardados por meio de uma legalidade e procedimentos previsíveis. Daí a ideia de estado de direito ser tão atual e presente no ambiente do direito internacional.

De tudo podemos sintetizar que a exigência mais importante do Estado de Direito é que as pessoas em posições de autoridade exerçam seu poder dentro de uma estrutura reguladora de normas públicas bem estabelecidas, e não de maneira arbitrária, *ad hoc* ou puramente discricionária, com base em suas próprias preferências ou ideologias. O governo deve operar dentro de um molde legal em tudo o que faz e deve ser responsabilizado com base na Lei quando há uma ação não autorizada por parte daqueles que estão no poder.

Mas o Estado de Direito não é apenas sobre o governo. Também exige que os cidadãos respeitem e cumpram as normas legais, mesmo quando discordarem delas. Quando seus interesses entram em conflito com os outros, eles devem aceitar as determinações heterônomas de quais são seus direitos e deveres.

Além disso, a lei deve ser a mesma para todos, para que ninguém esteja acima da lei e todos tenham acesso à proteção da lei. O requisito de acesso é particularmente importante, em dois sentidos. Primeiro, a lei deve ser epistemicamente acessível: deve ser um conjunto de normas promulgadas com conhecimento público para que as pessoas possam estudá-la, internalizá-la, descobrir o que ela exige e utilizá-la como estrutura para seus planos e expectativas resolvendo assim suas disputas com os outros. Em segundo lugar, as instituições legais e seus procedimentos devem estar disponíveis às pessoas comuns para defender seus direitos, resolver suas disputas e protegê-las contra abusos do poder público e privado. Tudo isso, por sua vez, requer a independência do judiciário, a responsabilidade dos funcionários do governo, a transparência dos negócios públicos e a integridade dos procedimentos legais.

Além dessas generalidades, é controvertido falar sobre o que caracteriza o Estado de Direito. Isto é em parte porque o Estado de Direito é um ideal político que está sendo continuamente trabalhado.

A contestação recorrente sobre o que o Estado de Direito exige para ser caracterizado como tal é, em parte, um produto do fato de que o próprio direito compreende muitas coisas, e as pessoas privilegiam aspectos diferentes de um sistema legal. O que sempre remanesce é o debate con-

tínuo sobre a relação entre o direito e os mecanismos do governo. Para alguns, a discricionariedade oficial é incompatível com o Estado de Direito; para outros, depende de como a discricionariedade é enquadrada e autorizada.

Apesar disso, há contribuições que avançam como a de Bruno Leoni que vai buscar no direito romano a ideia de efetividade:

Assim, os romanos tinham uma lei efetiva o suficiente para permitir que os cidadãos fizessem livremente planos para o futuro, e isso sem ser de todo uma lei escrita, ou seja, sem ser uma série de regras precisamente enunciadas, comparáveis às de um estatuto por escrito. O jurista romano era uma espécie de cientista: os objetos de sua pesquisa eram as soluções para casos que os cidadãos submetiam a ele para estudo, da mesma forma como os industriais, hoje, submetem a um físico ou a um engenheiro um problema técnico relativo a suas fábricas ou a sua produção. Consequentemente, o direito privado romano era algo a ser descrito ou descoberto, não algo a ser promulgado — um mundo de coisas que estava ali, como parte da herança comum a todos os cidadãos romanos. Ninguém promulgara aquela lei; ninguém podia mudá-la por um exercício qualquer de sua vontade pessoal. Isso não significava ausência de mudança, mas, certamente, que ninguém ia dormir com planos baseados em uma regra presente só para acordar, na manhã seguinte, e descobrir que a regra havia sido superada por uma inovação legislativa. Os romanos aceitavam e aplicavam um conceito de efetividade da lei que se poderia descrever como significando que a lei jamais era submetida a mudanças repentinas e imprevisíveis. Além disso, a lei jamais tinha de ser submetida à vontade arbitrária ou ao poder arbitrário de qualquer assembleia legislativa ou qualquer pessoa, inclusive senadores ou outros magistrados proeminentes do estado. Esse é o conceito de longo prazo ou, se preferirmos, o conceito romano da efetividade da lei. (LEONI, 2010, p. 91)

Essa perspectiva do direito com estabilidade no tempo para que os indivíduos possam programar a sua vida é reforçada no pensamento de Hayek como veremos a seguir.

## **2. O Estado de Direito em Hayek**

### **2.1 A premissa epistemológica do pensamento de Hayek**

De acordo com Hayek, a racionalidade humana é limitada (HAYEK, 1990). Somos incapazes de conhecer todas as coisas como elas são de fato. Então o progresso humano e a própria civilização não decorrem da nossa capacidade inata de entender o mundo e sim da experiência.

Esse ponto de partida epistemológico é denominado racionalismo evolutivo ou crítico. Jorge Nogueira explica bem essa categoria e sua antípoda direta:

Segundo Hayek, a concepção construtivista, de base especulativa, tem por fundamento servir como guia do indivíduo e da sociedade a partir da crença no poder ilimitado da razão, eliminando de seus pontos de vista tudo aquilo que se apoie na tradição. É a personalização do Iluminismo francês, calcado no racionalismo cartesiano, cujos expoentes estão entre os Enciclopedistas, os Fisiocratas, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Nicolas de Condorcet (1743-1794). Para o autor, essa linha de pensamento é utópica, além de ter fornecido as bases filosóficas, políticas e jurídicas das mais variadas espécies de totalitarismos que singraram o século XX. Já o racionalismo evolutivo ou crítico liga-se à escola anglo-saxônica, de índole empirista e assistemática. Para Hayek, a abordagem evolucionista funda-se na interpretação de tradições e instituições que surgiram de forma espontânea, inspiradas na jurisprudência do direito consuetudinário. Essa vertente teve início com os filósofos morais escoceses, entre eles David Hume, Adam Smith (1723-1790) e Adam Ferguson (1723-1816), e com seus contemporâneos ingleses Josiah Tucker (1713-1799), Edmund Burke (1729-1797) e William Paley (1743-1805). (NOGUEIRA, 2016, p. 36)

Constata-se a importância que a tradição assume no pensamento do autor a partir justamente dessa premissa que parte da limitação cognitiva da mente humana para abarcar a realidade. Esse tema dos limites cognitivos da nossa percepção é assunto recorrente na filosofia então o aspecto que chama a atenção na abordagem de Friedrich Hayek não é propriamente o enfrentamento do assunto e sim o encaminhamento proposto por ele, qual seja, mirarmos na experiência humana para ver como lidamos ao longo de gerações com problemas humanos que invariavelmente se repetem ao longo da história. E esse é o aspecto que mantém atual o seu pensamento. Dentro desse contexto é que ele desenvolve a concepção do direito, abordada no próximo tópico.

## **2.2 A ideia de direito em Hayek**

A partir da premissa acima a tarefa de enxergar o mundo passa pelos conceitos e categorias consagrados ao longo do tempo. Com o direito isso não é diferente. Muito ilustrativa é a alegoria de Maria Chiara Pievatolo sobre o pensamento de Hayek a respeito da formação do direito:

O direito se forma como se formam os caminhos em uma floresta emaranhada: cada viajante procura abrir espaço por entre a ramagem, e a passagem frequente cria percursos com os quais os outros podem contar, e que funcionam muito mais, para os objetivos de todos, do que os itinerários teoricamente projetados. (PIEVATOLO, 2006, p. 556)

Trata-se de uma visão do direito como “ordem espontânea”. Um direito produzido pelo costume e práticas sociais e que deve ser reconhecido pelo Estado. Esse papel do Estado, aliás, de zelador da ordem jurídica e não propriamente de seu único e potente criador é bem explicado por Arthur Shenfield. Shenfield ressalta que no medievo a posição do Estado era a de guardião do direito e não a de seu criador:

En la Europa medieval, los emperadores, reyes y príncipes reinantes eran considerados como depositarios y defensores del derecho, no como sus creadores. Más importante aun, estaban subordinados a ese derecho existente. Esto no cambió hasta el nacimiento de la doctrina del derecho divino de los reyes. Cuando Sir Edward Coke desafió las pretensiones del rey James I y de su hijo en tal sentido, basó su oposición en las costumbres centenarias del pueblo inglés, reconocidas como tales por las sentencias dictadas por los tribunales a lo largo de generaciones. (SHENFIELD, 1987, p. 02)

O próprio Hayek clarifica a sua ideia de direito vinculado à historicidade, senão vejamos:

Es de suma importancia llegar a tener claridad respecto a esto: todos los grandes pensadores políticos que vieron la esencia de la libertad en que el individuo esté sujeto solamente a la ley y no a la voluntad de un gobernante, comprendían como la ley no todo lo que una corporación legislativa había decidido, sino exclusivamente aquellas normas generales de justicia, originadas de la tradición de la administración de la misma y del trabajo de los jurisconsultos. La asamblea popular en la Atenas de Pericles no estaba ni siquiera investida del derecho a cambiar el nomos - eso era reservado a nomotetas especiales - y podía solamente promulgar psefismata, ordenanzas. Cuando Cicerón escribía: «omnes legum servi sumus, ut liberi esse possumus» (todos somos servidores de la ley para que podamos ser libres), se refería, no a las decisiones legislativas, sino al jus, derecho, que se había ido desarrollando lentamente. (ha dicho con razón que la traducción ciceroniana de nomos por lex, en cambio de jus, fue tan desafortunada como el reemplazo del concepto del imperio del derecho por el de la ley. (HAYEK, 1966, p. 01)

Partindo do direito como um produto da evolução histórica, podemos avançar para compreender a noção de Estado de Direito em Hayek.

### 2.3 Hayek e o Estado de Direito

Na abertura do Capítulo 6 do livro “O Caminho da Servidão”, Hayek deixa clara a sua ideia de Estado de Direito:

A característica que mais claramente distingue um país livre de um país submetido a um governo arbitrário é a observância, no primeiro, dos grandes princípios conhecidos como o Estado de Direito. Deixando de lado os termos técnicos, isso significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas - as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento. (HAYEK, 1990, p. 96)

Constata-se que no cerne do seu pensamento está a consideração da preservação do espaço do indivíduo como fim último da contenção estatal. O direito existe para que possamos conviver em sociedade de forma que cada sujeito possa empreender o seu projeto próprio de vida. A tônica da liberdade está aí. Eu devo olhar para o Estado e me sentir livre, afinal, ele me disse de antemão o que irá fazer e onde jamais chegará (pelo menos em tempos de normalidade).

Demarcadas assim as bases do proibido e do permitido (sempre com alicerce na tradição e nas práticas consagradas) fica o indivíduo livre para fazer suas escolhas, protegido do arbítrio. Sobre a distinção entre Estado de Direito e governo arbitrário disserta o próprio Hayek:

Sob o primeiro, o governo limita-se a fixar normas determinando as condições em que podem ser usados os recursos disponíveis, deixando aos indivíduos a decisão relativa aos fins para os quais eles serão aplicados. Sob o segundo, o governo dirige o emprego dos meios de produção para finalidades específicas. As normas do primeiro tipo podem ser estabelecidas de antemão, como normas formais que não visam às necessidades e desejos de pessoas determinadas. Destinam-se apenas a servir de meio a ser empregado pelos indivíduos na consecução de seus vários objetivos. Além disso, aplicam-se ou deveriam aplicar-se a períodos bastante longos, de modo que se torne impossível saber se auxiliarão a certas pessoas mais do que a outras. Poderiam ser definidas como uma espécie de instrumento de produção que permite às pessoas prever o

comportamento daqueles com que têm de colaborar, e não como meios que visam a atender necessidades específicas. (HAYEK, 1990, p. 97)

E justamente para evitar a instauração do arbítrio é que Hayek faz ressalvas acerca da discricionariedade, consoante será tratado a seguir.

### **3 Hayek e a Discricionariedade Administrativa**

#### **3.1 A concepção atual de discricionariedade**

A discricionariedade administrativa era sinônimo de liberdade ou subjetividade pública franqueada ao administrador. Com a evolução das teorias publicistas atualmente ela é classificada como uma espécie de subjetividade pública ao lado da liberdade de conformação ou configuração e da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Ela tem, por conseguinte, a sua própria configuração. André Saddy, esclarece esse ponto:

A chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade dos órgãos administrativos os quais por conseguinte possuem elementos que a integram sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem a existência de outras formas de liberdade ou margens distintas na maneira de atuar da Administração, mas que não são as três citadas. As mais mencionadas são o poder agraciável, poder facultativo, poder avaliativo e até uma liberdade prognóstica. (SADDY, 2014, p. 261)

Importante esclarecer que Hayek não empregou o sentido técnico-jurídico de discricionariedade administrativa. Ele tão somente estava se referindo a margem de liberdade ou subjetividade pública presente no atuar do Poder Executivo, conforme veremos na sequência.

#### **3.2 A discricionariedade para Hayek**

O Estado de Direito para Hayek se justifica enquanto capaz de estabelecer uma previsibilidade para a ação dos indivíduos. Uma das condições para tanto é a publicidade prévia das regras que assim se tornam públicas e conhecidas por todos.

Nesse contexto, conferir margem de liberdade para a ação administrativa parece um risco, já que deposita no agente público a condição de

criar exigências não previstas anteriormente, deixando o indivíduo à margem de uma proteção mais efetiva. Só que Hayek não desconsidera a inevitabilidade da discricionariedade para o exercício da função administrativa. Sobre esse ponto, leciona André Saddy:

Friedrich A. Hayek aceita que a discricionariedade seja, em certo sentido, necessária para o funcionamento do governo, mas entende essa como um anátema para o Estado liberal quando se afirma que os agentes têm poderes que afetam a esfera privada do indivíduo, cujos critérios para seu exercício se deixam aos próprios agentes. O perigo da discricionariedade, nesse sentido, é que seu exercício depende das preferências dos agentes, os quais, a sua vez, podem ser determinados por valores e objetivos variáveis. E isso significa, segundo o autor, que o indivíduo está sujeito à coação dos agentes estatais e, sob esse enfoque, estes têm o controle sobre a vida daquele, até o extremo de impedir-lhe de planejar suas próprias decisões. Uma coerção desse tipo é uma espécie de privação de liberdade, pois a liberdade é o resultado da existência de uma esfera de atividade protegida por normas e que tais agentes não podem interferir, exceto se a norma possibilita. (SADDY, 2014, p. 07)

Alguma margem de subjetividade pública na atividade administrativa – algo que mobilizou a preocupação de Hayek – é inerente ao exercício da função de governar<sup>70</sup> que lida com problemas reais que nem sempre estão previstos na moldura das regras jurídicas.

O desafio dos juristas que militam na área do direito público é trabalhar no sentido de que o Estado de Direito e o próprio sistema jurídico possam dispor de ferramentas capazes de constranger os agentes públicos a desempenhar a atividade administrativa de forma contida em respeito ao quadro jurídico estabelecido, evitando o arbítrio, tema tratado no próximo ponto.

### **3.3 A motivação como ferramenta contra o arbítrio**

A doutrina publicista contemporânea considera a atividade administrativa estatal legítima e não arbitrária quando ela se enquadra dentro dos moldes legais estabelecidos pelo direito. Por todos, podemos citar as lições de Tomás-Ramón Fernández:

---

70 A subjetividade pública está presente também na função legislativa e na judiciária. Elas apenas deixam de ser abordadas no presente artigo em razão dos objetivos do mesmo.

en un sentido genérico, correlativo de la idea ya antigua que ve en la arbitrariedad el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, su prohibición constitucional juega el papel de una clausula de cierre del sistema que se corresponde con la fórmula “Ley y Derecho” y que, por lo tanto, comprende todo lo que es contrario a aquélla o éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales. en un sentido más concreto, arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo (FERNÁNDEZ, 1993, p. 589).

Para que o administrador mantenha o seu atuar administrativo dentro dessa moldura estabelecida pela Constituição e pela Lei é indispensável que ele motive adequadamente toda a sua atividade. Mais uma vez nos valem das lições de Fernandéz:

La Administración puede elegir certamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un transtorno menor de la vida social (...) Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero porque si está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto. (FERNÁNDEZ, 1993, p. 590).

É pela motivação que podemos controlar a ação administrativa e assim verificar se ela está conforme ou contrária ao direito. Aqui parece haver uma convergência com as preocupações de Hayek e nesse sentido uma saída possível para revestir de atualidade a sua concepção de direito e de discricionariedade.

### **Considerações finais**

Ao final do presente trabalho, pode-se falar que a noção de estado de direito e do próprio direito em Hayek merece algumas críticas. A primeira delas diz respeito a inevitabilidade da subjetividade pública como algo presente na ação estatal e que segundo o autor estaria fora da moldura legal gerando imprevisibilidade ao indivíduo. Hayek é bastante definitivo nesse ponto, ignorando uma condição da realidade que precisa ser enfrentada pela ciência do direito de forma a tentar apresentar algumas possíveis soluções teóricas.

Outra diz respeito à dificuldade da aplicação da concepção de estado de direito de Hayek em tradições oriundas da *civil law* – como a brasileira – baseada na Lei escrita. Sem dúvida a ideia de Hayek do direito como ordem espontânea está mais próxima do sistema da *common law*. Lá o Parlamento e o Poder Judiciário acabam assumindo um protagonismo na tarefa de reconhecer práticas sociais consagradas (o direito comum). Isso é mais problemático na nossa tradição jurídica, apesar de cada vez mais conferirmos protagonismo aos precedentes (basta ver o sistema de precedentes consagrado no atual Código de Processo Civil).

Infelizmente o que não temos na nossa tradição é esse reconhecimento do direito comum desenvolvido pelo povo com base na tradição. Partimos da ideia de que o Estado e apenas ele é o criador da ordem jurídica (monismo estatal).

Integrantes do Judiciário, por exemplo, têm se arvorado como a vanguarda iluminista de uma sociedade que ainda procura solidificar sua democracia. Substituem o parlamento em temas de costumes e reivindicam uma legitimidade democrática que não possuem e nem devem possuir.

O problema da legitimidade democrática do Judiciário é uma constante nas preocupações publicísticas dos dias atuais. Como recuperar a dignidade de um direito que brota do povo e que aspira que as Instituições por ele criadas o reconheçam e trabalhem em uníssono para o progresso da comunidade.

As lições de Hayek, nesse contexto e observadas suas próprias limitações, lançam luz sobre problemas bem atuais como a necessidade de assegurarmos um espaço de liberdade e uma eterna vigilância em relação ao Estado. O protagonismo deve ser do Povo e não das autoridades/instituições. Devem elas atentar para as práticas sociais reiteradas (costumeiras) e nelas buscar a legitimidade para as suas ações. E nesse ponto a exigência de motivação da atuação estatal é o melhor remédio para que o espaço de liberdade (subjetividade pública) não se transforme em arbitrariedade.

O próprio advento das novas tecnologias pode ser um aliado do aparato estatal na tarefa de motivar e publicizar as atuações dos agentes públicos. Nada melhor do que usar esses novos canais de comunicação para aproximar o Povo de seus mandatários e assim tornar a Administração Pública uma efetiva concretizadora de finalidades públicas, sendo peça ativa na consolidação dos direitos fundamentais.

Urge disseminar a exigência da motivação dos atos da administração pública para que o controle social possa ser efetivado com maior eficiência e respeito à verdadeira e legítima fonte do direito, qual seja: as práticas sociais reiteradas pela tradição ao longo da história de um Povo.

Ao final, considera-se atingido o objetivo dessas poucas linhas, qual seja, relacionar a contribuição de uma abordagem própria da ciência eco-

nômica com um tema clássico do direito e a partir dessa simbiose descor-  
tinar novos olhares que incentivem a pesquisa em ciências humanas a par-  
tir de uma abordagem multidisciplinar.

## Referências

- FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1993.
- HAYEK, Friedrich. *Derecho y Lei*. Centro de Estudios Económico-Sociales (CEES). Guatemala: CEES, 1966. Disponível em: <http://www.liberalismo.org/articulo/137/19/derecho/ley/> Acesso em: ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Os Fundamentos da Liberdade*. São Paulo. Editora Visão, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Law, Legislation and Liberty: A New statement of the liberal principles of justice and political economy*. London: Routledge, 1998.
- \_\_\_\_\_. *O Caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- LEONI, Bruno. *Liberdade e a Lei: os limites entre a representação e o poder*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.
- NOGUEIRA, Jorge. *Breves Notas sobre a epistemologia de Hayek*. Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia. Volume IV, Número 1 (Edição 7) Janeiro-Junho 2016: 31-41.
- PIEVOTOLO, Maria Clara. *Rule of Law e ordem espontânea: a crítica do Estado de Direito Eurocontinental em Bruno Leoni e Friedrich Hayek*. in ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs). *O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SADDY, André. *Discricionariedade e Apreciatividade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SHENFIELD, Arthur. Hayek y el Derecho. *Revista Libertas IV*. Buenos Aires: Eseade, 1987. Disponível em: [http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/41\\_5\\_Arthur%20Shenfield.pdf](http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/41_5_Arthur%20Shenfield.pdf) Acesso em: 10 ago. 2018.

## 12. PAPEL DA BUROCRACIA NA ESTRUTURA ESTADO DE DIREITO E COMO INSTRUMENTO DE RESISTÊNCIA DA DEMOCRACIA

*Bruno Glória Silva*

### Introdução

O termo burocracia vem sendo comumente utilizado de forma pejorativa para descrever algo ineficaz, lento, ineficiente, inoperante, traduzindo no imaginário geral a ideia de obsolescência, atraso e corrupção normalmente ligada à estrutura estatal.

A rejeição à burocracia é uma das raras unanimidades em todas as correntes político-ideológicas. Como dito por Beetham (1996), a direita demoniza a burocracia em nome do livre mercado; o centro procura reformá-la em nome da transparência e da *accountability*; e a esquerda pretende substituí-la pela participação popular e pela autogestão democrática.

Esse ideário não contribui para uma agenda prospectiva sobre um elemento indispensável para constituição do Estado e funcionalidade de políticas públicas, sendo a burocracia de fundamental importância para governança contemporânea.

O presente estudo visa analisar o protagonismo da burocracia como elemento deflagrador dos Estados modernos, destacando o surgimento dessa estrutura organizativa como propulsora e viabilizadora dos modelos de governança estatal, tornando possível diversas formas de condução política das capacidades do Estado.

Além da análise sobre a burocracia como elemento imanente dos Estados contemporâneos, seja qual for o viés ideológico de governo, o presente estudo abordará sua relação com a democracia, perquirindo a razão de ataques contemporâneos ao chamado Estado Administrativo (Metzger, 2017) e como a burocracia se constitui como um instrumento de resistência do Estado Democrático de Direito.

O estudo tem como objetivo analisar como a burocracia pode servir de suporte aos princípios democráticos e de como a adesão estrita às re-

gras e procedimentos pode atuar como um contrapeso à arbitrariedade e ao abuso de poder. A natureza hierárquica e atuação baseada na lei tende a permitir a implementação de políticas públicas independentemente das inclinações políticas dos governos de turno.

Ao garantir a aplicação consistente da lei e facilitar a administração pública eficiente, a burocracia reforça o Estado de Direito e contribui para a estabilidade política. Em períodos de incerteza democrática, a burocracia pode atuar como um elemento de resistência, ajudando a preservar a integridade das instituições democráticas. O estudo pretende entender a complexidade da relação entre Estado, burocracia e democracia nos sistemas políticos contemporâneos.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica com o intuito de embasar teoricamente as análises apresentadas neste artigo. Foram consultadas obras e estudos relevantes sobre burocracia, Estado, democracia e governança estatal, buscando compreender a complexidade e as diferentes perspectivas acerca desses temas. A análise e interpretação dessas fontes permitiram uma abordagem crítica e fundamentada sobre o papel da burocracia nos Estados modernos, especialmente em contextos de retrocesso democrático.

## **I Desenvolvimento dos Conceitos de Estado de Direito e Democracia**

A definição do Estado de Direito possui diferentes perspectivas, não havendo consenso sobre um conceito, muito em razão da diversidade contextual no qual os modelos de Estado foram criados em diversos pontos do planeta, diferentes dinâmicas políticas e sociais que justificaram sua formação, além da dimensão que o conceito pode abarcar.

As discussões entre teóricos sobre o Estado de Direito são divididas por divergências sobre o que significa, seus elementos e requisitos, seus benefícios e limitações, se é um bem universal entre outras questões mais complexas.

Este artigo não tem a pretensão de esgotar o debate sobre o conceito de Estado de Direito, tampouco visa encontrar solução para essa celeuma conceitual existente, mas fornecer uma visão geral sobre o Estado de Direito e sua relação com a estrutura criada para viabilizar o exercício do chamado *rule of law*.

Dentre alguns autores pesquisados, parece haver interseção nos diversos conceitos empregados ao Estado de Direito, destacando-se a burocracia como elemento a ele indissociável.

Para Sellers (2015), Estado de Direito significa o império das leis e não dos homens: a subordinação do poder arbitrário e a vontade dos fun-

cionários públicos, tanto quanto possível, à orientação das leis feitas e aplicados para servir ao seu propósito adequado, que é o bem público ("res pública") da comunidade como um todo.

A necessidade de um aparato servil ao interesse comum e subjugado aos ditames da lei também é considerado a essência do Estado de Direito, segundo Tamanaha (2007), sendo esse requisito básico em um conjunto de características mínimas: a lei deve ser prevista antecipadamente (ser prospectiva), ser pública, geral, clara estável e aplicada a todos de acordo com seus termos.

Também existem definições "mais densas" do Estado de Direito, que incluem referência a questões de direitos fundamentais, democracia e/ou critérios de justiça ou direito partilha do Estado de Direito. Observa-se que a definição restrita apresenta uma linha de base comum que todas as definições concorrentes compartilham do Estado de Direito, devendo ser destacado que, quando se amplia a abrangência do conceito, a democracia surge como elemento que interage com as definições de *rule of law*.

Waldron (2008) discute a natureza multifacetada do Estado de Direito, destacando sua importância como um ideal político central juntamente com os direitos humanos, a democracia e a economia de mercado livre. Waldron argumenta que o Estado de Direito não se refere apenas à previsibilidade e determinação das leis, mas também enfatiza aspectos processuais e argumentativos da prática legal. Ele propõe que a compreensão do Estado de Direito e do conceito de lei deve estar mais intimamente conectada, destacando a necessidade de processos legais justos e a administração imparcial da lei como fundamentais para a capacidade do Estado de Direito de orientar a ação.

Marmor (2010) defende um conceito de Estado de Direito focado na regulamentação da conduta humana por meio de normas gerais. Ele argumenta que o Estado de Direito deve satisfazer certas condições funcionais essenciais para que seja considerado como tal, promovendo valores que prezamos, como respeito à dignidade humana e liberdade. Marmor (2010) destaca que, além do aspecto funcional, o Estado de Direito tem valor moral-político, contribuindo para a transparência política, a responsabilidade e o fomento de um regime democrático bem ordenado.

As definições de Waldron e Marmor abordam o conceito de Estado de Direito de perspectivas complementares. Waldron (2010) enfoca a importância dos processos legais justos e da administração imparcial da lei, sugerindo uma conexão mais estreita entre lei e justiça. Marmor (2010), por outro lado, destaca o papel das normas gerais na regulamentação da conduta e argumenta que o Estado de Direito deve promover

valores morais e políticos, como a dignidade humana e a liberdade. Ambos concordam que o Estado de Direito é fundamental para a democracia e a governança justa, mas cada um enfatiza diferentes aspectos dessa relação. Inserida no conceito substantivo do Estado de Direito, a democracia, no aspecto formal, pode ser entendida como um sistema político baseado na soberania popular, garantindo que todos os cidadãos tenham igualdade de direitos na tomada de decisões políticas, seja diretamente ou por meio de representantes eleitos.

A relação entre o Estado de Direito e a democracia é fundamentalmente ancorada na ideia de que a governança por meio de leis promove valores que são essenciais para uma sociedade bem-ordenada. O Estado de Direito, através da regulação da conduta humana por normas gerais, não apenas atende a condições funcionais necessárias para que possa ser considerado como tal, mas também promove valores morais e políticos, como respeito à dignidade humana e liberdade.

Isso sugere uma visão na qual a estrutura legal e o cumprimento de suas condições funcionais inerentes trazem benefícios intrínsecos, promovendo um ambiente de respeito mútuo, previsibilidade e estabilidade que são fundamentais para a democracia.

Dentro das concepções abordadas, Estado de Direito e a democracia são complementares, pois ambos buscam promover a justiça, a igualdade e a participação cidadã no processo político. A democracia, com sua ênfase na soberania popular e na participação cidadã, fornece o contexto no qual o Estado de Direito deve operar, garantindo que as leis reflitam a vontade do povo e sejam aplicadas de maneira que proteja os direitos e liberdades fundamentais.

O Estado de Direito é uma pedra angular da governança democrática, caracterizado pela supremacia da lei e pela igualdade de todos perante a lei. Nesse contexto, a burocracia, com sua estrutura organizacional hierárquica e seu funcionamento baseado em regras e procedimentos formais, se revela como essencial para a materialização desses princípios, como será melhor analisado adiante.

## **2. A Burocracia no Processo de Formação do Estado**

A burocracia, como estrutura fundamental do Estado, tem suas origens no desenvolvimento das civilizações e na necessidade de organizar complexas atividades administrativas. Desde as antigas burocracias egípcia e chinesa, passando pela administração pública romana, até as sofisticadas organizações governamentais da era moderna, a burocracia tem sido uma ferramenta para exercer controle, administrar recursos e implementar políticas.

O estudo sobre o surgimento da burocracia remonta à perspectiva da própria formação do Estado. Durante a idade média não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independente no exterior e no interior que atuasse de modo contínuo com meios de poder próprios. Os reinos da idade média eram unidade de poder intermitentes e excepcionais, intervindo de vez em quando para eliminar a perturbação da ordem do Rei que se desejava manter.

Na transição entre o período Medieval para a Idade Moderna, surgiu um governo estamental, que é considerado como a primeira forma de Estado moderno, pois se apresentava uma tentativa de centralização do poder. No século XIII surgem novos “estamentos”, como a burguesia que ganhou poder devido ao aparecimento da economia monetária e creditícia.

Completa-se, assim, um dualismo do “Estado” corporativo, composto por duas ou mais organizações de poderes entre si.

Segundo Heller (1968), as origens do Estado moderno podem ser encontradas nas cidades-repúblicas da Itália na época da renascença. As “poliarquias” transformaram-se em unidades de poder contínuas e organizadas, com monismo de poder, relativamente estático, que diferencia o estado da idade da idade moderna do medieval.

Os feudos tinham poder militar por meio de exércitos de mercenários. A evolução da técnica de guerra elevou os custos e exigiu uma organização centralizada. A necessidade de criar exércitos permanentes deu lugar a uma transformação da administração das finanças. Tropas feudais ocasionais deram lugar a exércitos permanentes de administração do Estado.

O que aconteceu na órbita militar, poder unitário, aconteceu também nas demais zonas de administração com a racionalização técnica de concentração de poder político. O instrumento para conseguir a independência da unidade de poder do Estado foi a hierarquia das autoridades, com competências delimitadas e com atividade contínua e exclusiva à função pública, cooperando para formação da unidade estatal. Surge então a burocracia.

Posteriormente, os estudos de Max Weber, no início do século XX, sobre a burocracia trouxeram grande conteúdo sobre o tema, cujo conceito por ele desenvolvido será analisado adiante, podendo ser sistematizado como uma forma ideal de organização racional, destacando sua eficiência, previsibilidade e capacidade de gerenciar grandes volumes de informações e tarefas administrativas de forma sistemática.

A natureza hierárquica e baseada em regras da burocracia permite a implementação consistente de políticas, independentemente das inclina-

ções políticas dos governantes de turno. Esse arranjo não só garante a previsibilidade e a segurança jurídica necessárias para o funcionamento eficaz do Estado, mas também promove a igualdade perante a lei, um pilar central da democracia.

### **3. Teorias sobre a Burocracia: Visão Weberiana e Críticas Contemporâneas**

O intelectual e jurista alemão Weber, influente em diversas áreas do conhecimento, trouxe notável contribuição sobre o tema abordado neste artigo, sendo considerado o pai da teoria da burocracia, descreve-a como a forma mais racional e eficiente de organização, enfatizando hierarquia, regras claras, especialização de funções e conduta impessoal.

Max Weber via a burocracia como indispensável para a administração moderna do Estado, destacando várias vantagens da organização burocrática, incluindo sua capacidade de aumentar a eficiência através da especialização de tarefas, a previsibilidade e uniformidade na aplicação de regras e procedimentos, e a objetividade na tomada de decisões, eliminando o favoritismo.

Segundo o autor, a hierarquia clara e a divisão de trabalho permitem uma coordenação eficaz e a responsabilização dos funcionários. Além disso, a seleção e promoção baseadas na competência e qualificação técnica garantem que a administração seja conduzida por indivíduos qualificados, servindo de instrumento para implementação de políticas públicas, constituindo-se alicerce de uma governança.

O caráter permanente do aparelho burocrático é destacado como uma das estruturas sociais mais difíceis de destruir, uma vez plenamente estabelecido. A burocracia transforma a "ação comunitária" em "ação societária" organizada racionalmente, servindo como um instrumento de poder significativo para quem controla o aparelho burocrático. A burocracia prevalece sobre todas as formas de resistência graças à sua organização metódica, tornando-se uma forma de poder praticamente inamovível. O burocrata individual, ligado ao aparelho burocrático, atua como uma engrenagem de um mecanismo sempre em funcionamento, o que reforça a permanência e a autoridade exercida "societariamente".

A burocracia pode levar a uma distribuição criptoplutocrática do poder, onde o financiamento e a influência nos partidos políticos podem resultar em estruturas burocráticas que favorecem interesses capitalistas. Weber observa que a burocratização frequentemente ocorreu em aliança com o capitalismo, favorecendo a eliminação de prerrogativas feudais e promovendo a expansão da atividade capitalista. Este processo de burocracia

tização contribuiu para o nivelamento social dentro das organizações políticas e estatais, muitas vezes alinhado com os interesses do capitalismo.

No entanto, a burocratização também tem implicações para o nivelamento das diferenças sociais, pois a estrutura burocrática tende a emergir em contextos de diminuição das diferenças econômicas e sociais, influenciando a distribuição de funções administrativas. A burocracia é necessariamente ligada à moderna democracia de massas devido à sua ênfase na regulação abstrata da prática da autoridade, promovendo a igualdade perante a lei e rejeitando privilégios.

Além disso, a burocratização e a democratização dentro da administração estatal aumentam os custos financeiros para o tesouro público, apesar de a administração burocrática geralmente ser considerada mais "econômica" do que outros tipos de administração. Essa paradoxal natureza "econômica" reflete a eficiência técnica da burocracia em comparação com formas alternativas de administração, mesmo que venha acompanhada de custos financeiros e sociais aumentados.

Max Weber descreve o poder da burocracia em termos de sua capacidade técnica e eficácia como meio de poder a serviço de quem a controla. A burocracia é considerada o meio de administração mais eficiente e racional, destacando-se por sua precisão, continuidade, subordinação estrita, e redução de custos e desacordos. Weber observa que, em condições normais, o poder de uma burocracia em plena expansão é sempre impressionante, colocando qualquer "padrão político" numa posição desvantajosa em comparação ao funcionário burocrático treinado e investido com autoridade formal.

A burocracia também tenta aumentar sua superioridade mediante a retenção de conhecimentos e intenções, tendendo a operar em "sessões secretas" para excluir críticas ao seu funcionamento e preservar seus propósitos. Este segredo, que pode ser justificado em alguns contextos por razões de segurança ou interesse nacional, é frequentemente utilizado de forma mais ampla para fortalecer o poder burocrático.

Além disso, a burocracia promove um certo nivelamento das diferenças sociais, estando vinculada tanto a regimes democráticos quanto a outros sistemas de governo, devido à sua natureza de regular a conduta por meio de regras abstratas, promovendo a igualdade perante a lei.

Contudo, a relação da burocracia com a democracia é complexa, pois, embora a burocracia possa facilitar a implementação de políticas democráticas através da administração eficiente, seu caráter permanente e resistência à mudança podem também servir de obstáculo à dinâmica democrática, especialmente quando os interesses burocráticos se alinham com a manutenção do *status quo ante* a potencial inovação política e social.

As críticas à burocracia, segundo o modelo weberiano, incluem o excesso de formalidades, que pode prejudicar a eficiência organizacional (TSUFA, 2011). Outros pontos de crítica são a previsibilidade excessiva, a despersonalização, o mecanicismo, a centralização de decisões e uma forte orientação intraorganizacional apegada às normas. Merton (1959) destaca as disfunções do modelo burocrático, enfatizando a impossibilidade de uma organização ser totalmente racional e as consequências imprevistas de sua aplicação prática. Chiavenato (1998) introduz as disfunções como internalização excessiva de regras, excesso de formalismo, resistência a mudanças, e dificuldade no atendimento a clientes.

Essas críticas apontam para uma necessidade de revisão e adaptação do modelo burocrático para enfrentar desafios contemporâneos.

#### 4. Papel da Burocracia na Implementação de Políticas Públicas

A burocracia desempenha um papel crucial na formulação, na tomada de decisão e na implementação de políticas públicas, atuando como o mecanismo pelo qual diretrizes governamentais são traduzidas em ações concretas.

Ela é responsável pela organização, interpretação e aplicação das leis e políticas definidas pelo legislativo e executivo. Isso envolve a elaboração de regulamentos, a coordenação de recursos, a supervisão de programas e serviços, e a avaliação de resultados.

A burocracia também é um ator chave no processo de agendamento das políticas públicas, que envolve a identificação de questões a serem abordadas e a priorização de políticas. Ela desempenha um papel crítico na definição de problemas, na mobilização de recursos e no estabelecimento de agendas políticas, influenciando significativamente as decisões sobre quais políticas são promovidas e como são implementadas.

Nesse campo, o debate que se utiliza da burocracia no processo de políticas públicas pode ser encontrado nos estudos sobre as capacidades estatais (Gomide; Pires, 2014) que preconiza o Estado não como simples arena em que disputam atores diversos e seus interesses mediados por classes, mas como um ator em si mesmo, que precisa ter autonomia para fixar suas políticas, bem como ter capacidade de implementá-las (Gomide; Pereira; Machado 2018). Nessa concepção a burocracia atua nas questões administrativas e nas questões políticas que, juntas, impactam tanto o *policy-making* quanto o *policy process* (Gomide; Pires, 2014).

O papel da burocracia no processo de *policy agenda setting* (Workman, 2015) possibilita ao governo adaptabilidade e flexibilidade para mudanças que incorrem de questões menos chamativas, fora da agenda acessada pela atenção do ambiente macropolítico; um processo dinâmico entre políticos e burocratas na transmissão de informações - influência en-

tre controle e autoridade – permite definição dos problemas para além da proposição de alternativas; sendo essa dupla dinâmica um mecanismo de feedback da burocracia para os políticos um sistema cumulativo no sentido de que cada delegação à burocracia retroalimenta o *policy-making*, de modo que os políticos e burocratas interagem para produzir mudanças no processo de decisão política, demonstrando uma participação proeminente da burocracia no agendamento e na formulação de políticas.

A burocracia desempenha um papel vital na operacionalização da governança estatal, gerenciando a vasta gama de funções necessárias para o bem-estar social, a segurança e o desenvolvimento econômico. Os burocratas, através de sua expertise técnica e conhecimento especializado, são fundamentais para a formulação e implementação de políticas públicas.

Além disso, a burocracia facilita a continuidade administrativa, mantendo o funcionamento do Estado mesmo em meio a mudanças políticas, o que é essencial para a estabilidade e previsibilidade política.

## **5. Ataques ao Estado Administrativo e Papel da Burocracia como Instrumento de Resistência da Democracia**

Diante da importância da burocracia estatal desde a formulação até a implementação de políticas públicas, é possível observar, em períodos de retrocesso democrático, ataques direcionados ao Estado Administrativo. Estes ataques incluem esforços legislativos, judiciais e executivos para limitar o alcance e o poder da burocracia. Tais ações têm implicações significativas para a democracia, uma vez que podem enfraquecer a capacidade do governo de implementar políticas eficazes, reduzir a transparência e a prestação de serviços essenciais à população.

As tensões entre a ação política e a burocracia têm sido um tema constante no debate público. A literatura tem analisado o embate entre políticos e burocratas sob a perspectiva das práticas dos burocratas e das diferentes formas de comportamento diante das políticas que devem implementar e das organizações a que pertencem (Hirschman, 1970; Brehm; Gates, 1999; Lipsky, 2010; Cooper 2018).

Analisando o contexto no cenário norte americano, Metzger (2018) desenvolve a questão da formação do Estado Administrativo destacando a tensão histórica entre a necessidade de uma burocracia eficiente e as críticas à sua expansão e poder. A análise começa com uma reflexão sobre como, desde a fundação dos Estados Unidos, delegações de autoridade ao ramo executivo têm sido uma característica persistente, defendida por cortes por quase tanto tempo quanto a nação existe. Esta prática de delegação é vista como um pilar fundamental do governo moderno, necessária devido à complexidade e escala das responsabilidades governamentais contemporâneas.

A discussão então se aprofunda na era dos anos 1930, um ponto de inflexão crítico na relação entre o Estado Administrativo e o poder executivo. Durante este período, duas narrativas predominantes sobre o controle administrativo emergiram: uma defendendo um forte controle presidencial sobre o governo administrativo e a outra enfatizando a importância da especialização e da expertise administrativa. Ambas as visões, embora opostas em determinados aspectos, concordaram que o Estado Administrativo era essencial para garantir um exercício do poder executivo responsável e eficaz, bem como para proteger contra seu abuso.

Metzger argumenta que, apesar das críticas contemporâneas ao Estado Administrativo, este é, de fato, obrigatório do ponto de vista constitucional. Esse entendimento é reforçado pela constatação de que, ao longo da história dos EUA, o desenvolvimento do estado administrativo tem sido uma resposta necessária à expansão das funções governamentais, demandada tanto pela complexidade das questões enfrentadas pela sociedade quanto pela expectativa de governança eficaz e responsável.

Apesar da iminente importância da burocracia estatal para o desenvolvimento da nação norte americana, Metzger observou ocorrência de ataques ao Estado Administrativo em várias frentes com uma forte ênfase conservadora e libertária contra a governança administrativa. Segundo a autora, os ataques não são apenas críticas retóricas, mas envolvem ações concretas que visam redefinir o entendimento constitucional e limitar o poder administrativo.

No plano político, observam-se ações antirregulatórias agressivas, como a promessa da administração Trump de "desconstruir o Estado Administrativo" e identificar um "*deep state*" perigoso oposto ao presidente. Essas ações incluíram a revogação, isenção ou adiamento da implementação de importantes iniciativas regulatórias da administração Obama em áreas como meio ambiente, regulação financeira e saúde.

Esses ataques visam minar a confiança pública nas instituições governamentais, aumentando o poder da narrativa do chefe político da nação em relação aos temas que pretende direcionar suas políticas, sem que haja interferência técnica do aparato estatal na discricionariedade da escolha a ser feita. A erosão da confiança leva ao ceticismo ou à apatia em relação às instituições públicas, sendo fundamental a disseminação desse propósito para os defensores da ideologia anti *stabilishment*.

Esse processo reduz a capacidade administrativa do Estado de implementação de políticas públicas, afetando o poder do governo de atender às necessidades dos cidadãos, sendo fator de fomento às desigualdades e exclusão, uma vez que tende a afetar desproporcionalmente grupos vulneráveis e marginalizados, exacerbando desigualdades existentes, que, na

visão de Vilhena (2008), compromete a integridade do Estado de Direito e da democracia.

A emergência de contextos de retrocesso democrático em todo o mundo foi sentida no Brasil e os ataques compartilham temas comuns, incluindo uma resistência retórica e quase visceral a um governo administrativo percebido como descontrolado, uma forte guinada para os tribunais como meio de conter o poder administrativo e uma camada constitucional pesada na qual o estado administrativo é apresentado como incompatível com a estrutura constitucional e o entendimento original da separação dos poderes. Essas lógicas subjacentes oferecem a estrutura conceitual que impulsiona o antiadministrativismo contemporâneo.

Em contextos de governos autoritários, as dinâmicas de controle e resistência assumem formas diversas. Quando a burocracia estatal se torna um obstáculo para os projetos autoritários, os governantes geralmente optam por atacá-la ou purgá-la (Bauer *et al.*, 2021; Bauer; Becker, 2020), visando eliminar a dissidência (Stoker, 2021).

Conforme apontado por Lotta (2022), as estratégias de opressão política observadas durante o governo Bolsonaro se distinguem das adotadas por governos anteriores, especialmente em três aspectos cruciais: a garantia dos direitos constitucionais, a transparência e a responsabilização, e a legalidade burocrática. Estes aspectos fundamentam as práticas de opressão que se diferenciam das relações político-burocráticas em períodos de normalidade democrática, caracterizando-se pela contestação dos princípios constitucionais, pelo desmantelamento dos mecanismos de transparência e responsabilização, e pela desconsideração do arcabouço legal e procedimental da administração pública.

Foram identificados diversos tipos de estratégias de opressão ao Estado Administrativo, visando minar a estrutura burocrática (Lotta, 2022). A primeira estratégia é de natureza formal e individual, caracterizada pela abertura de Processos Administrativos Disciplinares (PAD) contra burocratas com acusações indevidas, o que resulta em altos custos financeiros e emocionais para os envolvidos. Essas ações podem levar à exoneração ou mudanças forçadas de postos de trabalho, obrigando os burocratas a mudarem de departamento, cidade, estado ou até mesmo de país, sendo utilizadas como formas de perseguição individualizada. A segunda estratégia consiste no movimento de militarização dos quadros burocráticos, sugerindo uma estratégia de opressão ao modificar a composição e as práticas da burocracia, potencialmente aumentando a influência das forças armadas ou de indivíduos com formação militar em posições civis da administração pública. Por fim, a terceira estratégia é o assédio, que vai desde a indefinição de tarefas até a proibição formal no cumprimento de

atribuições burocráticas, afetando negativamente a autonomia e capacidade dos burocratas de realizar seus trabalhos de forma eficaz.

Embora não tenha sido uma prática exclusiva do governo Bolsonaro, pesquisas indicam que esses casos aumentaram e se tornaram mais graves durante os anos do bolsonarismo (Cardoso et al., 2022). Para ilustrar esse processo, dados da Corregedoria Geral da União (2002) mostram um aumento na instauração de processos administrativos disciplinares (PADs) na área ambiental, que é constantemente palco de conflitos entre o Chefe do Poder Executivo e o corpo técnico dos órgãos de proteção ambiental em relação às políticas públicas nessa área.

Figura 1 – Instauração de PAD no Ministério do Meio Ambiente entre 2014 e 2021



Fonte: CGU (2022).

Fonte: CGU, 2022.

Durante a pandemia de COVID-19, um exemplo ilustra o conflito entre direcionamento técnico (burocracia) e viés político-ideológico (político). Nesse contexto, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) autorizou o fornecimento de uma vacina para vacinação infantil. A reação do Presidente da República foi uma declaração pública sobre sua intenção de divulgar o nome dos técnicos e técnicas favoráveis à liberação, de modo que a sociedade soubesse quem eram os responsáveis. Esse episódio demonstra a tentativa de direcionar a opinião pública contra a decisão técnica da ANVISA, destacando o embate entre a expertise técnica da burocracia e as motivações políticas<sup>71</sup>.

71 <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/bolsonaro-diz-que-decisao-de-vacinar-criancas-contra-a-covid-cabe-as-familias/> (acessado em 27.02.2024)

A burocracia brasileira, enfrentando formas opressivas de controle político, desenvolveu estratégias de reação para defender políticas públicas ou instituições sob ameaça e para autoproteção. Essas estratégias podem ser tanto formais (recorrendo a mecanismos legais ou sistemas governamentais oficiais) quanto informais (ações sem rastros, como sabotagem ou denúncias nas mídias sociais).

Essas estratégias refletem um esforço adaptativo e resistente por parte dos burocratas para mitigar os impactos de ações governamentais que percebem como prejudiciais às políticas públicas e à integridade das instituições democráticas. Portanto, as estratégias de reação da democracia, no contexto da burocracia, enfatizam a importância de mecanismos de resistência tanto formais quanto informais para preservar a funcionalidade das instituições públicas e proteger os princípios democráticos.

### Considerações finais

O presente estudo abordou a relação entre burocracia, Estado e democracia por entender fundamental para avaliar a dinâmica e a estrutura dos sistemas políticos modernos. A burocracia, apesar de frequentemente criticada por sua lentidão e ineficiência percebidas, desempenha um papel crucial na formação e funcionamento do Estado de Direito, agindo como uma espinha dorsal para a governança estatal.

O Estado de Direito depende da aplicação uniforme e imparcial das leis, um princípio de que a burocracia é especialmente equipada para promover. A natureza hierárquica e baseada em regras da burocracia permite a implementação consistente de políticas, independentemente das inclinações políticas dos governantes de turno.

Em momentos de ameaça ou retrocesso democrático, a burocracia pode servir como um bastião de resistência, protegendo os princípios democráticos e os direitos fundamentais. A adesão estrita às regras e procedimentos pode atuar como um contrapeso à arbitrariedade e ao abuso de poder, limitando as capacidades dos governantes de implementar mudanças radicais sem o devido processo legal. Além disso, a presença de uma burocracia profissional e independente pode assegurar que as instituições estatais continuem a funcionar de acordo com os princípios democráticos, mesmo diante de tentativas de erosão desses princípios.

### Referências bibliográficas

BAUER, Michael W.; BECKER, Stefan. Democratic backsliding, populism, and public administration. *Perspectives on public management and governance*, v. 3, n. 1, p. 19-31, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ppmgov/gvz026>. Acesso em: 4 jan. 2024.

- BAUER, Michael W. et al. (Ed.). *Democratic backsliding and public administration: How populists in government transform state bureaucracies*. Cambridge University Press, 2021.
- BEETHAM, David. *Bureaucracy*. Buckingham. 1996.
- BERSCH, Katherine; LOPEZ, Felix; TAYLOR, Matthew M. Patronage and presidential coalition formation. *Political Research Quarterly*, v. 76, n. 2, p. 508-523, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/10659129221100830>. Acesso em: 4 jan. 2024.
- BREHM, John O.; GATES, Scott. *Working, shirking, and sabotage: Bureaucratic response to a democratic public*. University of Michigan Press, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 1993.
- BRASIL, Senado Federal. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CARDOSO JR, J. C. et al. *Assédio institucional no Brasil: avanço do autoritarismo e desconstrução do Estado. Brasília/João Pessoa: Associação dos Funcionários do Ipea/EDUEPB*, 2022.
- CGU. Controladoria Geral da União. Paineis Correição em Dados. 2022. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em: 4 de jan. 2024.
- COOPER, Christopher A. Bureaucratic identity and the resistance of politicization. *Administration & Society*, v. 50, n. 1, p. 30-52, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0095399715581046>. Acesso em: 4 jan. 2024.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. Elsevier Brasil, 2003.
- COUTINHO, Doris de Miranda. *Prestação de Contas de Governo*. Belo Horizonte, 2020. HELLER, Hermann et al. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, voice, and loyalty: Responses to decline in firms, organizations, and states*. Harvard university press, 1972.
- JEREMY, Waldron. The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, v. 43, n. 1, p. 1, 2008.
- LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: Dilemmas of the individual in public service*. Russell Sage Foundation, 2010.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Editora Schwarcz- Companhia das Letras, 2018.
- LOTTA, Gabriela Spanghero et al. A resposta da burocracia ao contexto de retrocesso democrático: uma análise da atuação de servidores federais durante o Governo Bolsonaro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, p. e266094, 2023.
- LOTTA, Gabriela Spanghero et al. A resposta da burocracia ao contexto

- de retrocesso democrático: uma análise da atuação de servidores federais durante o Governo Bolsonaro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, p. e266094, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-3352.2023.40.266094>. Acesso em: 4 jan. 2024.
- LOTTA, Gabriela et al. *Burocracia na mira do governo: os mecanismos de opressão operados para moldar a burocracia*. Assédio institucional no Brasil: avanço do autoritarismo e desconstrução do Estado. Brasília: Associação dos Funcionários do Ipea: EDUEPB, 2022.
- LOTTA, Gabriela; SILVEIRA, Mariana Costa; FERNANDEZ, Michelle. Ações e reações: mecanismos de opressão à burocracia e suas diferentes estratégias de reação. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11963>. Acesso em: 4 jan. 2024.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Saraiva Educação SA, 2018.
- MARMOR, Andrei. The ideal of the rule of law. *A companion to philosophy of law and legal theory*, v. 2, p. 666-674, 2010. Disponível em: DOI:10.1002/9781444320114. Acesso em: 4 jan. 2024.
- MERTON, Robert King. *Social theory and social structure*. Simon and Schuster, 1968.
- METZGER, Gillian E. 1930s Redux: The Administrative State Under Seige. *Harv. L. Rev.*, v. 131, p. 1, 2017.
- PAIVA, Carlos Henrique Assunção. A burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945). *História (São Paulo)*, v. 28, p. 775- 796, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-90742009000200027>. Acesso em: 4 jan. 2024.
- PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.
- PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil (Ed.). *Relocating the rule of law*. Bloomsbury Publishing, 2008.
- TSUFA, Evandro. Empreendedorismo governamental–. 2011.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. vl II. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- VILHENA, Oscar. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Conectas. Ano, v. 6, 2007.
- YESILKAGIT, Kutsal. Bureaucracy under authoritarian rule: autonomy and resilience of administrative institutions in divided times. In: *SOG Conference 'Bureaucracy in Divided Times'*, University of Potsdam. 2018. p. 20-21.