Organizadores:
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Ricardo Martins Spindola Diniz
Diva Julia Safe Coelho

DIREITO, HISTÓRIA E POLÍTICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO:

EXPERIÊNCIA E REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

10

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho

tirant
lo blanch

Copyright© *2018 by Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Ricardo Martins Spindola Diniz & Diva Julia Safe Coelho*

Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

Juarez Tavares
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

Luis López Guerra
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

Owen M. Fiss
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

D635 Direito, História e Política nos 30 anos da Constituição: experiências e reflexões sobre o contexto constitucional brasileiro.
Organizadores: Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Ricardo Martins Spindola Diniz, Diva Julia Safe Coelho. – 1.ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018. (Coleção Experiências Jurídicas nos 30 anos da Constituição Brasileira ; 10)
404p.

ISBN: 978-85-9477-242-8

1.Brasil. 2. Direito e História. 3. Constituição Brasileira. I. Título.

CDU: 342

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editoral Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca
Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D
Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040
www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizadores:
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Ricardo Martins Spindola Diniz
Diva Julia Safe Coelho

DIREITO, HISTÓRIA E POLÍTICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO:

EXPERIÊNCIA E REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

10

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho

empório do direito .com.br

tirant lo blanch

COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG-DP-UFG

Coordenação:

Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO) e

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

Conselho Científico da Coleção:

Profa. Dra. Alessandra Silveira (U.Minho - Portugal)

Prof. Dr. Alexandre Walmott (UFU)

Profa. Dra. Diva Julia Safe Coelho (UFU)

Prof. Dr. Felipe Bambirra (Uni-Alfa)

Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB - Espanha)

Prof. Dr Leonardo Nunes (UFOP)

Prof. Dr. João Porto (UniRV)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (UFG)

Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (UNISC)

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho (UFG)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO 7
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG) e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

APRESENTAÇÃO DO LIVRO 11
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Diva Julia Safe Coelho
Ricardo Martins Spindola Diniz

APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES . . 21

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES 23

PREFÁCIO - CONTEXTUALIZACIÓN MACROFILOSÓFICA DE LA 'CONSTITUIÇÃO CIDADÃ' 29
Gonçal Mayos

REFLEXÕES SOBRE AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: BREVE MEMORIAL ENSEJADO PELOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 35
Diva Júlia Safe Coelho
Saulo de Oliveira Pinto Coelho

"CHEGA DE GOLPES", "O PAÍS JÁ VIVE A CONSTITUIÇÃO": EXPECTATIVAS, EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E ESPERANÇAS NA IMPRENSA BRASILEIRA NOS DIAS 05 E 06 DE OUTUBRO DE 1988 67
Gustavo Silveira Siqueira

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1987-88): ENTRE A IDENTIFICAÇÃO SOCIAL E A IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL 81
Maria Pia Guerra
Ana Carolina Couto

A LONGA CONSTITUINTE DOS POLICIAIS MILITARES: DA PREPARAÇÃO PARA A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À REVISÃO DE 1993 107
Bruno César Prado Soares

A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988) NO DEBATE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1986-1988) 139
Gabriella Coelho Santos
Diego Nunes

INTERVENÇÃO ESTATAL BRASILEIRA E SUAS CONTINUIDADES CONSTITUCIONAIS: DE 1934 A 1988 169
Bruno Arthur Hochheim

DIREITO, DESCONSTRUÇÃO E JUSTIÇA / UM MÍNIMO DE LIBERDADE 207
Alexandre Araújo Costa
Ricardo Martins Spindola Diniz

ENFRENTANDO A IMPUNIDADE: AS LEIS DE ANISTIA NA ARGENTINA, NO BRASIL E NO CHILE, E SUA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO EM NOME DO DIREITO À MEMÓRIA 247
Jonatan de Jesus Oliveira Alves
Diego Nunes

AVALIAÇÕES DE IMPACTO COMO FORMA DE APERFEIÇOAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL 269
Diego da Silva Rodrigues

A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, SITUAÇÃO FÁTICA ATUAL, CONSEQUÊNCIAS TEÓRICAS E JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 18ª REGIÃO. 291
Amauri Cesar Alves
Roberta Castro Lana Linhares
Thiago Henrique Lopes de Castro

OS REFUGIADOS NO BRASIL: O CAOS DA ATUALIDADE 315
Mariana Luri Shimada / Edith Costa Antunes Machado Giolo

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE DO PODER DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 335
Jordana Mendes
Cândida Carolina de Souza

LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA NO PARLAMENTO GOIANO COMO EXPRESSÃO DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA 355
Guilherme Cordeiro de Lima

O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: BUSCA PELA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 383
João Carlos Matias Filho
Línia Dayana Lopes Machado
Rildo Mourão Ferreira

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.[1] (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.[2] (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma 'ciência do direito' e uma 'prática jurídica' são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performaticamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra – ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas

da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar

esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma 'Constituição Cidadã', que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso 'modo automático' e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

Coordenadores da Coleção

APRESENTAÇÃO DO LIVRO

Desde a sua elaboração, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil teve o seu passado feito presente – que aparecia, em alguma medida, como a origem da sua verdade – questionado e disputado. Circunstâncias as quais foram resumidas por José Eduardo Faria, (1989, p. 77) passados apenas um ano da promulgação da Constituição Cidadã, nas dificuldades que se apresentavam à sua interpretação, impossibilitada, para o autor, "em termos de identificação do sentido lógico de suas normas," e sim "sempre (re)construída a partir de critérios extrajurídicos" que transcenderiam a formalidade do seu texto, remetendo-se justamente aos jogos da sua história, à sua historicidade. Passado do qual o texto constitucional não deixava de representar uma reificação, (FERRAZ JR, 1989, p. 9-10) e, concomitantemente, como que a sua preservação, na medida em que configurou as gramáticas dos eventos que a antecederam,–e que só poderiam se traduzir, diante de sua pluralidade e conflituosidade, em normas indeterminadas (FARIA, 1989, p. 66, 76) – vinculando o futuro à linguagem desse momento.

Qualquer momento, contudo, é sempre já mais que um, e aí estaria o jogo, retendo consigo uma profundidade e ambiguidade da qual se pode desviar, ou, decisivamente, enfrentar as possibilidades trazidas efeitualmente nas ranhuras e tensões advindas da sobreposição das camadas de sentido, retomando-as às margens da realidade efetiva. Assim, não seria impossível arriscar uma formalização indicativa da experiência constitucional dos últimos trinta anos – ressaltadas a posição, visão, e concepção prévias que aparecem

sem se fazer presentes como pressupostos de qualquer interpretação e que se anunciam muito mais no texto, pelo texto, e como texto a quem se indica do que para quem indica – a partir dessa dicotomia, de um confronto entre diferentes modalidades de ser, entre o esquecimento no habitual e atual, e a possibilidade de se inscrever o estranho naquilo que é comum, distanciando aquilo que vai mais próximo e que, justamente por isso, passa despercebido se comparado ao cotidiano daquilo que aparece pronto à mão.

Entre uma e outra, ou na contraposição de uma com a outra reside, talvez, a diferença entre o programa constitucional – ou mesmo o "paradigma constitucional" – e uma decisão constitucional. Não parece exagerado dizer que se buscou articular, inicialmente, – e os inícios, ou as origens, seriam, bem ou mal, tudo para toda prática arraigada na e atualizada a partir da renovação da tradicionalidade, preservada por uma comunidade de corresponsabilidade que nela e por ela se identifica (HUSSERL, 1989) – o sentimento ou o projeto de mudança, o "sentimento da força normativa da Constituição," talvez, com recurso ao conceito de paradigma – referenciando-se, bem ou mal, o sentido muito peculiar que respondeu a essa palavra Thomas Kuhn. Nomes-fundadores da linguagem constitucional atual escreviam no seu acontecer e nos dias e anos imediatamente posteriores ao acontecimento sobre a necessidade, ou mesmo a inexorabilidade, de uma "mudança de paradigma."

É de todo curioso que o conceito de paradigma tenha sido articulado para advogar a apreensão da situação hermenêutico-jurídica da passagem do regime ditatorial à novíssima república como um momento de crise, quando, invariavelmente, aquilo que o conceito designa de mais profícuo, isto é, o paradigma como artefato excludente que estaria ao centro da constituição e do isolamento das comunidades científicas, traga consigo duas particulares e concomitantes consequências dessa totalidade conjuntural: na mesma medida em que crises são inevitáveis, e que é na atualização de um paradigma que se aproxima a sua ruptura, elas também o são

imprevisíveis paradigmaticamente. O apagar dos traços da interrupção, do arbítrio, da decisão, e, portanto, da historicidade, é o que um paradigma enquanto *tecnologia* faz por excelência, abrindo, com isso e por sua vez, a possibilidade de se falar e viver o progresso sem rupturas – e sem decisões, e sim programas de pesquisa.

Uma decisão, por definição, não pode se prever como acertada, como boa, havendo consigo sempre risco e sacrifício, que não é nada senão essa abertura de um espaço de experiência – o que poderia ser indicado, talvez, pelo nome de "liberdade," não enquanto propriedade, ou mesmo condição de possibilidade, mas como êxtase, como o fora-de-si da existência – que interrompe o futuro-limite do horizonte de expectativas. E, por conseguinte, uma decisão pela mudança de paradigma é uma contradição em termos – e é difícil decidir se essa contradição seria uma "tensão essencial," na esperança de que o conceito e a crítica do modo paradigmático da prática científica possa conviver com suas conquistas, ou, aquilo que deve ser esquecido como o custo a se pagar pelo progresso das ciências. Paradigmas não mudam por si – quando mudam, sucedem-se apagando a mudança e renovando retrospectivamente uma continuidade sempre já prospectiva –, e nem deixam ruínas.

O direito é, em alguma medida, tecnologia. Ou, talvez, melhor seria dizê-lo: a imperatividade do direito moderno é tecnológica, no movimento linear em que se reduz positividade e normatividade à positivação e se transforma a pessoa de direito em ponto de imputação. Esse movimento poderia ser lido, por exemplo e também, no enquadramento efetuado pela categoria de poder constituinte. E, de todo modo, poderia ser aproximado, de um lado, como que a explicar o porquê da decisão quanto ao começo do processo constituinte – se em 1964, no comentário de Moreira Alves aos constituintes para quem, na figura de presidente do Supremo Tribunal Federal explicitava o sentido jurídico da constituinte; (*Cf.* KOERNER; FREITAS, 2013, p. 148 e ss.) se nos últimos anos do regime – poder ser suspensa, suspensão que permitira a transformação da primeira

posição em um pressuposto jurídico-metodológico, o pressuposto da "tradição república," de interpretação normativa do texto constitucional atualizado programaticamente, mas raramente anunciado, até os dias de hoje no contexto daquela jurisdição. Muito embora sejam outros os seus membros, outras as narrativas, e mesmo que se defenda, como já o fez Luís Roberto Barroso, que a história constitucional brasileira comece com a Constituição Federal de 1988. (*Cf.* BARROSO; BARCELLOS, 2010, p. 271-273) Talvez, portanto, a superficialidade de 30 anos de história de progresso – com o professado esgotamento da tarefa de uma série de ações constitucionais, voltadas para a constitucionalização do direito posto, em vias de finalização, ainda que a decisão pelo que se entende por constitucionalização nunca se possa dar por finalizada, senão pelo programa do neoconstitucionalismo. Se se indica uma proximidade escandalosa talvez entre um e outro posicionamentos, se o faz para indicar o que um tratamento dos modos de ser da comunidade jurídica informado pelo conceito de paradigma deveria ter que enfrentar – nada mais que a impropriedade da história efeitual, que resiste a quaisquer apropriações imediatas, suspendendo-as justamente.

De outro, tal interpretação revelaria também seus limites, porque todo texto é mais que a sua encarnação na atualização da identidade por exclusão de uma comunidade. Em outras palavras, o direito também seria experiência – muito embora essa contraposição, entre experiência e tecnologia deva ser interpretada como estritamente ontológica, não se podendo falar, portanto, em uma experiência originária desvirtuada por um modo de ser tecnológico, e da necessidade de sua purificação, porque a apropriação mesma dessa origem depende suplementarmente da tecnologia, e, por conseguinte, da possibilidade de sua repetição. (*Cf.* DERRIDA, 2002, p. 244-245) Entretanto, a conquista da possibilidade de outra interpretação se faz tão somente no enfrentamento desse limite – e pensar a experiência dos 30 anos da Constituição na sua historicidade talvez seja o esforço de se decidir por essa posição, ainda que nem sempre com o cuidado

exigido, muito prontamente esquecido na articulação de uma série de clichês que se amontam também nesses 30 anos.

Especificamente quanto à forma constitucional, a articulação que ora se imagina em resposta às palavras conquistadas em oposição, experiência e tecnologia, poderia ser lida na distinção de sentidos atribuídos ao texto constitucional, ora como fundamento de crítica da violência, ora como instrumento de governo – que não poderiam deixar de indicar duas dimensões das constituições modernas, uma normativa, outra funcional. Efetivamente, se se volta para aquilo que vai interpretado retrospectivamente como o princípio da forma constitucional, o caso *Marbury v. Madison* lido a contrapelo apareceria mais como a abertura e conquista de outro espaço de disputa faccional pelo controle governamental, (BALKIN; LEVINSON, 2003, p. 262; TUSHNET, 2004: 538-543) do que a garantia de que essas disputas não desvirtuariam a decisão advinda do fazer-se presente do povo naqueles momentos constitucionais de alta política, (ACKERMAN, 1984, p. 1022-1023) na medida em que se encontraria na jurisdição constitucional um fórum de princípio que garantiria a continuidade da identidade comunitária.

A não ser que se conceda, por exemplo, que *Lochner v. State of New York*, caso decidido dois anos após o centenário da decisão que teria concretizado a forma constitucional, (PINTO, 2004, p. 190) em que se declarou a inconstitucionalidade de uma lei trabalhista que limitava, fundada em um exercício curioso de poder de política, o número de horas diárias trabalháveis por padeiros, seja um bom exemplo a iluminar a história institucional daquele tribunal – bem como o papel da jurisdição constitucional. Segundo a corte, a lei teria violado o devido processo legal ao arbitrariamente limitar o direito de contratar. Trata-se de caso que cristaliza uma cadeia casuística das primeiras décadas do séc. XIX em que a Suprema Corte se interpreta como uma corte de defesa da ordem econômica e social indisputável por princípio frente à política. (SCHMITT, 2015, p. 81; BERCOVICI, 2013, p. 127-129)

Se se volta para o Supremo Tribunal Federal e para a sua atuação

nos últimos 30 anos, dificilmente a corte não aparecerá também, e talvez mesmo centralmente, como uma jurisdição de governabilidade. (*Cf.* BENVINDO, 2010, p. 99-100, 116-117) Aquém da atualização jurisdicional do texto constitucional, residiria "a promessa de um constitucionalismo revolucionário," para se valer da expressão de Johan van der Walt. (2005, p. 42-43) Essa promessa, todavia, não seria uma ideia regulativa, nem mesmo um sentido originário desvirtuado, e sim a manifestação de negociações para com o imperativo da governabilidade com vistas a decidir pela menor violência a cada caso, sem deixar que o seu silêncio a permita se confundir pela razão de uma optimização. Um lapso jurídico, (*Cf.* NANCY, 2003, p. 169) portanto, que anunciaria um excesso, nada mais que o ato de resistência às forças de privatização do espaço público.

Talvez seja a falta de guarda perante esse silêncio que dá azo à vontade de totalidade do constitucionalismo como resposta à crise do Direito, reduzindo sua normatividade à política da Constituição, (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 51-56) – ou a justiça à justificação – então entendida, explícita ou implicitamente, como instrumento de governo. Uma guarda que exigiria um esforço de pensamento no limite indecidível entre esses dois lados da forma constitucional, e que, de certo modo, os textos ora reunidos se articulam em torno da sua falta.

Nesse sentido, organizou-se na presente obra suas contribuições em três grandes eixos. O primeiro deles, dedicado à história constitucional, é aberto pelo texto de Gustavo Silveira Siqueira, *"Chega de golpes", "O país já vive a Constituição": expectativas, efetividade constitucional e esperanças na imprensa brasileira nos dias 05 e 06 de outubro de 1988"*, dedicado a explorar historiograficamente a compreensão articulada em jornais de grande circulação à época da promulgação do texto constitucional.

Em seguida, tem-se o texto *A Ordem dos Advogados do Brasil na Assembleia Constituinte (1987-1988): entre a identificação social e a identificação profissional* de Maria Pia Guerra e Ana Carolina Couto.

As autoras exploram como as identidades profissional e social dos advogados influenciaram em sua atuação no processo constituinte, destacando de que maneira a noção de Estado de Direito interagia com o projeto político do grupo, bem como seus esforços por valorizar o advogado em uma sociedade de mercado.

Bruno César Prado Soares, por sua vez, com o texto *A longa constituinte dos policiais militares: da preparação para a Assembleia Nacional Constituinte à Revisão de 1993* dedicou pesquisa à participação dos policiais militares nos debates constituintes, rastreando nos arquivos as discussões e conflitos que engendraram a normatividade efetiva dessa corporação.

Já em *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) no debate da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)* Gabriela Coelho Santos e Diego Nunes investigam de que maneira o tratado internacional sobre direitos humanos influenciou a redação e estruturação do rol constitucional de direitos fundamentais, identificando simetrias e assimetrias, bem como suas causas a partir dos debates constituintes.

A fechar o eixo dedicado a história constitucional, Bruno Arthur Hochheim, com *Intervenção estatal brasileira e suas continuidades: de 1934 a 1988*, analisa cuidadosamente o percurso histórico da estrutura de intervenção do Estado, da experiência constituinte de 1934 até os dias de hoje, a partir tanto da leitura dos sucessivos textos constitucionais quanto do contexto de sua normogênese.

O segundo eixo está reservado a interpretações políticas, filosóficas ou econômicas de dimensões da linguagem constitucional contemporânea, seja na sua relação com o passado, seja na problemática de engendrar a efetividade do texto constitucional. Abre-se esse momento com a contribuição de Alexandre Araújo Costa e Ricardo Martins Spindola Diniz, *Direito, desconstrução e justiça* / *Um mínimo de liberdade*. Inspirado no estilo e dedicado à obra de Jacques Derrida, o texto busca em suas duas colunas reinterpretar para a situação do constitucionalismo brasileiro as forças desconstrutivas do famoso

ensaio do autor *Força de Lei*.

Ao que se segue o texto de Jonatan de Jesus Oliveira Alves e Diego Nunes, *Enfrentando a impunidade: as leis de anistia na Argentina, no Brasil e no Chile e sua necessária superação em nome do direito à memória*. Na esteira do campo de pesquisas aberto por Anthony Pereira, os autores comparam países que se organizaram juridicamente no último século por meio de um "legalismo autoritário" a partir do debate quanto à anistia dos atores ditatoriais e o direito a memória.

Diego da Silva Rodrigues, então, encerra esse segundo momento com o texto *Avaliação de impacto como forma de aperfeiçoar as Políticas Públicas no Brasil.* O autor contextualiza o texto constitucional no tocante a seu projeto de Estado Social, de que maneira isso se articula através das Políticas Públicas e os desafios relacionados à apreensão de sua concretização.

O terceiro eixo se dedica à identificação de problemas políticos contemporâneos e a articulação de respostas constitucionalmente adequadas a tanto. O trabalho de Amauri Cesar Alves, Roberta Castro Lana Linhares e Thiago Henrique Lopes de Castro inaugura esse momento, explorando a partir de uma situação institucional concreta o combate ao trabalho infantil através e fundamentado na linguagem constitucional e em um direito do trabalho constitucionalizado, intitulado *A exploração do trabalho da criança e do adolescente: Constituição da República, situação fática atual, consequências teóricas e jurisprudência do TRT da 18ª Região*.

Em *Os Refugiados no Brasil: o caos da atualidade*, Mariana Luri Shimada e Edith Costa Antunes Machado Giolo analisam a atual situação imigratória do Brasil, à luz do discurso dos direitos humano-fundamentais.

Já em *A liberdade de expressão como direito fundamental: análise do poder da mídia na formação da opinião pública e da Constituição Federal* Jordana Mendes e Cândida Carolina de Souza exploram o âmbito de aplicação e os imperativos sistêmicos que se confrontam

para com a normatividade da liberdade de expressão.

Guilherme Cordeiro de Lima, em *Legislação Participativa no Parlamento Goiano como expressão do exercício da Democracia*, descreve a normativa constitutiva da Comissão de Direitos Humanos, Cidadania e Legislação Participativa na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, bem como apresenta levantamento de dados empíricos quanto a seu funcionamento.

João Carlos Matias Filho, Línia Dayana Lopes Machado, e Rildo Mourão Ferreira, por fim, em *O combate à corrupção no Brasil: busca pela efetividade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* descrevem os aportes constitucionais do combate a corrupção, destacando os instrumentos que o concretizam em termo de política pública e como o Ministério Público se insere, institucionalmente, no enfrentamento desse problema.

A obra que se projetou e ora se apresenta é conjunto que traz à tona o esquecimento e dificuldade contrastados ao chamado de responsabilidade ao esforço de se pensar no limite da experiência constitucional. Ao buscar abrir um espaço para que a prática da Constituição possa aparecer com a força do conflito que por vezes vai muito rapidamente resolvido – mas não decidido – jurisdicional, administrativa, ou legislativamente – e mesmo academicamente, em textos que aqui e ali que se dedicaram e se dedicam a conhecer a Constituição, mas não necessariamente pensá-la – quis-se inscrever o chamado à coragem de se demorar e aprofundar na tensão entre o presente da atualização e a potência de ainda se surpreender na retomada de um texto que já supera consideravelmente a duração média de seus pares. A repetição dessa superação talvez não dependa de mais nada – da sua interrupção por uma decisão que a retoma.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Diva Julia Safe Coelho
Ricardo Martins Spindola Diniz

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1013-1072, 1984.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Stanford. What are the facts of Marbury v. Madison? *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 255-281, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication*: Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Berlim: Srpinger-Verlag, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, v. 89, p. 107-134, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do future. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (orgs.) *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

DERRIDA, Jacques. Nietzsche and the Machine. In: DERRIDA, Jacques. *Negotiations*: interventions and interviews, 1971-2001. Trad. de Elizabeth Rottenberg. Stanford: Stanford University Press, 2002.

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

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Legado da Revolução. *Síntese Nova Fase*, v. 47, p. 5-11, 1989.

HUSSERL, Edmund. The Origin of Geometry. Trad. de David Carr. In: DERRIDA, Jacques. *Edmund Husserl's Origin of Geometry: An introduction*. Trad. de John P. Leavey Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, v. 88, p. 141-184, 2013.

NANCY, Jean-Luc. Lapsus judicii. Trad. de Simon Sparks. In: NANCY, Jean-Luc. A Finite Thinking. Stanford: Stanford University Press, 2003.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araujo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no Constitucionalismo Contemporâneo*: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. 2004. 417 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution. Trad. de Lars Vinx. In: VINX, Lars. (ed.) *The Guardian of the Constitution*: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 79-173.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004.

WALT, Johan van. *Law and Sacrifice*. Nova Iorque: Birbeck Law Press, 2005.

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

COORDENADORES

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona–Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

Rafael Lara Martins

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

ORGANIZADORES

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona–Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

Ricardo Martins Spindola Diniz

Pesquisador Assistente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professor das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito no Instituto de Ensino Superior do Estado de Goiás (Faculdades Integradas IESGO).

Diva Julia Safe Coelho

Bolsista CAPES do programa de estágio pós-doutoral PNPD, junto ao PPGD da Universidade Federal de Uberlândia–UFU. Doutora em Ciudadania y Derechos Humanos pela Universidad de Barcelona, mestre em Filosofia Politica pela UFG. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Fraterno e Direito do Agronegócio da UniRV. Membro do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC-UFU), junto ao CNPq.

AUTORES

Alexandre Aráujo Costa

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito (2008), Mestre em Direito e Estado (1999) e Bacharel em Direito (1996) pela UnB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Política e Direito.

Amauri Cesar Alves

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC.Minas). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Presidente do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP (NDE, DEDIR/UFOP). Presidente da Comissão de Reformulação das Regras do Estágio do DEDIR/UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da Universidade Federal de Ouro Preto. Editor do site www.direitodotrabalhoessencial.com.br. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior–BASis. INEP/DAES/MEC.

Ana Carolina Couto

Professora do Instituto de Direito Público de Brasília. Integrante do corpo editorial da Revista Direito.UnB. Doutoranda e mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Graduada em Direito pela PUC-GO. Integrante dos grupos de pesquisa Percursos, narrativas e fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo e Direito e História: políticas de memória e justiça de transição.

Bruno Arthur Hochheim

Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela mesma instituição e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), todos os cursos sob orientação do Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender. Advogado.

Bruno César Prado Soares

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (concentração em Direito, Estado e Constituição). Mestre em Ciência Política pelo Centro Universitário Euro-Americano (concentração em Direitos Humanos, Cidadania e Violência). Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais. Foi chefe da Assessoria Técnico-Jurídica do Corregedor Geral e da Assessoria Técnico-Jurídica do Departamento Operacional da Polícia Militar do Distrito Federal.

Cândida Carolina de Souza

Assistente de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Diego da Silva Rodrigues

Candidato ao PhD em Economia pela Universidade de Kent, Inglaterra, mestre em Economia Aplicada pelo Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal de Juiz de Fora, e bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisa na área da economia da família, principalmente na da educação infantil e da oferta de trabalho das mães. É membro da Microeconomics Research Group (Universidade de Kent), da International Network of Child Support Scholars e da Parenting Culture Studies Postgraduate Network. Atualmente, é participante do Journal Mentoring Programme da European Association of Development Research and Training Institutes (EADI) e professor de graduação e pós-graduação das Faculdades IESGO.

Diego Nunes

Professor Adjunto I no Departamento de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Doutor em História do Direito pela Università degli Studi di Macerata (Itália). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), possui graduação em Direito também

pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Líder dos grupos de pesquisa em História da Cultura Jurídica (UFSC/CNPq) e (UFU/CNPq). Foi pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt, Alemanha) e professor visitante na Università degli Studi di Milano (Itália).

Diva Julia Safe Coelho

Bolsista CAPES do programa de estágio pós-doutoral PNPD, junto ao PPGD da Universidade Federal de Uberlândia–UFU. Doutora em Ciudadania y Derechos Humanos pela Universidad de Barcelona, mestre em Filosofia Politica pela UFG. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Fraterno e Direito do Agronegócio da UniRV. Membro do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC-UFU), junto ao CNPq.

Edith Costa Antunes Machado Giolo

Graduada em Direito pela Universidade Paulista-UNIP (2009). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito do Consumidor. Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET (2010). Professora Universitária. Integrante do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Goiana de Futebol como auditora do Tribunal Pleno. Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC Goiás (2015). Doutoranda em Direito pela Universidad Nacional de Mar Del Plata–Argentina.

Gabriella Coelho Santos

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Coordenadora discente dos Grupos de Pesquisa ORDO IURIS; (UFU/CNPq) e Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional; (UFU/CNPq). Atuou como bolsista no Programa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq/FAPEMIG/UFU) pelo período de 2015 a 2017. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2017.1.

Guilherme Cordeiro de Lima

Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Gustavo Silveira Siqueira

Professor Associado e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ. Bolsista de Produtividade do CNPQ, Pesquisador do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ-JCE) e Secretário do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). É Professor da Universidade Estácio de Sá e tem estágio de pós-doutorado no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt).

João Carlos Matias Filho

Graduando em Direito pela Universidade de Rio Verde – FESURV.

Jonatan de Jesus Oliveira Alves

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo; Licenciado e Bacharel em História pela Universidade Federal de Uberlândia; Licenciado em sociologia; Pós-graduado em Processo Civil pelo Centro Universitário Internacional; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia(2018); Professor da Faculdade ESAMC.

Jordana Mendes

Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Escrevente Judiciária III e Assistente Jurídica da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Goiânia/GO e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa . Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

Línia Dayana Lopes Machado

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2014). Graduada

em Direito pela Universidade de Rio Verde. (2006) Atualmente é professora de Direito Penal na Universidade de Rio Verde–Goiás. É coordenadora do Núcleo de Atividades Complementares.

Maria Pia Guerra

Professora Adjunta A da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Pesquisadora Visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg). Doutora (2016) e Mestre (2012) em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Graduada em Direito pela UFPR (2008). É integrante dos grupos de pesquisa Percursos, narrativas e fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo; (UnB).

Mariana Luri Shimada

Acadêmica de Direito na Universidade Paulista, campus Flamboyant-Goiânia. Estagiária no Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

Ricardo Martins Spindola Diniz

Pesquisador Assistente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Atualmente pesquisa o conceito de direito em Hannah Arendt, através de seus engajamentos com a fenomenologia e de sua retomada das problemáticas da temporalidade e historicidade em Heidegger. Professor das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito no Instituto de Ensino Superior do Estado de Goiás (Faculdades Integradas IESGO).

Rildo Mourão Ferreira

Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Possui graduação em Direito pela Universidade de Rio Verde (1994), Pós Graduação Lato Sensu pela Universidade Mogi das Cruzes (1996),Mestrado em Direito das Relações Econômico Empresariais pela Universidade de Franca (2003) e Pós Doutorado pela Universidade de Brasília (2016). Atualmente é conselheiro–Ordem dos Advogados do Brasil–Seção de Goiás,

membro da comissão de educação jurídica–Ordem dos Advogados do Brasil–Seção de Goiás–Diretor Adjunto da Escola Superior da Advocacia ESA-GO e professor titular da Universidade de Rio Verde.

Roberta Castro Lana Linhares

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto–UFOP. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto–UFOP. Membro do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto -GEDIT UFOP.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona–Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

Thiago Henrique Lopes de Castro

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – MG.

PREFÁCIO

CONTEXTUALIZACIÓN MACROFILOSÓFICA DE LA 'CONSTITUIÇÃO CIDADÃ'

Para Saulo, investigador y amigo macro.

La Constituição de la República Federativa do Brasil o 'Constituição Cidadã' nació bajo el signo de grandes conflictos de todo tipo. Su redacción y aprobación se superpuso a acontecimientos aparentemente más "turboglobalizados" y bajo el signo de la "guerra fría" como la Masacre de Tiananmen, la sorprendente caída del Muro de Berlín y la disolución de la URSS que – contra los pronósticos más habituales- mantuvo en sus silos a los misiles atómicos. Formó parte significativa de lo que Samuel Huntington considera la oleada democratizadora de finales de los 1980 y del proceso de universalización y efectuación de los derechos humanos que se consolidó a partir de finales de los 1970.

También coincidió con el agotamiento del gran ciclo progresista hegemonizado por los valores de libertad (Tarrow, Bauman) que, iniciado al final de la IIGM, va siendo sustituido con otro gran ciclo que prioriza los valores de seguridad y que domina todavía hoy. Eso podría explicar muchas de las dificultades que – desde entonces – ha tenido para efectuar sus grandes potencialidades. Aunque Brasil tardó en sufrirla por ser un país-continente con inmensos recursos naturales y demográficos, la 'Constituição Cidadã' ha tenido que enfrentar la llamada "era de la austeridad" y evitar episodios dramáticos como – por ejemplo – el "corralito" de una Argentina también muy rica en posibilidades.

Pero creemos que, quizás sin ser percibido al principio, las tensiones concomitantes con la llegada de la "austeridad" han tenido su

impacto en acontecimientos brasileros no todavía suficientemente analizados como las grandes manifestaciones del 2013, el impeachment de la presidenta Dilma Russef, la Enmenda constitucional del "teto de gastos" impulsada por el gobierno Temer, el procesamiento del expresidente Lula y las elecciones convocadas el 2018 todavía de resultado incierto. Como corresponde a un mundo turboglobalizado, detrás de todo ello (¡incluyendo el incendio de un infrafinanciado Museu Nacional do Brasil!) se nota el impacto global de las crisis enlazadas de las hipotecas (2007), financiera (2008), de las "deudas soberanas" (que en el 2015 llega a afectar países europeos como Grecia, Portugal o España) y de las nuevas realidades impuestas por la "austeridad". También deben notarse las nuevas demandas sociales compartidas globalizadamente –por ejemplo- en el "altermundismo", los "indignados", las "primaveras árabes" o "Occupy Wall Street".

Aunque muchos brasileros se sientan "perdidos" en su propio "laberinto" nacional, sus problemas y anhelos son compartidos por gran parte del mundo. Pero, sin ninguna duda, los retos mencionados han puesto a prueba la vigencia de la 'Constituição Cidadã', como se ve claramente en los conflictos entre los poderes ejecutivo, legislativo y – quizás sobre todo- judicial. Esa constitución tan avanzada en derechos civiles y en la justicia material que reconoce el "derecho a tener derechos" a minorías sociales tradicionalmente excluidas o subalternizadas ha sufrido tensiones internas tanto frente a la corrupción (Petrobras, Lava jato…) como en relación al llamado "ativismo judicial". Ello no es extraño pues solo indirectamente había sido pensada y desarrollada para hacer frente a todos esos nuevos problemas.

Recordemos que la 'Constituição Cidadã' fue el retorno –esperemos que definitivo- a la democracia después de un golpe y dictadura militar, similarmente a como sucedió en España o Portugal. Como allí, también nació bajo la vigilancia del ejército de muchos poderes fácticos que, sin duda, obligaron a complejos equilibrios. Pero ha mostrado una capacidad –envidiable para muchos países menos afortunados- de enmarcar y proteger quizás la época de

más crecimiento y desarrollo humano del Brasil, a pesar de los retos planteados por la rápida expansión demográfica y el imprescindible empoderamiento cultural y ciudadano.

Las tensiones y los desesperos que hoy viven los brasileños – comprensibles y nada menospreciables- no deben obviar el gran servicio que les ha brindado la 'Constituição Cidadã' en los últimos 30 años. Incluso más allá de los términos humanos, es ya una constitución con plena y consolidada "mayoría de edad", con aspiraciones en el profundo sentido kantiano del "sapere aude!" ilustrado, que no es demasiado lejano del lema positivista de la bandera brasilera: "Ordem e Progresso". Una constitución nos recuerda Immanuel Kant es fuente clave de civilización para un país y su población. Es condición de posibilidad del progreso material del empoderamiento cultural de sus gentes.

Actualmente Acemoglu y Robinson nos recuerdan que es elemento clave -¡si bien no el único ni suficiente por sí mismo!- de esa institucionalización que previene y evita las "elites extractivas" que terminan provocando la "pobreza de las naciones". Pues como Kant ya avisaba, se requiere necesariamente la intensa vigilancia democrática de un pueblo muy celoso de sus libertades. Porque sin el activismo ciudadano y una potente "philia" social, la mejor constitución termina siendo "papel mojado" y devienen impotentes las instituciones mejor planteadas.

La 'Constituição Cidadã, solo puede marcar el "nomos" y las mínimas reglas de juego para que los brasileros ejerzan la libertad y la democracia. Juntos, pero en el marco de la constitución de 1988, tienen el difícil reto de mantener la cohesión puesta en tensión por los conflictos que hoy vive el Brasil. También deben ampliar el diálogo y creciente liderazgo brasilero con sus vecinos castellanohablantes, en un momento marcado por "fenómenos-inter" que impulsan una mayor integración de la América del Sur. Además tienen que mantener el espíritu social del Estado brasilero, los valores fundamentales y humanos que inspiraron la constitución, en un momento de creciente

predominio internacional de la Lex mercatoria, el llamado Consenso de Washington y la dura competencia en una turboglobalización desregularizada.

Brasil debe continuar siendo –a mi modesto juicio- el líder en los valores sociales y humanos entre los grandes países emergentes, el que –a pesar de las enormes dificultades- vele más eficazmente por el bienestar y los derechos de su población. China y Rusia priorizan otros objetivos, incluso India y Sudáfrica –herederas respectivamente ni más ni menos que de Gandhi y Mandela- pagan aún sus dificultades recientes para poder ejercer plenamente ese liderazgo que – creo - que puede inspirar todavía la 'Constituição Cidadã' brasilera.

Pero no será fácil, pues todo indica que la humanidad entera encara una larga era de crisis, austeridad, precariedad y "fin del trabajo" masivo (Rifkin) por el desarrollo de la robótica y la Inteligencia artificial (que llegarán plenamente al Brasil más bien pronto que tarde). Por eso Brasil y su 'Constituição Cidadã' encaran quizás su principal reto en la actualidad: equilibrar educativa, cultural y empoderativamente toda su población. Evitar la escisión entre un Brasil rico, avanzado y muy culto (equiparable a cualquier "potencia" mundial) y otro Brasil precarizado, vulneralizado e –incluso muchas veces - olvidado por aquel primero. Ambos deben encontrarse, actualizarse y reforzarse mutuamente desde su ser, su tradición, sus virtudes propias y sus anhelos específicos.

En este marco de conflictos pero también esperanzas y posibilidades abiertas, hay que integrar el presente libro *Direito, História e Política nos 30 anos da Constituição: experiências e reflexões sobre o constitucionalismo brasileiro* organizado por los profesores Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Ricardo Martins Spindola Diniz y Diva Julia Safe Coelho. Forma parte de la ambiciosa "Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira" (editada por ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG y coordenada por Rafael Lara Martins y Saulo Pinto Coelho).

Tanto el libro concreto como la colección a que pertenece, son una buena muestra del debate que se ha abierto en un país tan importante (pues no en vano es miembro fundador de los BRICS) y en una tesitura global tan compleja como la actual. Plantea la necesidad de actualizar la práctica totalidad de los análisis políticos, sociales, constitucionales, culturales e ideológicos de las últimas décadas. Pero seguramente todavía nos falta la distancia crítica y las macroteorizaciones que estructuren mínimamente las coordenadas de nuestra época en acelerada "destrucción creativa" y que, según parece, abre una profunda disrupción que nos obliga a repensarla con mucha atención y creatividad.

Por todo ello, estamos actualmente ante una "política del desconcierto" tanto porque se ha roto el "concierto" mental y cosmovisional que dificultosamente habíamos construido en los últimos 30 años, como porque eso nos aboca a una preocupante desorientación y anomía político-social. Ello nos obliga a valorar y potenciar los marcos estructurantes que mantienen significativos lazos en el nomos, en las instituciones y en la vida de la gente.

Brasil tiene sin ninguna duda uno de esos marcos estructurantes básicos en su Constitución de 1988. Treinta años después, nada impide mejorarla y enmendarla, pero aun así estoy seguro que la 'Constituição Cidadã' continua siendo uno de los mejores marcos "concertantes" en el mundo. ¡30 años después puede rendir todavía grandes servicios al Brasil y a los brasileros!

Gonçal Mayos

Professor Titular da Universidade de Barcelona–Espanha

REFLEXÕES SOBRE AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: BREVE MEMORIAL ENSEJADO PELOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Diva Júlia Safe Coelho[1]

Saulo de Oliveira Pinto Coelho[2]

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é o quinto maior país em território e população do mundo e o maior da América do Sul e Central. Sua cultura foi se transformando no decorrer da história, com influências de vários países, notadamente Portugal, durante o Brasil Colônia e Império, assim como culturas africanas, com o tráfico de escravizados, e a não menos truculenta relação colonial com a comunidade indígena originaria; além de Itália e Alemanha, dentre outros, devido às imigrações do século XIX. No século XX, novas ondas migratórias ocorreram, incluindo-se japoneses, libaneses, espanhóis, migrantes do leste europeu, dentre outros. É um país em desenvolvimento, com alto índice de desigualdade social, agravada pelas crises recentes. Pese a isso, é um país com uma cultura constitucional intensa, com uma densa

1 Pesquisadora, bolsista CAPES do programa de estágio pós-doutoral PNPD, na área de Direito Constitucional Comparado, pela Universidade Federal de Uberlândia–UFU. Doutora em Ciudadania y Derechos Humanos pela Universidad de Barcelona–UB, mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Advogada OAB/GO: 31.202. Membro permanente do Grupo Internacional de Pesquisa em Cultura, História e Estado (GIRCHE) da Universitat de Barcelona- UB. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Fraterno e Direito do Agronegócio da UniRV. Membro permanente do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC), junto ao CNPq. E-mail: <divajulia.safe@gmail.com>.

2 Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFG. Professor do PPGIDH-UFG. Doutor e mestre em Direito pela UFMG, com pós-doutorado pela Universitat de Barcelona – Espanha.

população de jurídicas por habitante e um debate jurídico centralizado nas questões constitucional, em que pese ser esta uma característica recente, fruto do giro hermenêutico-constitucional do Direito, impulsionado pela Constituição de 1988.

A História do Brasil se mescla com as histórias de outros povos e outras culturas. Desde a sua "descoberta" (conquista territorial) até os dias atuais, passou por vários processos históricos que influenciaram, e em alguns casos influenciam, até hoje, o Direito e o pensamento constitucional vigente.

De capitania hereditária – território explorado e explorador à época dos escravos – até sua atual condição formal de Estado Democrático de Direito, nosso objetivo neste trabalho, é, analisar, neste panorama histórico, quais foram, os traços mais característicos desse do devenir constitucional brasileiro, de modo a desenhar uma síntese das origens da ordem jurídico-constitucional brasileira contemporânea.

Veremos, por exemplo, que, quanto à sua formação colonial, o Brasil passou por um processo de transplantação jurídico-política, ou, nas palavras de Pontes de Miranda:

> O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, -gente de rija têmpera, no altivo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América,–trouxe e enxertou no novo continente. (PONTES DE MIRANDA, 1981, p.27)

Esse olhar de Pontes de Miranda traduz a dura realidade de um processo colonial opressor, que, mais que dominar, impediu, no campo jurídico, a influências das culturas indígenas locais, e das culturas das populações africanas escravizadas. Assim, não podemos falar, no Brasil, de uma "exportação" do direito de matriz ocidental a uma cultura não-ocidental. O que se deu foi uma "transplantação" de uma estrutura (econômica e jurídica) a organizar e controlar as populações da colônia (indígenas, africanos e colonos). Pese a isso, de nossa base jurídica de matriz claramente europeia resultou um constitucionalismo com singularidades e especificidades próprias, fruto do

seu complexo processo histórico de formação.

Ao refletir, neste breve memorial, sobre esse processo histórico de formação da experiência constitucional brasileira e suas peculiaridades, buscaremos ponderar, com base na literatura especializada, sobre as características de cada período da história jurídico-constitucional brasileira, bem como sobre as marcas deixadas por elas na construção do constitucionalismo brasileiro atual.

2. A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DA COLÔNIA À DITADURA.

Após o período colonial, desde o início da história do Brasil "independente" até os dias atuais (cerca de duzentos anos) tivemos oito Constituições[3], são elas: A Constituição de 1824, a Constituição de 1891, a Constituição de 1934, a Constituição de 1937, a Constituição de 1946, a Constituição de 1967, a Constituição de 1969, e a Constituição atual de 1988.

Especificamente quanto ao pensamento constitucional, para além da influência portuguesa geral, de acordo com Bonavides (e esquematicamente), o Direito Constitucional Brasileiro sofreu notadamente influência constitucional francesa e inglesa no século XIX (com certa influência indireta do pensamento jurídico alemão, mais próximo ao direito civil, naquela época); depois um modelo mais voltado ao padrão norte americano (final do século XIX e primeiras décadas do século XX); por fim, e ainda em curso, podemos identificar a "presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão". (BONAVIDES, 2008, p.361)

Nas últimas duas décadas, porém, observa-se ao lado do debate prioritariamente voltado para o diálogo com o constitucionalismo alemão, outras duas tendências, em termos de diálogo com outras tradições constitucionais: de um lado, uma retomada do intercâmbio com a linguagem e categorias do constitucionalismo de *Common*

3 Dentro da média mundial.

Law norte-americano; de outro, a busca por um diálogo constitucional propriamente latino-americano (que impulsiona uma tendência, ainda não consolidada, designada por "novo constitucionalismo latino americano". Comecemos pelo período colonial.

2.1. O BRASIL COLÔNIA: POTENCIAL DA DIVERSIDADE DISPERSADO NA DOMINAÇÃO PORTUGUESA AUTOCENTRADA

A colonização portuguesa no Brasil se iniciou por meio das capitanias hereditárias. Durante os primeiros anos de colonização o processo de domínio utilizado se limitava às relações de vassalagem entre os donatários e o Rei. [4]

De acordo com a leitura de Renan Aguiar, quando os portugueses chegaram ao Brasil, o que pôde ser visto por eles foi a existência da uma população indígena dispersa no território recém-descoberto e em várias tribos. Para os portugueses e seu olhar colonizador, a organização dos povos indígenas era comparada ao do período neolítico (AGUIAR, 2010, p. 130). Somando-se a este cenário do início do período colonial, não existia na estrutura das tribos, instituições políticas ou jurídicas com uma representatividade unificada (não havia um equivalente funcional ao Estado-nação) ou uma estrutura que se assemelhasse às europeias. Destarte, a partir de uma ótima dominadora, foi imposto pelos portugueses o seu próprio sistema jurídico, de modo que não se fizesse presente na estruturação da Colônia os traços da organização política das tribos indígenas. Ao contrário do que passou em processos coloniais referentes a países africanos como o Egito, à Índia e a outros países do oriente médio, por exemplo, não houve uma política de assimilação e compatibilização de estruturas de convívio (com domino consertado do colonizador). Aqui, tal como ocorreu na maior parte do continente americano, ignorou-se as normatividades locais.

Quanto a este processo de colonização Pinto Coelho afirma que:

4 "Tratava-se de um sistema de povoamento, exploração e defesa do território sustentado pela cessão da propriedade ao particular. O domínio da Coroa sobre a colônia estaria fundado somente, de princípio, nas relações de vassalagens estabelecidas entre os donatários e o Rei, o que seria uma mentalidade natural para um país de tradição legal incontrastavelmente medieval". (SIMÕES, 2012, p.128).

> Em decorrência da expansão ultramarina, a Metrópole percebeu a necessidade de criar um Direito especial para a direção e organização de sua própria atividade colonial, que implicava como consequência na construção de regras de aplicação do Direito lusitano nas terras colonizadas. Daí decorre o processo de formação normativa de nosso Direito, que convém apresentar em suas linhas gerais. O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado pela prática político-administrativa de traço feudal das Capitanias Hereditárias, baseadas juridicamente na Legislação Eclesiásticas, nas Cartas de Doação e nos Forais. Fracassada a experiência, tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação designada como sistema de governadores-gerais. [...] Suscintamente, o que se deu foi a transposição, por meio de normas especiais, sobretudo administrativas e judiciárias, do Direito Português para o território brasileiro, e, em pouco tempo (a partir de 1600, diríamos), o direito aplicado no Brasil seria basicamente o mesmo aplicado na Metrópole. Já nos anos setecentos, a história normativa do Direito Colonial Brasileiro encontraria sua fase última com as reformas de Pombal. A grande mudança em matéria legislativa seria a Lei da Boa Razão (1769), que definiria uma centralização e uniformização da interpretação e aplicação das leis nos casos de omissão, imprecisão ou lacuna. (COELHO, 2009, p. 515-560, 2009a, p. 527-528)

Simões apresenta as considerações do Abade Raynal sobre o cenário do Brasil Colônia, já em 1770. Nesta época, o governo geralmente concedia a liberdade de conquistar ou ampliar as terras àqueles que solicitavam (devemos lembrar que eram significativamente vastas as dimensões de terras que formavam às capitanias, do tamanho de cidades, ou pequenos Estados). Ademais, a carta de concessão atribuía o poder de tratar o povo escravizado da maneira que lhes convinha. O sistema de vassalagem era hereditário e vitalício. O quinhão de terra era transferido de pai para filho, usufruído por toda a sua vida, e assim sucessivamente, salvo casos nos quais não existia um herdeiro homem ou o vassalo fosse culpado por crime capital. (RAYNAL *apud* SIMÕES, 2012, p. 129)

Sob este prisma, o Direito que passou a vigorar no Brasil, através de um processo de transplantação, foi o direito Português. Importante destacar a passagem de Pinto Coelho sobre esse fenômeno ocorrido no Brasil Colônia, em que se priorizou, no processo de dominação,

o protagonismo das estruturas de dominação de base europeia, sobre os modos de vida africanos e indígenas:

> O que se deu na colonização brasileira não foi uma implantação, ao molde das colonizações imperialistas como na África e no Oriente, de um sistema jurídico de controle para um povo já existente, consolidado e mantido como povo explorado. Aqui, o que se observou foi, primeiro, o transplante (mesmo que de início precário) de toda uma civilização, às custas, temos que reconhecer, da supressão completa de uma outra civilização que habitava previamente a terra; e, segundo, a lenta formação de um novo povo com suas peculiaridades (como todo povo), mas claramente definido dentro dos padrões civilizacionais europeus. (COELHO, 2009a, p. 521, grifo nosso)

Apesar da ausência de qualquer intenção por parte de Portugal de trazer justiça ao povo ou prestar os serviços mais elementares à sua colônia, voltada completamente para a garantia do poder da coroa portuguesa, para a ordem na produção e para a cobrança de impostos, pode-se dizer, com Pinto Coelho (2009a), que a formação do Brasil está imbricada, desde o começo, com o Direito Europeu, a determinar o lento processo de formação jurídica nacional, passando pela experiência do Império e da República, que consolidam as bases romanísticas, em convivência com um direito formalista e dogmático, ambos traços característicos e definidores da cultura jurídica brasileira.

A herança comum Europeia (ALBERGARIA, 2011, p.197) do Direito Português, sofreu influência do Direito Romano, do Direito Germânico e do Direito Canônico. Por conseguinte, a transplantação do Direito Português para o Brasil Colônia fez com que o sistema jurídico português da época fosse o mesmo que vigorou no Brasil, daí as influências notadamente do sistema jurídico romanístico na construção da cultura jurídica brasileira. (ROBERTO, 2003, p. 53-54)

O sistema jurídico português, no período colonial, constituiu-se fundamentalmente de Ordenações Reais. Foram elas, as Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). (SARNEY, 2004)

Cabe ressaltar que não estamos com isso afirmando que o Brasil

não tenha se formado em uma população original constituída por indígenas e por africanos, também, pois é esse trinômio (indígenas-europeus-africanos) que forma a base do povo brasileiro. O que se quer dizer é que as práticas de dizimação populacional (segundo muitos, práticas genocidas) e total submissão, no caso da população indígena; e as práticas de escravidão patrimonialista (segundo muitos, de total objetificação mercantil), no caso da população negra subsaariana, acabou por inviabilizar qualquer participação dessas duas importantes populações (e das culturas a elas correlatas) na formação histórica da cultura jurídica brasileira. Ao terem sido impedidos de exercer sua expressividade, não foram de início reconhecidos. E ao ser o Direito, naquele tempo, uma estrutura normativa de ordenação e dominação, pouco espaço teve nele as culturas dominadas. Pinto Coelho explica essa questão:

> Nossa Nação é ocidental e definida pela *mundivisão* europeia. Não há que se falar, sobretudo no plano do Direito, de uma interpenetração de características do sistema jurídico romanístico com os supostos D*ireitos Indígenas* ou com os D*ireitos Africanos*. Isso não porque se impõe artificialmente esse direito a um povo que com ele não se identifica, mas porque se impôs um povo e uma cultura – a europeia -, da qual esse direito é legatário, em um novo território. [...]. Algumas leituras de crítica emancipadora de nossa cultura, buscam definir uma autonomia cultural brasileira e latino-americana por meio da identificação de sistemas de vida pré-lusitanos presentes em nossa base civilizacional. Se é razoável esse enfoque para algumas nações (talvez Peru, Bolívia e, um pouco menos, México sejam bons exemplos), não o é para a peculiaridade marginal da formação nacional brasileira. Nosso posicionamento é de que precisamos admitir que ocupamos o território de um povo que pouco tem a ver (do ponto de vista civilizacional) conosco e o substituímos enquanto nação existente nesse território. E mais, que a busca por nossa emancipação da situação de economia periférica de modo nenhum passa por esse resgate quimérico. (COELHO, 2009b, p. 66)

Pinto Coelho complementa que isto não significa dizer que não se deve reconhecer e apoiar as lutas emancipatórias das minorias indígenas e as lutas redistributivas da população afrodescendente. Pelo contrário, a posição do autor é de que justamente pelo não

reconhecimento, a consequente não participação e a injusta exclusão sofrida no passado, é que se justifica a busca por esse reconhecimento no presente. Outra coisa é dizer que a cultura jurídica brasileira tenha sido formada pela conjunção dos traços normativos destas três populações. No caso do Direito, que operava no período colonial uma estrutura de dominação, isto não ocorreu. A mesma leitura se faz presente na análise do reconhecido Sociólogo do Direito, Machado Neto. Com relação à cultura tradicional indígena brasileira, sustenta que:

> Em outros aspectos da cultura, especialmente no folclore, na alimentação e em certos hábitos do homem brasileiro, particularmente o nordestino e o homem da grande bacia amazônica, a contribuição do índio para a formação de nossa cultura, embora modesta – por outra – é ainda bastante palpável. Nos grandes produtos da cultura espiritual, porém, sua contribuição seria nenhuma ou quase insignificante. Tal foi o que aconteceu no plano do Direito. (MACHADO NETO, 1979, p. 309-310)

E com relação à cultura tradicional africana, pondera:

> Trazidos na condição de escravos, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração social a que lhe impelia a imigração não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na formação do direito brasileiro. (MACHADO NETO, 1979, p. 310)

E Antônio Carlos Wolkmer, complementa, afirmando, quanto a esse período de formação da cultura jurídica brasileira, que:

> No aspecto da estrutura política, percebe-se a formação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana surgiu sem nenhuma preocupação, identificação ou mesmo diálogo com as estruturas organizacionais negras ou indígenas e evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários de terras, desenvolvendo-se um cenário contraditório de dominação política entre a 'pulverização de poder na mão dos donos das terras' e o 'esforço centralizador que a Coroa impunha através dos governadores-gerais e da administração legalista', que logo se fez aparecer. Isso permitiu construir um modelo de Estado marcado pela incorporação e adaptação de instituições políticas de diretrizes 'patrimonialistas e

> burocráticas inerentes ao modelo conservador de organização administrativa portuguesa'. (WOLKMER, 2000, p. 42)

Quanto a esse ponto, é preciso reconhecer que a formação da cultura constitucional brasileira não se pautou em um contato de culturas normativas pré-existentes com a cultura colonizadora europeia, exigindo-se, por conseguinte, uma convivência de pessoas, de sociedades e de culturas normativas. Essas culturas normativas pré-existentes foram alijadas do processo estruturador da Colônia, no forçado processo de colonização, restando-se quase nada de convívio sistemas jurídicos na construção do Direito brasileiro colonial.

2.2. O BRASIL IMPÉRIO: O QUE FIZEMOS NO LUGAR DE UM CONSTITUCIONALISMO LIBERAL?

É ponto pacífico na historiografia, porém, que é a partir do processo de independência, no início do século XIX, que o Brasil construirá autonomia em termos de cultura constitucional, em relação ao constitucionalismo português. O primeiro período constitucional brasileiro é o Brasil Império, que se alarga do ano da Proclamação de Independência do Brasil, em 1822, até o colapso das instituições imperiais monárquicas e a instauração da Republica no ano de 1889. (*Cf.* BONAVIDES, 2008)

> A Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influencias francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelemente prosperar, por obra do costume Constitucional uma forma de Governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo. (BONAVIDES, 2008, p. 363)

A Constituição do Império vigorou por 65 anos, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, estabelecendo um governo "Monarchico Hereditário, Constitucional e Representativo" (artigo 3), para esse período brasileiro.

Uma questão importante, em relação à Constituição do Império, foi a de que durante o projeto da constituinte os poderes do Estado se subdividiram, tal como é hoje, com fundamento no esquema de Montesquieu, em poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, na

versão outorgada, o modelo de Montesquieu foi abandonado e sobreveio o modelo de repartição tetradimensional dos poderes do Estado, incluindo assim, aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador, "de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império" (BONAVIDES, 2008, p.364.). Tal como dispõe a Carta Constitucional Imperial:

> Artigo 09. A Divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece.
>
> Artigo 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

O Texto Constitucional ainda dispõe que: "a Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil" (artigo 4). Na vivência concreta deste Diploma Constitucional, o poder moderador culminou em ser "O Poder dos Poderes", acima dos demais poderes, o que, segundo Bonavides, facilitou o desfazimento da monarquia que acabou por ser substituída, em 1889, pelo sistema de governo republicano. (*Cf.* BONAVIDES, 2008.)

De acordo com o Título V, Capítulo I da Constituição Monárquica o Poder Moderador:

> Artigo 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos demais Poderes Politicos.

Eram considerados representantes do povo, o Monarca Dom Pedro I e a Assembleia Parlamentar. "A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma" (artigo 99). Em outras palavras, durante a monarquia parlamentarista na qual existiu o Poder Moderador, de atribuição privativa do Imperador, todo e qualquer ato imperial era considerado inapreciável por qualquer outro poder. (*Cf.* BONAVIDES2002, p. 25 *et. seq*.)

Portanto, a fase do constitucionalismo imperial brasileiro, que

coincidia com a fase do constitucionalismo liberal não é equiparável nem a uma monarquia propriamente constitucional (como a inglesa ou a escandinava) em razão dos excessivos e desequilibrantes poderes constitucionais dados ao imperador; nem a um constitucionalismo propriamente liberal, pois esta ordem constitucional autorizara, regulara e convivera com um regime de escravidão, por exemplo.

Já o Poder Legislativo era exercido pela Assembleia Geral, que por seu turno era composta de duas Câmaras, sendo a Câmara dos Senadores ou Senado e a Câmara dos Deputados (artigo 14).

Pese a isso, a Constituição Imperial brasileira estabeleceu um primeiro rol de direitos e garantias fundamentais, em terras brasileiras. No Título 8º da Constituição, denominado "Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros", é onde podemos encontrar esse rol dos direitos e liberdades civis, especificamente em seu artigo 179, que no caput estabelece: "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte".

Esses direitos são, na sequência do texto, especificados da seguinte forma:

> I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei; II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica; III. A sua disposição não terá effeito retroactivo; IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar; V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica; [...] XVIII. Organizar–se-ha quanto antes um Codigo Civil e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade; XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, [entre outros]. [5]

5 Interessante pontuar que apesar deste artigo estar situado na parte final da Constituição Imperial, já estavam, mesmo que formalmente esses diretos e liberdades presentes nos incisos do artigo 179 da Constituição Imperial.

Bem ou mal, inicia-se no Brasil, em 1824, uma cultura constitucional de declaração de direitos. Cultura essa, por outro lado, que convivia com o contraste e o paradoxo da manutenção da escravidão racial, até finais do século XIX.

2.3. CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL REPÚBLICA

2.3.1. CONSTITUCIONALISMO NA REPÚBLICA VELHA: O OTIMISMO POSITIVISTA, A INSPIRAÇÃO ESTADUNIDENSE E O FEDERALISMO PATOLÓGICO

Após o período imperial, sobreveio a República, mudando também os valores e princípios nos quais se fundavam a organização do Estado.[6] O cenário que podia ser percebido entre o final do período Imperial e os primeiros momentos da República era de grandes mudanças, onde se multiplicam diversas mundivisões que alcançaram o território brasileiro e por vezes mal absorvidas. Ademais, podia ser notada a ascensão dos valores cientificistas e positivistas em detrimento dos valores tradicionais. (AGUIAR, 2010, p. 161)

Com o início da República brasileira, vários foram os grupos que passaram a disputar o poder estatal, principalmente os representantes das oligarquias[7] da classe média. De acordo com Renan Aguiar, a política republicana tendia a divisões em grupos, tais como, liberais republicanos, novos liberais, positivistas abolicionistas, federalistas positivistas e federalistas científicos, que poderiam ser considerados não estruturados, num conjunto que unia os conservadores e os radicais. (AGUIAR, 2010)

Como forma de instituir o novo Estado Republicano, após a convocação da Assembleia Constituinte[8], foi promulgada, em 24 de

6 Nas palavras de Bonavides (2008, p. 364): *"*Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados-Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jeferson e Washington, da Assembléia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano*"*.

7 Os federalistas de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, foram os principais representantes dos grupos oligárquicos.

8 O processo de elaboração de um projeto do texto constitucional ficou a cargo da Comissão dos Cinco, como ficou conhecido o grupo composto por Joaquim Saldanha Marinho, Américo Brasiliense de Almeida Mello, Antônio Luiz dos Santos Werneck, Francisco José Pestana e

fevereiro de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Assim está disposto em seu preâmbulo: "Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição".

De acordo com a primeira Constituição pós-império: "A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, [...], e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil".

O Brasil passou a ser uma república federativa, no entanto carecia de uma legislação civil própria.[9] O governo aferiu, então, a necessidade de formulação da legislação civil própria, e para tal, utilizou dos conhecimentos de Clóvis Beviláqua no processo de elaboração do texto do Código Civil que foi promulgado em 1º de janeiro de 1916 e somente com esta promulgação é que o Brasil pôde abandonar as Ordenações do Reino. O Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071/1916) vigeu no Brasil até 2002.[10]

Acerca desse novo período constitucional, afirma Bonavides que:

> Durante cerca de 40 anos o Brasil republicano e Constitucional perfilhou, exterior e formalmente, da doutrina um constitucionalismo de raízes norte-americanas com a fachada teórica quase perfeita do chamado Estado liberal de Direito. (BONAVIDES, 2008, p. 365)

Nesse novo contexto constitucional, a plenitude formal das Intuições liberais estava presente. Nesse período, a cultura constitucional brasileira recebeu grande influência do sistema constitucional

José Antônio Pereira de Magalhães Castro. Porém, após a entrega desse projeto ao governo provisório, o trabalho feito pela Comissão dos Cinco passou pela rigorosa análise de Rui Barbosa, que à época ocupava o cargo de ministro da fazenda. Ruy Barbosa acabou por alterar grande parte do texto que ele mesmo chegou a se considerar o próprio autor, ocasionando, por conseguinte uma discussão no meio jurídico sobre a autoria do projeto. O resultado dessa altercação foi atribuir a autoria do projeto à Comissão dos Cinco juntamente com Rui Barbosa.

9 O Brasil passou todo o período imperial sem um Código Civil, utilizando de forma adaptada as Ordenações Filipinas herdadas de Portugal.

10 Sobre essa codificação Pontes de Miranda manifesta o seguinte: *"*Conclui-se a obra Consolidação das Leis Civis, ampla, erudita e fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de todo modo a construir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes*"*. (PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 80).

norte-americano. Não obstante, a Constituição de 1881 passou por um processo de revisão em 1926. Pode-se considerar que "veio ela porém com bastante atraso, não preenchendo as finalidades previstas nem impedindo que a Primeira República (1891-1930) se desmoronasse, por efeito da desmoralização oligárquica dos poderes". (BONAVIDES,2008, p.366)

É que, num país de dimensões continentais, com uma cultura e burocracia de Estado eivadas de um localismo imposto, dentre outros motivos, pela própria herança constitucional lusitana (país de diminutas proporções territoriais e forte presença de poderes locais[11]), a oligarquias locais acabaram por determinar os primeiros dias do republicanismo brasileiro.

A sociedade brasileira foi, nesta época, claramente elitista, tanto no âmbito econômico quanto no político. Os grandes produtores de Minas Gerais e São Paulo se revezavam no poder. Esta conjuntura política foi denominada "café com leite", referindo-se à alternância de poder entre os produtores de café paulistas e os produtores mineiros de leite.[12]

2.3.2. A NOVA REPÚBLICA: UM PROJETO DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL ESTATALISTA

Os anos 30 marcaram sobremaneira a construção de uma nova ordem constitucional. Em 16 de julho de 1934 promulgou-se a nova Constituição, instaurando, assim, o terceiro período da história constitucional do Brasil, após sua independência. Essa década foi marcada por renúncias, quedas de governo e constituições, períodos de crises, impedimentos e golpes de Estado.

A segunda república (1934-1937) se instaurou com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que foi

11 Sobre o localismo em Portugal e sua influência na cultura constitucional lusitana veja-se HESPANHA, 2009.

12 Soma-se ao fortalecimento da política "café com leite", a facilidade com que os coronéis (em grande maioria os próprios produtores) conseguiam influenciar as eleições. Uma vez que, o voto não era secreto, os Coronéis praticamente obrigavam os colonos e trabalhadores a votarem nos candidatos que lhes conviessem. A este tipo de imposição durante o processo eleitoral se denominou "voto de cabresto".

posta a termo brevemente pelo golpe de estado ocorrido em 10 de novembro de 1937.

Com a promulgação da Constituição de 1934, notam-se modificações indicadoras do aparecimento dos primeiros tímidos traços de constitucionalismo social no Brasil. Nessa nova Constituição:

> Os princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro. (BONAVIDES, 2008, p. 366)

A Constituição de 1934 trouxe uma importante colaboração ao incluir no seu texto um rol de direitos fundamentais sociais, considerados direitos de segunda dimensão. Esse rol de direitos foi inspirado na Constituição Alemã de 1919. A conhecida Constituição de Weimar teve grande influência por todo o Ocidente, não tendo sido diferente no Brasil, marcando, no caso brasileiro, a passagem do mitigado modelo liberal brasileiro, para o regime democrático social, também este repleto de idiossincrasias e mitigações conservadoras.

De acordo com Alexandre Walmott Borges e outros, houve uma ruptura constitucional (1930-1934) que configurou

> algo além do que a inserção da ordem social e econômica no constitucionalismo brasileiro. A constituição de 1934 foi carregada de visão ideológica de solução coletiva/estatal, e de direção estatal sobre a sociedade, e com a previsão de ascendência do legislador sobre direitos. A ordem econômica e social da constituição de 1934 é muito mais a indicação de política econômica estatal do que um rol de direitos sociais fundamentais. A ascendência da visão moral do positivismo para a ordem constitucional foi mais forte com o texto de 1937. O coletivismo/estatalismo do positivismo foi além da direção material de organização, entendendo que a direção estatal corresponde à exigência de um projeto moral de Estado. (BORGES, *et al*, 2016, p. 148)

De acordo com *caput* do artigo 113: "a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança

individual e à propriedade". O artigo continua apresentando um rol de trinta e oito direitos, dentre os quais podemos destacar a previsão de que "todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas"; "ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei"; "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"; "por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do artigo 111, letra *b*"[13]; "é inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil", dentre outros.

2.3.3. O ESTADO NOVO: UM CONSTITUCIONALISMO SOCIAL AUTORITÁRIO

Em 1937, Getúlio Vargas revoga a Constituição de 1934, dissolve o Senado e a Câmara, e outorga um novo texto constitucional. Este período também chamado Estado Novo foi o regime no qual Vargas governou sob uma "ditadura unipessoal". É importante frisar que o documento constitucional não foi promulgado e sim outorgado, originado de um Golpe de Estado (*Cf.* BONAVIDES,2008). Contudo, esse ato eminentemente autoritário acabou por não ser cumprido "pelos titulares do poder", ou seja, autoridades se rebelaram à constituição autoritária de Getúlio, desafiando-a e desobedecendo-a. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma:

> A Carta de 1937, não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram lei morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos o Presidente da República, que legislava por via decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. (SILVA, 2014, p. 29)

13 O artigo 111, alínea B, dispõe: "Perdem-se os direitos políticos: b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política".

2.3.4. O CONSTITUCIONALISMO DE 1946: ARES DE DEMOCRACIA SOCIAL COM TRAÇOS DE POPULISMO

Anos depois, já em 29 de outubro de 1945, resultou a instauração do golpe de estado que deu início a um período de "restauração constitucional do sistema representativo" por meio de Assembleia Constituinte que culminou com a Terceira República, com a promulgação da Constituição de 1946, e teve seu período de vigência até abril de 1964 quando teve início no Brasil, o chamado "Período Obscuro" ou a "Revolução de 1964 dos Militares". (BONAVIDES, 2008, p. 367)

Com o fim da Segunda Grande Guerra, houve uma tensão política na busca pela redemocratização do País. Essa pressão política fez com que voltassem a existir os partidos políticos, bem como foram marcadas eleições para o cargo de Presidente da República e para uma nova Assembleia Nacional. Consoante a esses movimentos na busca pela redemocratização do país, a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946, buscou, de certo modo atender aos anseios e reivindicações da classe trabalhadora, com o retorno das liberdades políticas e civis. Foi um período constitucional relativamente longo e estável.

Alexandre Walmott e outros, ao traçarem um paralelo entre a Constituição de 1946 e a atual Constituição, manifestam o seguinte:

> As constituições de 1946 e 1988 foram aquelas que na história constitucional brasileira representaram (ou ainda representa, no caso do texto de 1988) a estrutura de estado de direito democrático. Nas duas houve/há a combinação de direitos individuais, direitos políticos de participação ampla e direitos sociais e econômicos. Nas duas o funcionamento do sistema representativo se dá/deu com competição partidária e universalidade dos eleitores, com eleições transparentes e regulares. (BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016, p. 9)

E, quanto ao sistema de controle constitucional, afirmam que:

> A constituição de 1946 manteve algumas estruturas do sistema de controle gestado em 34 e em 37 com aperfeiçoamentos. Houve a

> melhor disciplina de quais os princípios federativos podiam dar azo à representação interventiva, tornando esta ação a única, até 1965, do sistema de controle concentrado no direito brasileiro.[14] A iniciativa de tal ação era exclusiva do Procurador geral da República. (BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016, p. 10)

Já em 1954, o suicídio de Getúlio Vargas (então novamente presidente, mas desta feita eleito) teve um profundo significado político. "O ato em si continha uma carga dramática capaz de eletrizar a grande massa" (FAUSTO, 1995, p. 417). Na Carta-Testamento, como ficou conhecido o documento deixado por Vargas, destacamos algumas passagens contundentes. Veja-se:

> Mais uma vez as forças e os interesses contra o povo coordenaram-se e novamente se desencadeiam sobre mim. Não me acusam, insultam; não me combatem, caluniam, e não me dão o direito de defesa. Precisam sufocar a minha voz e impedir a minha ação, para que eu não continue a defender, como sempre defendi, o povo e principalmente os humildes. Sigo o destino que me é imposto. Depois de decênios de domínio e espoliação dos grupos econômicos e financeiros internacionais, fiz-me chefe de uma revolução e venci. Iniciei o trabalho de libertação e instaurei o regime de liberdade social. Tive de renunciar. Voltei ao governo nos braços do povo. [...] Não querem que o trabalhador seja livre. Não querem que o povo seja independente. Assumi o Governo dentro da espiral inflacionária que destruía os valores do trabalho. Os lucros das empresas estrangeiras alcançavam até 500% ao ano. [...]. Era escravo do povo e hoje me liberto para a vida eterna. Mas esse povo de quem fui escravo não mais será escravo de ninguém. Meu sacrifício ficará para sempre em sua alma e meu sangue será o preço do seu resgate. Lutei contra a espoliação do Brasil. Lutei contra a espoliação do povo. Tenho lutado de peito aberto. O ódio, as infâmias, a calúnia não abateram meu ânimo. Eu vos dei a minha vida. Agora vos ofereço a minha morte. Nada receio. Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade e saio da vida para entrar na História. (Rio de Janeiro, 23/08/54–Getúlio Vargas). (VARGAS, 1954)

14 A título de comparação, Fernandes classifica o controle de constitucionalidade brasileiro atual e identifica as contribuições: "Com a Constituição de 1988, uma gama de novidades são trazidas a lume no que tange ao controle de constitucionalidade. É bem verdade que o nosso controle continua, em regra, um controle judicial repressivo de cunho misto (ou, para alguns, híbrido). Nesse sentido, continuamos a ter o controle difuso, nos termos clássicos (com a previsão da cláusula de reserva de plenário e a atuação do Senado Federal) e um controle concentrado" (FERNANDES, 2010, p. 910).

O efeito da morte de Getúlio foi imediato. Para a massa trabalhadora a figura do ex-Presidente permaneceu como a de um "homem que ouvia a voz dos humildes", o responsável pela instauração da legislação trabalhista no Brasil. (FAUSTO, 1995, p. 418)

A Vargas seguiram-se outros presidentes democraticamente eleitos. Destaca-se, quanto ao tema desta tese, a figura de Juscelino Kubistchek, presidente que implementou uma política de equalização das regiões do agigantado território, impulsionado pela transferência da capital para o centro do país, com a criação de um Distrito Federal junto ao Estado de Goiás.

2.4. A DITADURA MILITAR NO BRASIL E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NO PERÍODO DITATORIAL

Boris Fausto, em relação ao início do período da Ditadura Militar no Brasil, destaca que:

> O movimento de 31 de março de 1964 tinha sido lançado aparentemente para livrar o país da corrupção e do comunismo e para restaurar a democracia, mas o novo regime começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados Atos Institucionais (AIs). Eles eram justificados como decorrência 'do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções. (FAUSTO, 1995, p. 465)

Durante o período militar alguns documentos constitucionais foram considerados fruto de "poderes constituintes paralelos" tais como os referidos Atos Institucionais, além da Carta Constitucional de 24 de janeiro de 1967 e da Primeira Emenda Constitucional de 1969.

O fundamento aparentemente legitimador utilizado no preâmbulo do Ato Institucional número 1, está exposto no início do Ato Institucional número 5, que dispõe o seguinte:

> CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão

> e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964).

Dar ao País um Regime baseado na liberdade e no respeito aos diretos fundamentais foi o que não ocorreu. Este período obscuro da história brasileira não só tolheu a liberdade dos indivíduos, mas também cerceou o devido processo legal, lançando mão de métodos inquisitórios totalmente em desacordo com uma ordem democrática, que deve prezar pela efetivação da dignidade da pessoa humana.

A ditadura militar no Brasil fez com que o arcabouço de direitos fundamentais sofresse uma de suas maiores violações na história brasileira. Assomam-se e constituem tal violação, os vários jovens vitimados por torturas, desaparecimentos sem solução e outras tantas pessoas, condenadas ao exílio.

Em nome da ordem e segurança pública e do interesse nacional, a suposta dignidade da maioria dos brasileiros era garantido pelo desrespeito a esta mesma dignidade, na persecução dos identificados como "inimigos do Brasil". (DAL RI JÚNIOR, 2006)

3. A REDEMOCRATIZAÇÃO DE 1988: O OTIMISMO CONSTITUCIONALISTA INSPIRADO PELA "CONSTITUIÇÃO CIDADÃ"

A Constituição de 1988 é considerada um divisor de águas para o constitucionalismo brasileiro. Isso se dá pelos avanços trazidos notadamente no que se refere ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais potencializados pelo texto constitucional.

> Fato que [a] democracia hoje não se dá apenas pela possibilidade de escolha dos atores políticos, mas inclui ainda uma proteção constitucional que afirma: **a superioridade da Constituição; a existência de direitos fundamentais; da legalidade das ações estatais; um**

> **sistema de garantias jurídicas e processuais.** (FERNANDES, 2010, p. 216, grifo do autor)

Assim, no que se refere ao processo de criação das Constituições, Bonavides afirma que:

> Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo das constituintes uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com Estado, cujo o modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refrataria a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho. (BONAVIDES,2008, p. 368)

Segundo o atual texto constitucional, a Ordem Constitucional Brasileira está alicerçada sob os princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, de acordo com seu artigo primeiro.

Sobre essa principiologia constitucional tida como exemplar, Jorge Miranda considera o seguinte:

> Naturalmente, o alcance dessas fórmulas tem de ser descoberto no contexto sistemático das Constituições. Se elas são de per si de grande importância, não se dissociam dos restantes princípios estruturadores dos ordenamentos constitucionais. E é aí, muito mais que no catálogo maior ou menor dos direitos proclamados, que se encontra o núcleo da problemática dos direitos fundamentais. (MIRANDA, 2014, p. 144)

Com efeito, deu-se o desenvolvimento de um novo direito constitucional que "[...] teve como componente essencial o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, capaz de atender às novas demandas e percepções de uma sociedade plural e complexa". (BARROSO, 2014, p. 137)

Alcançou-se a força normativa da Constituição, e levantou-se a bandeira de construção da eficácia da Constituição. Passou-se a

considerar que as normas constitucionais se sobrepõem às demais normas jurídicas, sendo o texto constitucional dotado de uma superlegalidade, ou seja, a Constituição tem a especificidade de ter superioridade jurídica, sob as demais normas do ordenamento jurídico. Com efeito, a natureza da linguagem por meio da qual a Constituição exprime, é caracterizada por seu alcance mais aberto e, consequentemente, um grau maior de abstração, fazendo com que o poder de discricionariedade do interprete constitucional seja mais amplo.

Para Barroso, o caráter político da Constituição está sobremaneira alicerçado na passagem da construção do texto constitucional elaborado pelo poder constituinte originário à ordem instituída, e neste sentido afirma que "cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos", buscando uma harmonização nas relações entre os três poderes, sendo sensível, nesse mister, atuação do STF (BARROSO 2014, p. 137). Sobre isso, Barroso constrói o seguinte detalhamento analítico:

> A Constituição é um processo civilizatório. Ela tem por finalidade *conservar* as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade a *avançar* na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. No particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o status quo; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido da vida real. (BARROSO, 2010, p. 46)

Nas últimas duas décadas, consolidaram-se no pensamento constitucional brasileiro, princípios de interpretação constitucional voltados a orientar o debate sobre o controle de constitucionalidade e a efetivação da Constituição.[15]

15 "Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas concei-

Os princípios instrumentais de interpretação constitucional são os seguintes: Princípio da supremacia da Constituição; Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; Princípio da interpretação conforme a Constituição; Princípio da unidade da Constituição; Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade e; Princípio da efetividade.[16]

A este respeito, o interessante artigo de Juliano Zaiden Benvindo, entitulado "A 'última palavra', o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro" dispõe o seguinte:

> É essa a grande questão – porque, afinal, querer se afirmar o detentor da 'última palavra' não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida; caso contrário, perde em legitimidade. Ter a tão desejada 'última palavra' é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e

tuais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência" (BARROSO, 2014, p. 165).

16 O Princípio da Supremacia da Constituição destaca a superioridade hierárquica do texto constitucional em detrimento de qualquer outra norma que compõe o ordenamento jurídico. Ademais, é o texto constitucional que dita as regras, em termos de conteúdo, para que uma norma possa ser considerada constitucional; caso contrário, será declarada inconstitucional, no limite de sua inconstitucionalidade. O Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público é atribuído aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cuja interpretação e aplicação, lhes são conferidos pela Constituição. Assim sendo, o Judiciário não detém sozinho a interpretação do documento fundamental, cabendo, no entanto, a esse poder a decisão final. O Princípio da interpretação conforme a Constituição, preza a interpretação segundo o texto constitucional, e em tendo mais de uma interpretação possível para a questão, o entendimento que deve prevalecer, é o que está respaldado pela Constituição em detrimento de qualquer outro dispositivo infraconstitucional. Para o Princípio da unidade da Constituição, a interpretação do texto constitucional deve buscar uma interpretação coerente evitando antinomia entre suas normas, ou seja, considerando a norma jurídica como sistema, este deve "pressupor unidade, equilíbrio e harmonia". *(Cf.* CANOTILHO, 2003 e BARROSO, 2014, p. 167). O Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade não está amparado expressamente pela Constituição Federal. No entanto, trata-se de um importante "instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público" além de "funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema" (BARROSO, 2014, p. 168).Princípio da efetividade ou Princípio da máxima efetividade ou eficiência, concede uma atribuição de sentido à norma, tornando-a o mais eficaz possível. Em outras palavras, esse princípio busca estreitar a relação entre o *dever-ser* da norma e o *ser*, presente na realidade social.

> se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a "última palavra" é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses trinta anos de constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas. (BENVINDO 2014, p. 83)

Quanto ao Poder Constituinte e a experiência da construção do atual modelo constitucional, durante o processo constituinte, desde as suas vésperas imediatas, com o confluir de forças para sua convocação, segundo Leonardo Barbosa, vigeu uma cultura anti-institucionalista, levando, por um lado, "à ingênua identificação entre aprovação da Constituição e solução para os diversos problemas concretos enfrentados pela população brasileira", e, por outro, e completamente oposta, de que a Constituição apenas refletiria conquistas e mudanças já operadas na sociedade. Somado a isto, tem-se a opção por centrar os trabalhos e discussões não em um documento, mas no "esforço de diálogo com a sociedade e entre seus representantes", o que tornava o processo "aberto a percepções, interesses e valores muito diversos e, por outro lado inevitavelmente, alimentava uma sensação de insegurança em relação ao seu desenvolvimento e posterior desenlace"[17]. (BARBOSA, 2012, p. 211 e ss.)

Essa estrutura restou herdada pela nova ordem constitucional. Nas realistas palavras de Gilberto Bercovici, em meio à evocação da célebre e trágica frase de Otto Mayer: "a Constituição democrática de

17 Nas palavras mais duras de José Eduardo Faria, a realidade desse processo culminou em um texto ambíguo conceitual e funcionalmente, fruto da "vontade contraditória de um plenário dividido e fragmentário", diante do qual cada aprovação de cada norma era uma batalha "em torno da retórica e da utopia, do dito e do não dito, do impreciso e do virtual, do calado e do reprimido, do subentendido e da manipulação de palavras extraídas do senso comum, mas usadas com diferente sentidos jurídico-políticos" (FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989, p. 21). Enfim, emergida de um momento maquiavélico, marcado pela crise organizacional do Estado burocrático-autoritário, degenerado "numa ampla e desarticulada arena de conflitos sociais", a Assembleia Constituinte aconteceu em paralelo à ainda maior balconização do aparelho administrativo em inúmeros anéis burocráticos completamente voltados para si, incongruentes e impossíveis de qualquer operação articulada, muito mais por um governo confuso e contraditório, sobrecarregado "pela natural incapacidade das instituições representativas de processar com eficiência e rapidez as demandas sociais", mas, ao mesmo tempo obcecado por executar uma política populista e por garantir a manutenção dos privilégios aos beneficiados pelo regime anterior (FARIA, 1989, p.44).

1988 recebeu o Estado estruturado sob a ditadura militar" (BERCOVICI, 2010, p. 78). O que, por evidente, teve e tem consequências na dinâmica entre poderes característica da apelidada "Novíssima República", a qual "não obstante o processo de consolidação institucional" experimenta um déficit em seu funcionamento, "resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil" (MACIEL, 2002, p. 122).

Sociedade civil que, então, nos idos de 1990, tinha dificuldades em se organizar e era insuficiente institucionalmente para abrigar os novos interesses sociais, dando ao Ministério Público "caminho livre para postular legitimidade ativa para agir", angariando apoios "no interior da comunidade jurídica em torno da institucionalização da proteção legal aos interesses difusos" (MACIEL, 2014, p. 107-113), a se transformar, no pós-88, no "defensor da sociedade". O que, em consonância para com a atuação ativista do judiciário, acabaria gerando uma não-finalizada revolução de direitos (*Cf.* FERRAZ, 2011), em que pese os incontestáveis ganhos e melhoras daí advindos.

Esse estado de coisas já era realidade durante o próprio Processo Constituinte, determinando o "próprio *ethos* ambicioso da Constituição de 1988", prolixa porque "desconfiada do legislador", e, assim, transcendendo "os temas propriamente constitucionais", regulamentando "pormenorizada e obsessivamente um amplo campo de relações sociais, econômicas e públicas", a criar "uma enorme esfera de tensão constitucional", com a consequente "explosão da litigiosidade constitucional". Conforme Oscar Vilhena: "A equação é simples, se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade". (VIEIRA, 2008, p. 446-447)

De modo que, em suma, a atual ordem constitucional afigura-se marcada pela judicialização da política e das relações sociais, em razão de; *i)* uma Administração Pública desorganizada e extremamente cara, instrumento ineficiente de um Executivo sobrecarregado e muitas

vezes ineficaz, como irresponsabilizável – submetido a um sistema de coalisão que inviabiliza a construção de maiorias legislativas estáveis, movido, de todo modo, "pela distribuição de cargos de direção e assessoramento (de livre provimento) existentes na estrutura organizacional da administração pública brasileira" (PINHEIRO, 2011, p. 1743) –; *ii)* de um Legislativo insular, operando sob a lógica de um "segredo ineficiente" (AMORIN NETO, 2003), isto é, pouco afeito a qualquer controle social; *iii)* e de um Judiciário independente, mas corporativista, institucionalmente pressionado (sobretudo quanto ao tema da celeridade) face a complexidade, dimensão e quantidade dos problemas que lhe são postos (FARIA, 2004), bem como relativamente isolado da realidade social por uma ideologia concurseira hegemônica (FONTAINHA, 2015), que mais adestra que emancipa.

Tendo talvez assumido excessiva carga de tarefas e responsabilidades, a instituições que manejam a proteção, promoção e garantia da Constituição de 1988 se encontram claramente questionadas quanto às reais contribuições dadas para uma efetiva (não apenas pontual, mas estrutural) transformação social demandada pela utopia constitucional cidadã.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As peculiaridades da formação populacional brasileira e de seu processo de colonização, bem como a quase substituição populacional ocorrida nesse interim colonial, indicam uma cultura jurídica de base ocidental, pelo menos do ponto de vista normativo e das estruturas tradicionais de poder, permeada por peculiaridades advindas da relação de exploração e julgo das populações africanas migradas, e do que restou das populações indígenas tradicionais, bem como das complexidades e conjunturas históricas posteriores ao período colonial. Assim sendo tornado independente o país, ainda em princípios do séc. XIX, a temática constitucional brasileira não enfrentou propriamente a tensional relação de ocidentalização jurídica em uma cultura não-ocidental, mas sim, a igualmente tensional tarefa de reduzir o atraso

no processo de modernização (e correlatos atrasos socioeconômicos redistributivos e recognitivos), em razão de sua posição inicial periférica no contexto do mundo europeizado.

Assim, quanto aos estudos sobre a formação histórica da cultura constitucional brasileira, concluímos que o que marcou sobremaneira essa formação foi a idiossincrasia histórica dos modelos constitucionalistas de inspiração europeia, no seu aparecer sincopado em terras brasileiras. Disso deriva a ocorrência de paradoxais configurações constitucionais, tais como o estudado "liberalismo-escravocrata" do período monárquico do constitucionalismo brasileiro, no séc. XIX, ou a figura de uma primeira experiência próxima a um Estado social, porém autoritário e de baixa força normativa da Constituição, como nas décadas de 30 e 40 do séc. XX.

Desse modo, a cultura constitucional brasileira se construiu em uma sequência de experiências constitucionais incompletas, ou altamente desencontradas no que tange ao discurso constitucional oficial, altamente pródigo em declarações de direitos e altamente aceito e festejado pela comunidade jurídica, mas contraditoriamente coexistindo com um contexto de experiências político-jurídicas de falência das políticas públicas de promoção de direitos, até a história recente.

É nesse estado de coisas que eclode, em 1988, após a derrocada de uma Ditadura Militar, posta abaixo por movimentos considerados, no imaginário brasileiro, como amplamente democráticos e participativos, uma nova ordem constitucional, que teve o condão de ser considerada como um processo tanto de redemocratização do país, como de retomada, no plano constitucional, de um projeto de Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, a Constituição de 1988 ganhou no Brasil o simpático título de "Constituição Cidadã", e, bem ou mal, impulsionou, como símbolo linguístico-normativo motriz, transformações consideráveis (apesar de ainda insuficientes) na cultura e na experiência constitucionais brasileiras, em direção a uma centralidade tensional (CATONI DE OLIVEIRA, 2017) do debate constitucional no

debate jurídico nacional.

A situação atual do constitucionalismo brasileiro é a de uma fadiga de alto esforço em uma maratona sem volta. O longo caminho a ser percorrido, em direção a efetiva implementação de uma sociedade complexa capaz de funcionar com parâmetros condizentes com os apregoados princípios de igualdade, justiça social, liberdade e dignidade, exigiu do constitucionalismo brasileiro uma intensa (pese ser tardia) arrancada inicial por meio da qual adquiriu um protagonismo no debate jurídico e na condução das tarefas democratizantes do país. Nas alturas desse 2018, ano em que a Constituição completa 30 anos, o constitucionalismo brasileiro é colocado em xeque em relação à sua capacidade de liderar (como referente teórico da práxis democrática progressista) o maratonista no caminho da construção da utopia de 1988. Sentindo as dores do esforço inicial, e o peso das suas próprias contradições internas, o pensamento constitucional brasileiro se encontra em crise. Crise, no sentido de momento crítico, em que, ou se fortalece por meio da solução de suas contradições e problemas intestinos, ou deixará de ser o referente nesse caminhar que inaugurou na redemocratização simbolicamente plasmada na já surrada Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

ARNIO, Aulis. *Lo Racional como lo Razonable* – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 133.

AGUIAR, Renan. *História do Direito*. Coordenador José Fabio Rodrigues Maciel. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito*: evolução das leis, fatos e pensamentos. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

AMORIN NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. O Segredo Ineficiente Revisto: O que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 46, n. 4, p. 661-698, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes, [*et al*]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina. Outros autores e coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes, 2013.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O Trabalho Decente como um Direito Humano*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BARBOSA, Leonardo. *História Constitucional Brasileira: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Editora Câmara, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*.v. 51, n. 201, jan./mar., p. 71-95, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: A persistência da estrutura administrativa de 1967. *In: O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2010.

BONAVIDES, 2008. Golpe de Estado realizado por militares em 15 de novembro de 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores: São Paulo, 22ª edição, 2008.

BONAVIDES; Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil: Império [segundo reinado- 1840-1889]. 3ª ed., volume II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro: entre a Tutela de Direitos e a Tutela do Ordenamento. In: Jurisdição Constitucional e Democracia. [Recurso eletrônico] Adriana Fasolo Pilati Scheleder... [et al]. Itajaí: Ed. da Univali, p. 138-164, 2016.

BRASIL (CLT). *Consolidação das Leis do Trabalho*, Decreto-Lei **nº 5.452, de 1º de maio de1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2018).

BRASIL (ECA). Estatuto da Criança de do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990 e o Estatuto do Idoso, Lei nº10.741 de 2003 (BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991: Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Ato Institucional número 5 (AI5). Disponível em: <http://www.planalto .gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2016 (grifo nosso).

BRASIL. *Decreto* **nº 1.973, de 1º de agosto de 1996:** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém

do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Lei nº* 10.741 de 1º de outubro de 2003: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Lei* nº 11.340, de 07 de agosto de 2006: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967: Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Lei nº* 7.347, de 24 de junho de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017. BRASIL. *Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999*: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O Direito e a Incerteza de suas Fontes: Um Problema em aberto para a Dogmática Jurídica Contemporânea. *In: Rev. Fac. Direito UFMG,* Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria crítica da constituição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. O Romanismo nas origens da cultura jurídica brasileira. *In*: *Revista do Centro Acadêmico Afonso Penna – CAAP*. Volume: 2009, p. 515-560, 2009a, p. 527-528.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Para uma Crítica das Críticas ao Discurso dos Direitos Humanos e Fundamentais: da desconstrução do Jushumanismo ao Jushumanismo Crítico. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*. Minas Gerais, v. 1, nº 2, Jul/Dez, p. 01-18, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução 175 de 13 de maio de 2013:* Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira. Constituição, Direito e Utopia: do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas. *In: Studia Iuridica.* Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

DAL RI JÚNIOR, Arno (1974). *O Estado e seus inimigos:* a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

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

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

FAUSTO, Boris. *A História do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro [*et al*]. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 110, p. 671-702, 2015.

GAMA. Ricardo Rodrigues. *Curso de Introdução ao Direito*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Almedina Editores, 2007; 2ª ed. alterada, 2009.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, v. 8, n. 3, p. 97-117, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição*: comentários à Constituição Brasileira. Barueri, SP: Manole, volume 1, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, 1ª ed. – Coimbra Editora, setembro de 2014.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do Direito: Contributo para a revisão do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Vol. LXIII, 1982.

PINHEIRO, Ivan Antônio *et al*. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública*. v. 45, n. 6, p. 1733-1759, 2011.

PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. Ed. (ajustada ao novo código civil). São Paulo: Saraiva,- 4ª tiragem, 2004.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*: Uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALDANHA, Nelson. Fontes do Direito. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.38, p.47).

SARNEY, José. Nota do editor. In: PORTUGAL. Código Philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: Recompiladas por mando d'el-Rey D. Philippe I. – Ed. fac-similar da 14ªed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 / por Cândido Mendes de Almeida. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, V. 38-A (Edições Senado Federal), 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. Revisada e atualizada. Editora Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza. A estrutura reinol na colônia ou Héracles versus a Hidra de Lerna. *In: História do Direito Brasileiro*. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. 3º ed. – São Paulo: Atlas, p. 127-144, 2012.

VARGAS, GETÚLIO. *Carta Testamento*. Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1954. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistori a/getulio-vargas/carta-testamento-de-getulio-vargas>. Acesso em: 23 de janeiro de 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-466, 2008.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al*. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina. Outros autores e coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

"CHEGA DE GOLPES", "O PAÍS JÁ VIVE A CONSTITUIÇÃO": EXPECTATIVAS, EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E ESPERANÇAS NA IMPRENSA BRASILEIRA NOS DIAS 05 E 06 DE OUTUBRO DE 1988

Gustavo Silveira Siqueira[1]

1. INTRODUÇÃO

"Chega de Golpes". Esse era o título, em letras garrafais, da reportagem da Tribuna da Imprensa, no dia 06 de outubro de 1988. O presente artigo pretende analisar como parte da imprensa nacional manifestou-se nos dias 05 e 06 de outubro de 1988 em relação ao novo texto e a nova ordem constitucional. A objetivo é entender os horizontes de expectativas em relação ao futuro do país e ao futuro da Constituição, bem como as descrições das experiências vividas naquele momento. (KOSELLECK, 2006)

Este artigo é um relatório preliminar de uma pesquisa maior que cujo objetivo consiste em compreender a relação entre a Constituição de República Federativa do Brasil (1988), quando a sua promulgação, e os jornais impressos em São Paulo e no Rio de Janeiro naquele momento.

Utilizarei os seguintes Jornais; Folha de São Paulo[2], Estado de São Paulo[3], Jornal do Commércio do Rio de Janeiro[4], a Tribuna da

1 Professor Associado da UERJ. Bolsista de Produtividade do CNPq e Pesquisador da FAPERJ. Coordenador do Laboratório Interdisciplinar de História do Direito (http://lihduerj.com) e Professor Adjunto da UNESA. E-mail: gustavosiqueira@uerj.br

2 Fundado em 1960 com junção dos Jornais Folha da Noite, Folha da Manhã e Folha da Tarde.

3 Fundado em 1875 com o nome de "A Província de São Paulo".

4 Fundado em 1827, é marcado por uma linha tradicional conservadora. Vide: http://bndigital.bn.gov.br/artigos/jornal-do-commercio-rio-de-janeiro/

Imprensa do Rio de Janeiro[5] e o Globo do Rio de Janeiro[6].

2. 05 DE OUTUBRO DE 1988: O DIA DA PROMULGAÇÃO

Em 05 de outubro de 1988, no dia da promulgação da Constituição – que aconteceu pela tarde –, a manchete da Folha de São Paulo era "Nova Constituição entra em vigor; termina a transição para a democracia." Acompanhada de uma foto de Ulysses Guimarães (PMDB) plantando uma árvore no "Bosque dos Constituintes" em Brasília, a reportagem informava sobre os ritos da promulgação do novo texto. (FOLHA DE SÃO PAULO, 1988a, p. 1)

No editorial da Folha, intitulado "Fim da transição", constava que o "desafio que se coloca após a entrada em vigor da nova Constituição" era permitir que as "contradições e antagonismos que compõe uma sociedade progressivamente complexa sejam solucionados por meio da disputa dentro de instituições consensualmente pactuadas, e não através do arbítrio de quem está no poder." O mesmo editorial também informava que a Justiça Eleitoral "interferiu indevidamente no processo político e violentou o princípio constitucional que assegurava a liberdade de expressão" ao interromper o programa eleitoral do Partido dos Trabalhadores. (FOLHA DE SÃO PAULO, 1988a, p. 2)

Na página 3, Waldir Pires, governador do Estado da Bahia, assinava um artigo intitulado "A necessidade de cumprir a Constituição", defendendo que a sociedade deveria "viver" e não apenas conhecer a Constituição. (PIRES, 1988, p. 2)

O jornal, em suplemento especial, trazia um glossário sobre a nova Constituição e publicava seu texto completo; informava quem eram os constituintes; trazia uma tabela diferenciando a "carta atual"

5 Fundado por Carlos Lacerda em 1949, tinha fortes ligações com a UDN.

6 Fundado em 1925 e comandado pela família Marinho. Apesar de sempre declarar-se totalmente isento, apesar de ter posições políticas muito claras. Vide: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/globo-o

da "nova carta"; e apresentava uma pesquisa de opinião sobre o conhecimento e a concordância com alguns artigos da Constituição. Em que pese o jornal não tenha tratado com grande entusiasmo o novo texto, a intenção de informar, ao publicar o texto integral, destacar os constituintes, as diferenças e os pontos controversos, parecia ser a principal ideia, juntamente com marca de que a transição terminava ali. Agora o Brasil viveria uma democracia.[7]

Na Tribuna da Imprensa do Rio de Janeiro, em 05 de novembro de 1988, constava, em letras garrafais, que a "Nova Carta mantém o poder dos militares" ao lado de outra reportagem que informava que Sarney assegurava que cumpriria a nova Constituição. A primeira matéria questionava o art. 142 do texto que assegurava às forças armadas "a manutenção da lei, da ordem, podendo depor o presidente da República, fechar o Congresso Nacional e intervir na vida sindical". [8] (TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988a, p. 1)

O mesmo jornal que, em 02 de abril de 1964, publicava que "Democratas assumem comandos militares", que Miguel Arrais havia sofrido "impeachment" em Pernambuco e que o ex-Ministro da Justiça, Aberlado Jurema, e o governador do Estado do Rio de Janeiro, Badger Silveira, estavam presos, parecia assumir uma postura mais crítica do novo regime naquele momento. (TRIBUNA DA IMPRENSA, 1964 p. 1)

Em 05 de outubro de 1988, "A Tribuna" também informava que a Central Única dos Trabalhadores (CUT) faria um protesto em São Paulo contra o caráter "global, conservador e reacionário da Nova Carta" e que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) iria manter uma comissão permanente para assegurar o cumprimento do "novo texto constitucional". O cumprimento do texto

7 A Folha assumiu a mesma posição moderada em 01 de abril de 1964. As notícias sobre o Golpe Militar não são comemorativas. O periódico descreve os fatos e uma certa "calma" com que tudo acontecia.

8 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

constitucional foi a grande preocupação das reportagens do Jornal naquele dia, que informava também que a "festa" de promulgação deveria começar 9h da manhã. (TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988a, p. 1-2)

Já o "Jornal do Commercio", na mesma data, alertava em sua capa a "Enxurrada de decretos no último dia" e informava as centenas de nomeações e decretos que o Governo Sarney fazia às vésperas da nova Constituição. Parentes eram nomeados e remanejados e orçamentos eram alterados. Na reportagem ao lado, o Presidente José Sarney prometia ser "servidor da nova Constituição." (JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988a, p. 1) Na página 4, Austregesilo de Athayde[9] frisava pontos fortes do novo texto: "o fortalecimento do Poder Judiciário, o mais frágil de todos," "a competência constitucional das Forças Armadas", garantindo o texto "que não haverá 'ingovernabilidade' no país" e o fim da censura prévia. (ATHAYDE, 1988, p. 4)

O Jornal "O Globo" anunciava em sua capa que "Vigora hoje a Constituição democrática." A reportagem informava que o "País passará a viver sob a ordem constitucional democrática, livrando de uma carta outorgada que rege seus destinos desde 1969." (JORNAL O GLOBO, 1988a, p. 1)

O mesmo Jornal que em 02 de abril de 1964, após o golpe militar, informava que "Fugiu Goulart e a democracia está sendo restaurada", que a ação militar fez "ressurgir a democracia" e que, em 18 de outubro de 1969, noticiava que a Emenda Constitucional outorgada no dia anterior era "instrumento de defesa da democracia", publicava o fim daquela ditadura. (JORNAL O GLOBO, 1969, p. 1)

A página 10, em 05 de outubro, anunciava a promessa de José Sarney em cumprir a Constituição, ao lado de uma reportagem

9 Belarmino Maria Austregésilo Augusto de Athayde, jornalista, formado em direito e diplomado na Escola Superior de Guerra. Em 1951, ingressou na Academia Brasileira de Letras, a qual presidiu de 1958 até sua morte, no Rio de Janeiro, em 1993.

que denunciava a "enxurrada de decretos para driblar o Congresso". Segundo o Jornal, para fazer isso o Governo teria até atrasado a publicação do Diário Oficial. (JORNAL O GLOBO, 1988a, p. 10)

O Globo também trazia uma tabela dos dispositivos que já estavam "valendo" e daqueles que dependiam de lei. Entre os imediatamente vigentes destacavam-se dispositivos que previam o fim da tortura, da censura, o direito ao mandado de segurança, de ação popular, de voto ao 16 anos, entre outros. Entre os dispositivos que dependiam de lei constavam o direito de greve, o valor do salário mínimo, os direitos autorais, os direitos do consumidor, etc.

3. 06 DE NOVEMBRO DE 1988: NOTÍCIAS SOBRE A FESTA, CHEGA DE GOLPE!

"Ulysses faz a sua festa". Sem muita empolgação e parecendo estar mais preocupada com a sucessão presidencial – e a eventual candidatura de Ulysses Guimarães – a Folha de São Paulo, em 06 de outubro de 1988, anunciava a vigência da nova Constituição. A notícia de pouco menos de meia página era acompanhada de uma série de reportagens. (FOLHA DE SÃO PAULO, 1988b, p. 1)

Na página 14 o discurso de promulgação da Constituição, feito por Ulysses Guimarães, era reproduzido na íntegra. No discurso percebia-se a esperança de que o Brasil iria mudar com a nova Constituição – "Brasil vai mudar, o Brasil precisa mudar" – e a crença de que, em um país em que milhares de pessoas passagem fome, "a cidadania começa com o alfabeto." (GUIMARÃES, 1988, p. 14)

A página seguinte era uma reportagem sobre o discurso do senador Afonso Arines (PSDB) e uma coletânea de depoimentos sobre o novo texto constitucional da seguinte maneira: Joaquim dos Santos Andrede presidente da Confederação Geral dos Trabalhadores, "Acho que apesar de a correlação de força no Congresso ser desfavorável para os trabalhadores, a Constituição acabou sendo progressista; Roberto Farias, presidente do Conselho Nacional de

Cinema, "A nova Carta coloca o Brasil entre os países que têm as constituições mais avançadas do mundo"; Marco Antonio Barbosa, presidente da Comissão Justiça e Paz, "Representa um avanço em termos de direitos humanos individuais – acabou com a censura – e um relativo avanço em termos de direitos humanos sociais"; Roberto Macedo, presidente dos Economistas de São Paulo, "O que mais me incomoda é que ela deveria ser simples e capaz de ser compreendida por todos. Ela é incompreensível para os brasileiros"; Sergio Barcelos, presidente da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, "A nova Constituição pode ter falhas e até omissões, mas é um esboço do Brasil de hoje"; e D. Erwin Krautler, presidente do Conselho Indigenista Missionário, "Foi uma vitória dos povos indígenas que estavam representados por mais de 200 lideranças indígenas". (FOLHA DE SÃO PAULO, 1988b, p. 15)

Nem todos os comentários eram elogiosos. Mas parece que a crítica vinha não dos trabalhadores ou dos movimentos de minorias e sim de grupos que talvez quisessem contestar a Constituição em defesa daqueles que concordavam com ela.

Em grandes letras, a "Tribuna da Imprensa" escrevia em 06 de outubro de 1988, "Chega de golpes". As letras garrafais vinham acompanhadas da frase de Ulysses Guimarães: "Que este plenário não abrigue outra Constituição." Ao mesmo tempo que o Jornal anunciava a promulgação da nova Constituição no dia anterior, denunciava que alguns artigos não seriam cumpridos por instrução do Palácio do Planalto, como o limite de juros de 12% e outras garantias asseguradas pelo texto. (TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988b, p. 1)

Helio Fernandes, também em matéria de capa, criticava o discurso de Afonso Arinos, "Melancólico, Lamentável. Monótono. Uma aula sem substancia" e informava que era publicada a quarta Constituição brasileira. As outras seriam 1891, 1934 e 1946. Citando Castro Rebello, Fernandes afirmava que "Constituição outorgada não é Constituição. Só merece o nome de Constituição aquela que

é regida por representantes do povo e é promulgada sem a interferência de ninguém. Como realmente aconteceu ontem, como aconteceu em 1934, em 1946 e finalmente em 1891, a primeira que este país já teve. (FERNANDES, 1988, p. 1)

Fernandes também apresentava críticas ao texto constitucional, por não ter feito a reforma agrária, por não prever uma eleição presidencial imediata e por manter a Assembleia Constituinte como Congresso Nacional.

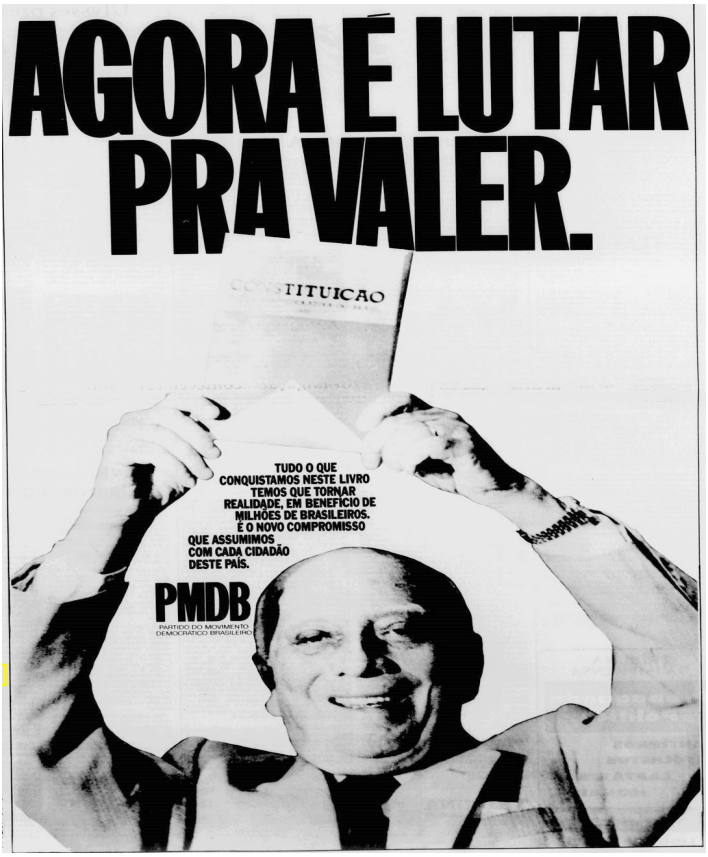
A página dois do Jornal lembrava que o "País já vive a Constituição", anunciava vaias ao Presidente Sarney na Constituinte e denunciava o "trem da alegria" do governo que nomeava 460 funcionários sem concurso público –proibição expressa no novo texto constitucional. (TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988b, p. 2)

Na mesma página também denunciava que "a briga pela interpretação já tinha começado" ao informar que o artigo que previa o limite de 12% de juros anuais não seria cumprido imediatamente, apesar do desejo de alguns parlamentares, pois o governo entendia que era necessário lei complementar.

"Difícil entender o 5 de Outubro". Era assim que a reportagem da página 3 descrevia o dia anterior. O texto era uma crítica aos decretos suplementares orçamentários feitos por José Sarney e declarados inconstitucionais pela Constituição. (TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988c, p. 3)

De fato o 05 de outubro, descrito no dia seguinte, era recheado de contradições. As contradições de um presidente que parecia estar ainda no antigo regime e que claramente, nos últimos minutos, aproveitou para promulgar atos que, pelo texto da Constituição de 05 de outubro de 1988, seriam inconstitucionais.

A página 3 do Jornal trazia uma grande foto de Ulysses Guimarães segurando a Constituição:



A propaganda, do PMDB, também publicada no mesmo dia no jornal "O Estado de São Paulo", defendia a efetividade do texto constitucional e afirmava isso como compromisso.

No dia 01 de abril de 1964, "O Estado de São Paulo" anunciava que São Paulo e Minas levantavam-se "pela Lei" contra João Goulart; no dia 02 de abril de 1964 publicava, como matéria de capa, em letras garrafais, "Vitorioso o movimento democrático"; e no 03 de abril, "Democratas dominam toda a Nação." (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1964a, p. 1; 1964b, p. 1; 1964c, p. 1)

Já em 05 de outubro de 1988, o mesmo jornal anunciava o

início da "nova ordem constitucional" e extinção da "antiga ordem constitucional em vigor desde 1969". Em um suplemento especial o periódico publicava a íntegra do novo texto, confirmava o direito individual como a maior conquista e informava que a reforma tributária favorecia os estados. (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1988a, p. 1)

O "Jornal do Commércio" anunciava, naquele dia: "Ulysses promulga a Carta da Dignidade." (JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988b, p. 1) O Jornal também reproduzia parte do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte e os atos que aconteceram em "sessão solene." Na página 02, uma engraçada reportagem anunciava o fim das "farras": "Acabou a farra–A torneira das contratações no serviço público esteve aberta até anteontem, jorrando apaniguados. Promulgada ontem a Constituição, quem comeu, comeu; quem não comeu, não come mais." (JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988c, p. 1)

As nomeações de "última hora" do Presidente Sarney eram notícias em todos os jornais. E a esperança de que a Constituição fosse cumprida, talvez por ambos os lados (oposição e governo), fazia com que a farra acontecesse.

Já a página 05 do jornal, anunciava a "Promulgação da Constituição da liberdade" e, a página 06, uma tentativa, por parte do deputado José Genoíno (PT), de anulação dos últimos decretos de José Sarney antes da promulgação. Na reportagem eram denunciadas 460 nomeações no último dia e o jornal noticiava que o "Governo já viola a nova constituição." (JORNAL DO COMMÉRCIO, 1998c, p. 6)

Na página 10 era destacada a ação do Ministro de Minas e Energias, Aureliano Chaves, que já tinha montado uma comissão para propor revisões no texto Constitucional. (JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988c, p. 10)

O Jornal "o Globo", de 06 de outubro de 1988, anunciava "Promulgada a nova Constituição" e destaca o discurso de Ulysses Guimarães, "interrompido 53 vezes por aplausos." (JORNAL O GLOBO, 1988b, p. 1)

A página 08 informava os dispositivos que, de acordo com a posição do jornal, precisariam de legislação para ser implementados e prescrevia que a "Prática da nova Carta exige 450 leis".

Na página 9, o jornal destacava, mais uma vez, o discurso de Ulysses Guimarães, classificando-o como discurso de candidato e informava também o descontentamento dos militares pelo discurso ter lembrado a repressão. (JORNAL O GLOBO, 1988b, p. 8)

O jornal "O Estado de São Paulo" anunciava que a nova Carta era "promulgada com festa", e anunciava o plano que alguns partidos já tinham para anunciar o texto, assim como as nomeações na "undécima hora" do Presidente Sarney. (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1988b, p. 1)

4. PALAVRAS FINAIS

Naquele momento era possível perceber uma transição entre o passado e o futuro. Por mais que a Constituição de 1988 marcasse – como afirmavam alguns jornais – a fim da transição entre o passado "ditatorial" e o futuro "democrático", nuances da ditadura, revestidas de práticas inconstitucionais, ainda estavam presentes.

Seja pelos decretos promulgados no apagar das luzes pelo Governo Sarney, seja pela declaração, ainda nos debates, de que alguns artigos não seriam cumpridos – à exemplo da referência, durante e após a elaboração da Carta, aos juros de 12%–, seja pelas inconstitucionalidades posteriores, a Constituição defendida pelo constitucionalismo da efetividade. (LYNCH; DE MENDONÇA, 2017)

Optei por informar o posicionamento de cada Jornal também nos dias 01 ou 02 de abril. Eu queria saber como os periódicos reagiram no momento do Golpe Militar. A ideia não foi informar que o Jornal era apoiador do regime ou não – muitas relações mudam entre o início e o fim da ditadura–, mas apenas entender como as publicações aconteceram quando o governo militar chegou ao poder.

Pelos debates da imprensa, a Constituição de 1988 não rompeu

totalmente com o antigo regime e com as práticas ditatoriais. Ela nasce deles e leva cicatrizes que estariam em suas vivências. Assim, os debates na imprensa podem nos ajudar o compreender as expectativas, as críticas e também as esperanças e projetos que existiam naquele momento. O calor do debate, especialmente por usarmos reportagens do dia da promulgação e de poucos dias seguintes, talvez ajude a deixar claro as paixões e estratégias que ali estava em jogo.

Sim, havia esperança. Havia esperança, mesmo com desconfiança, de uma Constituição que seria cumprida e havia esperança na democracia. Se a promulgação marcou para aqueles periódicos o fim da transição e o início da democracia, talvez fosse possível perceber que toda transição, assim como fato histórico, não pode ser reduzida a datas. Os acontecimentos têm de ser entendidos com seus antecedentes e episódios sucessores. As esperanças de cumprimento de Constituição e de democracia estão ligadas ao passado de ditaduras e a transição está marcada por esta. Mas o fim da transição não acaba com a ditadura e o início da democracia também não. As práticas e experiências da ditadura, ainda por um tempo, ficariam (ou ficarão) expostas como feridas que não cicatrizam fácil e que, mesmo cicatrizadas, ainda existem. A ditadura, definidamente, não acabou no dia 05 de outubro de 1988.

Também é interessante perceber que a Emenda Constitucional de 1969, que altera significativamente a Constituição de 1967, é considerada a ordem constitucional vigente até 1988. O texto de 1969 é mais lembrado que o texto de 1967. Se for possível chamar a ditadura militar e a outorga de emenda constitucional de 1969 de democracia, talvez não exista muita coerência em alguns periódicos em utilizar tal conceito. Talvez ele possa ser usado como sinônimo de um novo governo que os periódicos, naquele momento, em parte acreditavam. Ou seja, desconfio das fontes, pois desconfio das crenças de democracia que algumas vezes eles apresentam. Obviamente isto leva a uma outra pesquisa, fruto da inquietação aqui presente, mas, se o presente é algo que existe entre o passado e o futuro, talvez discutir conceitos mais concretos de democracia, ou entender os múltiplos

conceitos de democracia, possa auxiliar na compreensão dos rumos planejados e projetos do país.

Foi também interessante perceber como o termo "Carta" foi utilizado como sinônimo de Constituição e como o nome oficial "Constituição da República Federativa do Brasil" praticamente não era citado.

Esta pesquisa preliminar permitiu entender o clima de festa, as preocupações e as esperanças. Sentimentos que conviviam e davam início a um novo período da história constitucional brasileira. Um período que já se anunciava polêmico e com diversas divergências sobre a Constituição.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Austregésilo. *Três pontos orfeônicos*. JORNAL DO COMMERCIO. Rio de Janeiro, 05 out 1988.

FERNANDES, Helio. *O Brasil tem agora a quarta Constituição*. TRIBUNA DA IMPRENSA. Rio de Janeiro, 06 out 1988.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Fim da transição*. São Paulo, 05 out. 1988a.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Nova constituição entra em vigor*. São Paulo, 05 out. 1988b.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Ulysses faz a sua festa**. São Paulo, 06 out. 1988c.

GUIMARÃES, ULYSSES. FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 06 out. 1988.

JORNAL DO COMMERCIO. Rio de Janeiro, 05 out. 1988a.

JORNAL DO COMMÉRCIO. *Ulysses promulga a Carta da Dignidade*. Rio de Janeiro 06 out. 1988b.

JORNAL DO COMMÉRCIO. *Promulgação da Constituição da liberdade*. Rio de Janeiro 06 out. 1988c.

JORNAL O GLOBO. *Vigora hoje a Constituição democrática*. Rio de Janeiro, 05 out. 1988a.

JORNAL O GLOBO. *Promulgada a nova Constituição*. Rio de Janeiro, 06 out. 1988b.

JORNAL O GLOBO. Rio de Janeiro, 18 out. 1969.

JORNAL O GLOBO. *Fugiu Goulart e a democracia está sendo restaurada*. Rio de Janeiro, 02 abril 1964.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado:* contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006.

LYNCH, Christian Edward Cyril; DE MENDONÇA, José Vicente Santos. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade / Defense of studies on the cons-

titutional history of Brazil: a critique of the doctrine of the effectiveness of the Constitution. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 942-973, jun. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25654/20597>. Acesso em: 01 maio 2018. doi:https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Começa a nova ordem Constitucional*. São Paulo 05 out. 1988a.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Carta é promulgada com festa*. São Paulo, 06 out 1988b.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *São Paulo e Minas levantam-se pela lei*. São Paulo 01 abril 1964a.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Vitorioso o movimento democrático*. São Paulo 02 abril 1964b.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Democratas dominam toda a Nação*. São Paulo 03 abril 1964c.

PIRES, Waldir. *A necessidade de cumprir a Constituição*. FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 05 out 1988.

TRIBUNA DA IMPRENSA. *Nova Carta mantém o poder dos militares*. Rio de Janeiro, 05 out. 1988a.

TRIBUNA DA IMPRENSA. *Chega de golpes*. Rio de Janeiro, 06 out. 1988b.

TRIBUNA DA IMPRENSA. *País já vive a Constituição*. Rio de Janeiro, 06 out. 1988b.

TRIBUNA DA IMPRENSA. *Difícil entender o 5 de Outubro*. Rio de Janeiro, 06 out. 1988c.

TRIBUNA DA IMPRENSA. *Democratas assumem comandos militares*. Rio de Janeiro, 02 abril 1964.

Sites:

Fundação Biblioteca Nacional

http://bndigital.bn.gov.br/artigos/jornal-do-commercio-rio-de-janeiro/

Fundação Getúlio Vargas–CPDOC

http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/globo-o

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1987-88): ENTRE A IDENTIFICAÇÃO SOCIAL E A IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL

Maria Pia Guerra[1]

Ana Carolina Couto[2]

1. INTRODUÇÃO: SOCIEDADE CIVIL E ORGANIZAÇÕES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC), longe de ser apenas uma estratégia de lideranças políticas para a transição democrática, foi uma demanda de diversos setores políticos e sociais gestada ao longo do regime militar (GOULART, 2013). Ela respondia aos anseios sociais de remoção do "entulho autoritário", herança dos governos militares que recorriam a manipulações legais e constitucionais (BARBOSA, 2009; FLEISCHER, 1994). Respondia, também, às aspirações de criação de uma nova ordem jurídica, justa e democrática, que surgiam dos protestos de massa pelas eleições diretas à presidência e dos novos movimentos sociais surgidos no final da década de 1970.

Ao longo do processo transicional, a Assembleia tornou-se um gatilho para a mobilização social. Como já bem retratado pela historiografia do período, uma rede de sujeitos coletivos e descentralizados participou ativamente dos debates constituintes por meio de emendas populares, audiências públicas e reuniões informais, que

1 Professora da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

2 Doutoranda em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília.

foram registrados, por exemplo, em uma multiplicidade de panfletos e cartilhas pró-participação popular (MICHELIS, 1989; NEVES, 2017). Disso resultou uma abertura do processo transicional, que deixou de ser mera liberalização para se tornar redemocratização (SALLUM, 1996). Como afirmaria Sader (1985, p. 128), a constituinte era a mais nova unanimidade nacional.

Os estudos constitucionais e históricos sobre período ressaltam a intensa participação social e atribuem a ela a legitimidade da nova carta constitucional. Explicam a instalação da ANC no contexto de surgimento dos novos movimentos sociais na América Latina. Os novos personagens em cena (SADER, 1988) seriam sujeitos coletivos em constante definição e reconstrução, não identificados com uma única classe social, mas, em geral, a tomar pelo foco de análises, oriundos de classes populares. Seriam principalmente os movimentos de periferia urbana promovendo nova cultura política por meio de ação direta ante o Estado.

O grande otimismo destes estudos com os novos movimentos sociais, no entanto, assumiu tons utópicos (FORETAKER, 2001) e obscureceu a princípio a multiplicidade dos atores envolvidos. Não apenas os interesses, mas também as estratégias e o poder de inclusão das demandas no texto constitucional eram distintos. Por detrás da aparente homogeneidade dos que se reuniam pelas diretas já ou pelo fim do regime militar estavam projetos muito de futuro muitas vezes incompatíveis.[3]

Mais recentemente, estudos de história do direito tem buscado detalhar a participação social de grupos organizados na ANC, no intuito de compreender as razões e as consequências dos arranjos institucionais escolhidos pelos constituintes. Buscam dessa forma diferenciar os atores e interesses e trazer complexidade para a análise da

3 Assim, durante a década de 1990, uma literatura da sociologia e ciência política retomou categorias como corporativismo, grupos de pressão, grupos de interesse e lobby para analisar as nuances da efetividade da participação, seguindo a mudança de estratégia de atuação dos movimentos sociais, agora mais institucionais, assim como a mudança do eixo de negociação política após o fim do regime militar, agora direcionado ao Congresso Nacional.

legitimidade da Constituição Federal de 1988.

Andrei Koerner e Lígia Freitas (2013) analisam a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal diante da ANC, identificando as demandas e vitórias, assim como as opiniões sobre o processo relativamente descentralizado de construção do ordenamento jurídico. Carvalho (2017) observa a mobilização da magistratura na ANC em prol do atual desenho institucional da função judicial. Ambos os estudos iluminam o papel dos juízes na definição de questões sensíveis como a amplitude das prerrogativas funcionais e a efetividade dos direitos sociais e dão indícios para compreender o fortalecimento do judiciário na nova ordem constitucional.

No mesmo sentido, uma das autoras do presente estudo detalha a atuação das organizações policiais, desde o regime militar até os debates constituintes, para a aprovação do atual sistema institucional de segurança pública (GUERRA, 2016a). Utilizando metodologia semelhante, Andrei Koerner e Débora Maciel (2014) analisam o processo de reconstrução do Ministério Público na transição política. Mostram o trajeto histórico que garantiu à instituição um lugar de destaque na ANC, no texto constitucional e na política da Nova República. Como veremos abaixo, chegam a conclusões semelhantes às que apresentaremos neste artigo: a identificação da instituição com a sociedade civil amparou o fortalecimento das prerrogativas profissionais e corporativas.

Neste artigo, analisaremos a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na Assembleia Nacional Constituinte. É possível dizer que a OAB sintetiza as contradições do processo de redemocratização. Ao longo do regime militar, ela construiu para si um papel de liderança na defesa do Estado de Direito e da democracia, que exercia para a afirmação de direitos individuais e, posteriormente, de direitos coletivos de participação. Era, aí, representante da sociedade. Como a liderança lhe garantiu uma posição privilegiada nos debates constituintes, exerceu-a, por sua vez, também para a inclusão de prerrogativas institucionais, que consubstanciaram vitórias nas disputas com as corporações estatais do sistema jurisdicional. Era então, aí,

representante da organização profissional dos advogados, para conservação de um modelo de prestação de serviços jurisdicionais.

2. A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E A IDENTIFICAÇÃO SOCIAL

Quando a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada, a OAB já havia se tornado uma instituição de referência na sociedade. Esta posição foi construída ao longo do regime militar, passando por ao menos por três fases: apoio ostensivo, oposição discreta e oposição ostensiva. Em maio de 1964, o então presidente Povina Cavalcanti aderiu ao golpe como medida emergencial para evitar o desmantelamento do Estado democrático pelas forças subversivas (CURI, 2008, p. 49). O apoio durou alguns meses, até que as primeiras ondas de violência e arbitrariedade começaram a ser noticiadas. A partir deste momento e durante a década seguinte, a OAB elaborou críticas pontuais, principalmente em assistência aos advogados presos e em defesa das prerrogativas profissionais e dos direitos individuais.

A oposição direta teve início nos anos 1970. Em 1974, a V Conferência Nacional dos Advogados, no Rio de Janeiro, que teve como tema "O Advogado e os Direitos do Homem", deliberou pela deflagração de campanha pública em favor da revogação do Ato Institucional n. 5, restauração do habeas corpus, aprovação da anistia e instalação de Assembleia Constituinte. Em 1977, marco de inflexão da sua atuação, o governo federal publicou o Pacote de Abril no mesmo dia em que, coincidentemente, o conselho federal aprovou o nome de Raimundo Faoro para a presidência da OAB, cujo mandato distinguiu-se pela atuação a favor de um projeto de liberalização. A reação da ordem ao pacote foi contundente: deixou o Conselho em sessão permanente para avaliar as medidas do governo, incumbiu conselheiros de elaborar um parecer[4] e organizou, algumas semanas depois, congresso do qual

4 "Impõe-se aos advogados brasileiros, por força da lei, da natureza de sua missão social e das suas tradições, defender a ordem jurídica, a Constituição da República e as instituições democráticas. No cumprimento desse dever, a Ordem dos Advogados do Brasil tem firmemente denunciado à nação a crescente desfiguração do Estado de direito através de atos de força que amesquinham as instituições nacionais. Nenhum limite se auto-impôs ao chamado poder revolucionário. Dis-

sairia a Declaração de São Paulo: "*Restabelecido o habeas-corpus em sua integridade, devolvidas ao Poder Judiciário as garantias constitucionais, exauridos os atos de exceção, haverá a indispensável condição para a libertação do medo, como o único processo capaz de assegurar, efetivamente, o respeito aos direitos humanos*" (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 192).

Neste período, a ordem tornou-se, junto com a Igreja Católica, uma das instituições mais eficientes da sociedade civil. O percurso das duas instituições, aliás, é semelhante. Ao contrário dos movimentos de esquerda, tinham a institucionalidade, o respaldo social e o discurso de proteção da legalidade necessários para se proteger da repressão direta.[5] Assim, após o aprofundamento da ditadura e o alastramento dos casos de torturas, as críticas diretas ao regime passaram a ser veiculadas não pelos integrantes de movimentos católicos de esquerda, já desmobilizados, mas pelos membros e mesmo pela alta cúpula da Igreja Católica, que permaneciam relativamente protegidos da ação dos aparelhos de Estado clandestinos (SERBIN, 2001). Para isso concorreram a capilaridade social da Igreja e o recém internalizado discurso de não-violência, que buscava "tão somente" o fim do sistema de torturas e o retorno à legalidade. Da mesma forma, o espaço de liderança social da oposição, esvaziado nos anos de repressão, foi ocupado pela OAB, inicialmente em favor dos advogados alvos do regime, depois estendido para outros grupos sociais.

As duas instituições, junto com o Instituto Brasileiro de Imprensa, integraram a Missão Portela, nomeada pelo presidente Geisel e

pensa-se o Congresso Nacional da função de legislar. Procede-se à reforma do Poder Judiciário, sem se ouvirem os advogados, que a própria lei reconhece indispensável à administração da justiça. As decisões mais graves são tomadas por um pequeno grupo de pessoas, ungidas pela confiança dos detentores de poder. Em busca de uma legitimidade, já agora inexistente, invocam-se os altos interesses da nação, exatamente para contrariá-los (...). A Carta da Nação, que já nos foi outorgada por uma Junta Militar, nos idos de 1969, permanece obrigada a coexistir com os atos de exceção de maior hierarquia, com ela incompatíveis (...). O Brasil vive, na verdade, um período obscurantista da sua história constitucional, caracterizado por uma crescente distonia entre os atos do governo e a vontade da nação, isolada na planície dos deserdados do poder (...) Ao reafirmarem a sua crença na necessidade de reimplantação do Estado de direito, os advogados brasileiros, conscientes de suas responsabilidades perante a nação, insistem na revogação imediata do Ato Institucional nº 5, e em uma ampla reformulação constitucional, a ser empreendida por assembleia constituinte, integrada por representantes especialmente eleitos pelo voto popular, direto e secreto" (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 189-90).

5 Sobre a atuação da igreja, ver a tese doutoral de Maria Pia Guerra, O padre e a pátria. (2016b)

coordenada pelo presidente do Senado Petrônio Portela para negociar a redemocratização com movimentos da sociedade civil. Durante a Missão, a OAB assumiu certa liderança, em razão da atuação de Raimundo Faoro, do engessamento hierárquico da igreja católica e das resistências tanto à direita como à esquerda do governo. Na ocasião, Faoro optou por uma "agenda enxuta", que priorizava o restabelecimento do habeas corpus e deixava para um segundo momento a anistia e a Constituinte, embora mantivesse atenta a defesa pública dos direitos humanos ao denunciar, por exemplo, as torturas sofridas por Aldo Arantes e Haroldo Lima, então militantes do PCdoB (GASPARI, 2014).

Deste relato sobre a atuação da Ordem não se extrai, porém, uma homogeneidade interna. A própria eleição de Raimundo Faoro expôs as distintas concepções no interior da instituição. Na eleição para a presidência do Conselho Federal, Faoro venceu apertada disputa contra Josaphat Marinho, o qual, de acordo com Sepúlveda Pertence (Curi, 2008, p. 51), era àquele momento o candidato mais oposicionista ao governo. Faoro recuperou adeptos em seu discurso de posse, quando sustentou que o advogado "*não pede mercê ou misericórdia–não pede pedindo, senão protestando e argumentando, como quem pede justiça e não favor*" (FAORO, apud COELHO, 1999, p. 74). Não obstante, recebeu críticas do presidente que lhe sucedeu, Eduardo Seabra Fagundes, que havia sido na mesma época presidente do Instituto dos Advogados do Brasil: "*A postura do Instituto durante a minha presidência era muito mais combativa do que a da Ordem na mesma ocasião. Isso me leva a crer que fui eleito presidente contra o pensamento conservador, ou melhor, moderado, da Ordem*".[6] Ainda:

> Na verdade, entre a minha presidência e a do Faoro há uma diferença muito grande. É possível que alguns colegas entendessem que era preciso continuar mais ou menos nos mesmos rumos. Mas, na verdade, a minha atuação à frente do Instituto, participando

6 Ainda, "eu achava, desde a presidência do IAB, que era preciso aproveitar aquele momento para exigir um avanço maior e mais rápido. Tanto que as reuniões dos defensores da anistia se faziam lá no Instituto, e não na Ordem. Sob esse aspecto, o Instituto se expôs mais até do que a Ordem, que assumiu, exatamente pelo desejo de ter um diálogo ameno com o governo, uma posição mais bem comportada" (MOTTA, 2003, p. 73).

> intensamente da vida política, falando em nome dos advogados, lançou-me nessa disputa. Com o Faoro, a Ordem adquiriu uma projeção muito grande em função da estratégia que o governo adotou para fazer o processo de distensão política. O período do Faoro não foi um período de confrontação com o governo, que estava muito desgastado e isolado. Acho que o Petrônio Portela imaginou que era preciso dialogar com entidades da sociedade civil, como a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Mas a OAB, até pelas suas tradições, pela luta que desenvolvera na ditadura do Getúlio, apresentava-se como interlocutora natural (MOTTA, 2003, p. 74).

Para Seabra Fagundes, a agenda enxuta de Faoro aproximava por demais a OAB do projeto de liberalização governista: "*a Ordem, assumiu, exatamente pelo desejo de ter um diálogo ameno com o governo, uma posição mais bem comportada*". Além do habeas corpus, das prerrogativas da magistratura e posteriormente da Constituinte, segue Fagundes, a ordem deveria ter reivindicado uma série de outras medidas que tornassem mais rigoroso e mais rápido o processo de democratização: "*os órgãos de repressão política continuaram agindo. Eram bolsões de resistência ao processo de democratização que, em momento algum, foram tocados naquele período anterior à minha presidência*". O governo não tinha interesse em enfrentá-los e a Ordem, por seu lado, também não deu aos porões do regime a necessária visibilidade (MOTTA, 2003, p. 75).

A divergência entre os mandatos resulta em alguma medida dos distintos contextos políticos, já que, em 1977, a transição estava longe de ser dada como certa e por isso talvez abrisse menos espaços no interior do governo para discursos combativos. No entanto, revela também a relevância do tom pessoal dado pelo presidente da Ordem, um tom, no caso de Faoro, que combinava pragmaticamente uma atuação conciliatória e combativa, própria de quem negociava, nas entranhas do governo, a partir de um fôlego para a liberalização adquirido nas críticas e denúncias junto aos grupos sociais.

Desse momento em diante começou a se delinear mais claramente o papel da OAB na convocação da Assembleia Constituinte. Em

1980, Faoro publicou o livro, "Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada", em que analisava "remendos constitucionais" oriundos do governo. Em 1981, o Conselho Seccional da OAB/Rio Grande Sul e o Instituto dos Advogados do mesmo estado promoveram o Congresso Pontes de Miranda, em Porto Alegre, do qual resultou o documento "Proposta de Constituição Democrática para o Brasil".

Em 1983, o Conselho Federal da OAB promoveu o 1º Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, em São Paulo, reunindo juristas a cientistas sociais para um debate multidisciplinar. O congresso rejeitou a proposta de uma mera revisão constitucional, sob o argumento de que apenas estenderia o regime autoritário. Serviu, ao final, não à elaboração de um pré-projeto base, mas à institucionalização de espaços na Ordem para a discussão de temas que deveriam ser objeto da ANC. Ao final, o então presidente nacional da Ordem, Mário Sérgio Duarte Garcia, declarou ser indispensável a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1983).

Em 1983, já no contexto de convocação da Constituinte, o Ordem promoveu o 2º Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, orientado à elaboração de pauta concreta. O congresso destacou sobretudo a demanda da constituinte exclusiva–livre, soberana e autônoma–em oposição à conversão da corrente legislatura em congresso constituinte. Os advogados ressaltaram, assim, a participação social no processo.

A rejeição da Constituinte exclusiva talvez tenha sido a mais frustrante derrota dos advogados engajados no papel político da Ordem, que associavam a redemocratização à elaboração da nova constituição. A ANC compôs-se de deputados e senadores eleitos em 1986, somados a 1/3 do Senado eleito em 1982. Dalmo Dallari assim expressou sua insatisfação: "quando o povo escolhe os membros do Poder Legislativo para as tarefas ordinárias são outras as qualidades exigidas dos candidatos". Com efeito, "não se indaga sobre suas opiniões a respeito da organização fundamental da sociedade, porque esta já consta da Constituição"

(SEROTINI, 2010). A ideia original da OAB era inclusive a de aceitar candidaturas avulsas, para que não houvesse critérios político-partidários pré-definidos. Os debates ocorreriam mais livremente, assim, em sindicatos, associações de classe e organizações da sociedade civil, sem as amarras das agendas tradicionais dos partidos políticos, já direcionado às questões constitucionais como sistema de governo e forma de Estado. Nesse sentido, pronunciou-se Hermann Assis Baeta, presidente da Ordem entre 1985 e 1987:

> A Constituinte pode mudar todo o caráter do Estado brasileiro. Nós, da OAB, achamos que a pré-condição para a Constituinte é um amplo diálogo nacional, com a colocação dos temas em praça pública, como se fez por ocasião da campanha por eleições diretas. Depois, é só aprofundar a discussão desses temas nas instituições, isto é, dentro dos partidos políticos, nas associações profissionais, universidades, escolas, igrejas, empresas e sindicatos. E aí surgiram candidatos que, sendo eleitos constituintes, levariam essas ideias para a elaboração de um texto básico de onde se originaria a Constituição que a Nação quer (LINHARES E LESSA, 1991).

A demanda foi rejeitada, mas a experiência institucional dos dois congressos inspirou a criação de um grupo de trabalho, já no mandato do presidente da Ordem Márcio Thomas Bastos (1987-1989). O grupo, sob coordenação de Sérgio Sérvulo da Cunha, destinava-se ao acompanhamento dos trabalhos constituintes e à elaboração de emendas com as teses aprovadas nas Conferências e congressos da Ordem. Nomeado Bureau de Acompanhamento Institucional, garantiu a proposição de 39 emendas, apresentadas por meio de parlamentares ligados à OAB, das quais 8 foram integralmente aceitas, 11 parcialmente, 9 foram consideradas prejudicadas e 11 foram rejeitadas no Anteprojeto da Comissão de Sistematização, coordenado por Bernardo Cabral–PMDB/AM (OAB, 1987). O próprio artigo 5º da Constituição Federal de 1988, explicou Márcio Thomas Bastos em entrevista de 2011, foi elaborado no Bureau e aprovado integralmente na ANC (BASTOS, 2012).

A composição do Congresso, por certo, facilitou. De acordo com o jornal a Folha de São Paulo (1987), os 171 advogados integrantes

da Assembleia Nacional Constituinte representavam mais do que o dobro dos 80 empresários que figuravam na segunda categoria mais representada. Dentre as propostas aceitas estavam: controle da atividade administrativo-financeira do Judiciário e do Poder Público pelo Legislativo; obrigação fundamentação e publicidade das decisões penais; elaboração de procedimento para a inconstitucionalidade por omissão; supressão da irredutibilidade real dos vencimentos dos magistrados; supressão de competências normativas do Judiciário e fixação de impedimentos para a magistratura.

3. A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E A IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL

A proatividade à frente do processo transicional, como vimos, não era de todo consensual. Parte dos advogados defendia que a Ordem deveria atuar tão somente em nome dos interesses dos advogados. Em 1979, ao suceder Raimundo Faoro, Eduardo Seabra Fagundes buscou conferir à presidência nacional da Ordem um perfil mais combativo. Foi eleito com folga de 23 votos contra apenas dois dados a Raymundo Cândido, o que é um indicativo de certa concordância quanto ao papel político a ser exercido àquele momento pela instituição. No entanto, em 1981, o seu sucessor Bernardo Cabral, ao ser eleito, ressaltou no discurso de posse a negligência anterior quanto aos aspectos profissionais em favor dos aspectos políticos, um indicativo de que ocorria um refluxo às questões mais ligadas à profissionalização da advocacia.[7]

Esta tensão entre a atuação política e a atuação profissional esteve presente em toda a participação da Ordem dos Advogados na Assembleia Constituinte. Em relato recente, o então presidente nacional Márcio Thomas Bastos ressaltou que sua gestão priorizou mesmo as questões políticas de interesse nacional, debatidas nos grupos de

7 Nas suas palavras: "Eu não diria que estivesse sendo negligenciado, mas por certo estava adormecido. Por isso é que nessa minha manifestação eu dizia que, a par da luta pelo lado institucional, eu não poderia me descurar do problema da valorização profissional, da previdência e assistência social do advogado, do salário mínimo profissional, da autonomia da OAB e da defesa das prerrogativas do advogado" (MOTTA, 2003, p. 111).

trabalho internos e nos meios sociais:

> A tônica da atuação da OAB era garantir a continuidade à construção diária da democracia. Não obstante alguns defendessem que a Ordem deveria atuar tão somente em nome dos interesses dos advogados, o nosso modo de agir na Constituinte foi pautado por discussões a respeito da conjuntura nacional. Formulamos propostas que nos pareciam mais adequadas ao país e não apenas aos interesses profissionais de um grupo ou classe (BASTOS, 2010).

No entanto, é possível afirmar que os interesses nacionais e os interesses profissionais reforçavam-se mutuamente, mesmo porque integravam uma visão de país e de Estado que conferia aos advogados um papel de destaque. Na medida em que assumia a liderança social do projeto de redemocratização, a OAB ganhava força para a proposição de emendas que interessavam diretamente à advocacia, principalmente relativas à organização da função jurisdicional.

A demanda mais imediata dizia respeito ao papel atribuído ao advogado pela nova carta constitucional. Como destacava José Afonso da Silva, "a advocacia não é apenas uma profissão, é também um *munus*, é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário" (SILVA, 2002). De tal monta, o primeiro Substitutivo enviado à Comissão de Sistematização atribuía à Ordem a indispensabilidade na jurisdição e o segundo, tornando-se mais concreto, atribuía-lhe também a inviolabilidade material. [8] O texto final, dessa forma, previu que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (art. 133, CF 88).

Consolidando o novo papel, a Constituição também atribuiu à Ordem uma competência concreta por meio da qual pudesse exercer a centralidade na ordem constitucional. Concedeu ao Conselho

8 O Substitutivo I enviado à Comissão de Sistematização em 26/8/87 previa que "o advogado presta serviço de interesse público, sendo indispensável à administração da justiça" (artigo 174). O substitutivo II, enviado à Comissão de Sistematização em 19/9/87, inverteu a ordem das palavras e acrescentou previsão de inviolabilidade: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável, por seus atos e manifestações, nos limites da lei" (LIMA et al, 2013, p. 250).

Federal da OAB a legitimidade para, pela primeira vez, "propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade" (artigo 103). A competência foi estendida na Comissão de Sistematização também às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, porém a menção expressa desobrigou a OAB, conforme interpretação do STF anos seguintes, a comprovar a natureza nacional de sua representação.

A Ordem consolidava, assim, posição singular no rol das organizações democráticas, como instituição de interesse público indispensável à jurisdição, embora completamente autônoma face ao Estado. Tal como definida pelos tribunais superiores nos anos seguintes, é entidade *sui generis*[9], que exerce serviço público, equivalente ao prestados pelo Estado, mas livre de qualquer vínculo de subordinação para com Magistrados e agentes do Ministério Público[10].

Vale notar, aliás, que a demanda da autonomia face ao Estado era antiga e já havia se consolidado durante o regime militar, em grande medida justamente por causa da sua liderança social no processo transicional. Em 1976, o procurador-geral da República

9 "EMENTA (...). 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. (...)". STF, ADI 3.026/DF, Rel. Ministro Eros Grau, Plenário, julgado em 08/06/2006, DJ 29/09/2006, p. 0031.

10 ADMINISTRATIVO–ADVOGADO–DIREITO DE ACESSO A REPARTIÇÕES PUBLICAS–(LEI 4215–ART. 89, VI, C). *A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco, é auxiliar do juiz. Sua atividade, como "particular em colaboração com o Estado" é livre de qualquer vínculo de subordinação para com Magistrados e agentes do Ministério Público*. O direito de ingresso e atendimento em repartições públicas (art.89, VI, "C" da Lei n. 4215/63) pode ser exercido em qualquer horário, desde que esteja presente qualquer servidor da repartição. A circunstância de se encontrar no recinto da repartição no horário de expediente ou fora dele–basta para impor ao serventuário a obrigação de atender ao advogado. A recusa de atendimento constituirá ato ilícito. Não pode o juiz vedar ou dificultar o atendimento de advogado, em horário reservado a expediente interno. Recurso provido. Segurança concedida. STJ, RMS 1.275/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 05/02/1992, DJ 23/03/1992, p. 3429.

formulou representação para obrigar a OAB a prestar contas ao Tribunal de Contas da União. O plenário da Ordem, porém, deliberou por unanimidade a não prestar contas ao órgão estatal. Também a VI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, realizada em outubro de 1976, incluiu entre suas diretrizes a desvinculação definitiva ao TCU e ao Ministério do Trabalho (MOTTA, 2008, p. 11). A inflexibilidade da OAB foi recentemente assim descrita pelo então presidente Caio Mário da Silva Pereira (1975-1977):

> Em certa ocasião eu recebi um convite para uma entrevista com o ministro do Trabalho, Arnaldo Prieto. (....). Ele demorou um pouco a chegar, mas foi direto ao assunto, dizendo-se incumbido pelo presidente Geisel de conversar comigo a respeito das atividades da Ordem dos Advogados. Informou-me então da intenção do governo e quis saber a minha opinião a respeito. Eu disse prontamente que era contra. Ele então insistiu me perguntando se eu estaria interessado em fazer um acordo com o Tribunal de Contas. Eu mais uma vez fui enfático posicionando-me contra qualquer tipo de subordinação da Ordem a qualquer entidade ou órgão público que fosse. Quis saber por que razão eu era contra a subordinação da Ordem. Eu novamente respondi, cordialmente, dizendo que no momento em que a Ordem se subordinasse financeiramente ao Tribunal de Contas ela perderia a sua independência. "Mas e se a independência financeira da Ordem for mantida?", insistiu ele de novo. Eu me mantive inflexível (MOTTA, 2003, p. 60).

O impasse foi resolvido em 1978, na gestão de Raimundo Faoro e no contexto da Comissão Portela, quando o consultor-geral da República e futuro ministro do STF, Luís Rafael Mayer, elaborou parecer que desvinculou definitivamente a Ordem do TCU e de qualquer órgão governamental. Para Marly Motta, o parecer é produto do consenso que então se gestava entre governo e OAB rumo à abertura democrática. É, por qualquer viés, exemplo da referida combinação entre a atuação política e atuação profissional que marcou a Ordem na redemocratização.

O outro tema central à OAB era a organização do Poder Judiciário. No 2º Congresso Pró-Constituinte[11] e na XI Conferência

11 A conferência contou com inúmeras palestras sobre o tema: Alceu Loureiro Ortiz, abordando

Nacional da OAB ocorreram diversas exposições para discutir questões como o controle externo e a viabilidade de uma corte constitucional com competência exclusiva para conduzir questões constitucionais (SEROTINI, 2014). Como ficou registrado na XI Conferência Nacional da OAB, também conhecida como Conferência de Belém:

> Havia um anseio de que a criação de um Tribunal Constitucional, eleito, sobretudo pelo Congresso, lograria isolar politicamente o Supremo Tribunal Federal, confinando-o a funções sobretudo técnicas e, assim, quebrando o elo suprainstitucional que historicamente ligava as cúpulas do Executivo e Judiciário no Brasil, inibindo este último de apreciar com completa liberdade de espírito os golpes mais dramáticos contra a Constituição. Entretanto, com a promulgação da emenda convocatória da Constituição, em novembro de 1985, a perspectiva era de um Congresso pouco representativo do ponto de vista de interesses socais mais amplos e, destarte, não precisa que um tribunal constitucional eleito pelo dito Congresso pudesse funcionar com prestígio e autoridade política, verdadeiramente, superiores em benefício do povo. Afigurava-se inútil criar um órgão que iria apenas duplicar o estilo atual do Supremo Tribunal e, aliás, privado de algumas de suas vantagens técnicas (SEROTINI, 2014).

Para Lamartine Correa, cuja palestra foi posteriormente reeditada na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da ANC[12], a criação de uma corte constitucional dependeria da criação de outro tribunal, responsável pela unificação da interpretação do direito federal. Disso resultava a transformação do STF, que poderia optar por converter-se em corte constitucional ou em Superior Tribunal de Justiça, com composição e competências ampliadas.

A conclusão a que se chegou na XI Conferência foi a de propor a criação de duas cortes. Primeiro, um tribunal para dirimir controvérsias relacionadas às matérias federais. Segundo, uma corte

as *Formas Alternativas de Estruturação do Poder Judiciário*; José Lamartine Correa de Oliveira, *O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional*; Comissão da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio Grande do Sul, *Proposta de Democratização do Poder Judiciário*; Joaquim Correia de Carvalho Júnior, em tese avulsa sobre *O Supremo Tribunal e a Futura Constituição*; e, por fim, o relatório sobre *O Poder Judiciário na Constituição*, exposto por Roberto A. Oliveira Santos.

12 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 27/04/1987.

constitucional, cuja composição deveria ser de juízes escolhidos pelo Legislativo, com mandato certo e determinado, sob o argumento de que a combinação do controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade dariam contornos políticos à competência constitucional. Assim, na edição de 19 de maio de 1987 da Folha de S. Paulo, Márcio Thomas Bastos mencionou o consenso entre os advogados a favor da criação da corte constitucional, do controle externo do Poder Judiciário e da motivação obrigatória das decisões judiciais.

Seguindo tais diretrizes, já na Assembleia Nacional Constituinte, no segundo substitutivo do relator (Cabral 2), o deputado Nelson Jobim (PSDB/RS), que figurava entre os congressistas mais próximos à OAB, propôs o fim da avocatória, por meio da qual o STF exercia controle direto sobre os tribunais de justiça dos estados.[13] Na Comissão de Sistematização, o deputado propôs a criação de um tribunal constitucional, com 16 membros[14] e mandato de oito anos, sendo cinco indicados pelo presidente da República, seis indicados pela Câmara Federal e cinco, dentre os magistrados de carreira, indicados pelo STF. A primeira emenda, de extinção da avocatória, foi aprovada, mas a segunda, de criação de uma corte constitucional, foi rejeitada por sessenta votos contra três.

Andrei Koerner e Lígia Freitas (2013) relatam a intensa mobilização dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial Sidney Sanches e Oscar Correa, pela organização do tribunal. O ministro Oscar Corrêa, por exemplo, publicou e distribuiu aos congressistas o livro "O supremo tribunal federal, corte constitucional do Brasil", no qual atribuía a proposta de criação da corte constitucional a críticas injustas ao tribunal e aconselhava, sutilmente, a correta aprovação, pois os ministros do STF, embora discretos, poderiam vir a ter que dirimir a controvérsia (CORRÊA, 1987, p. VIII). Em face destes conflitos políticos, o plenário da ANC rejeitou as emendas que modificavam a composição e

13 A avocatória foi posteriormente reinserida no projeto e, ao final, rejeitada (KOERNER; FREITAS, 2013).

14 O primeiro substitutivo (Cabral I) havia retomado a composição de 11 ministros anterior à intervenção militar (KOERNER; FREITAS, 2013).

as atribuições do STF, incluindo apenas, após um processo de idas e vindas, a supressão da avocatória (KOERNER; FREITAS, 2013).

No mesmo sentido, a emenda para a criação de um órgão de controle externo, nos moldes do que hoje seria o CNJ, foi rejeitada. Márcio Thomas Bastos, em entrevista de 2011, explicou que o controle externo era pauta exclusiva dos advogados e que foi alvo de grande objeção pela magistratura: "os juízes tinham horror à ideia, era uma coisa muito arraigada". Teria sido mesmo uma surpresa para o então presidente da Ordem:

> No dia da votação, foi de manhã, nunca vou me esquecer desse dia, a gente tinha certeza de ganhar. Chegou lá foi falhando, falhando, começou com esse anticlímax do deputado Bernardo Cabral votar contra, relatar contra. E aí fomos, fomos, fomos e perdemos. Perdemos a Corte Constitucional e perdemos o Conselho Nacional de Justiça. Mas é... perdemos a batalha, mas não perdemos a guerra porque, realmente, o Conselho Nacional de Justiça hoje tem um papel importante aí (BASTOS, 2011, p. 17).

Em interpretação divergente, porém, o ex-deputado Nelson Jobim defendeu que o motivo seria a oposição da magistratura associada ao "corpo mole" da OAB, influenciada pela gestão da Seccional paulista, que era historicamente adversa à intervenção do governo federal nos assuntos estaduais da justiça. (FONTAINHA et al, 2015, p. 121)

> [NJ] — (...) E, aí, teve a discussão também do Conselho Nacional de Justiça. A criação. Eu queria, eu defendia a tese do Conselho Nacional. Os juízes odiavam a história do Conselho Nacional de Justiça. Eu tentei de toda a forma uma redação, que o Maurício tentou de toda forma, inclusive, uma redação que possibilitasse a aprovação do Conselho, mandando para lei complementar os detalhes. Só criava o poder e... enfim. Mas não houve jeito. Não houve jeito, por quê? Porque a OAB nacional não se jogou de corpo e alma no assunto.
>
> [CJ] — Não? Porque o Márcio diz que sim?
>
> [NJ] — É. Mas não é verdade. Por que é que o Márcio não fez isso? O Márcio fez um discurso favorável ao CNJ, mas nunca foi trabalhar... [batendo na mesa] porta a porta. Que isso é que dá voto, não é fazer discurso. Por que é que ele fez isso? Porque a OAB

> de São Paulo era contra o CNJ. Era o Antonio Mariz o presidente da OAB de São Paulo, que era contrário ao CNJ. Então, a base eleitoral do Márcio era contra o CNJ. Mas ele não podia ser contra o CNJ no sentido frontal. Mas ele não se envolveu, digamos, não jogou o prestígio da OAB em cima da aprovação do CNJ por causa de São Paulo, que estava dividido, a OAB.[15]

A Constituição Federal de 1988, ao final, manteve as atribuições do constitucionais, recursais e originárias do STF e criou o Superior Tribunal de Justiça para as demandas de uniformização da jurisprudência federal. Apenas em 2004 seu texto foi alterado pela Emenda Constitucional n. 45 para a criação do órgão de controle externo, o Conselho Nacional de Justiça.

O que parecia ser uma derrota, no entanto, mostrou-se uma vitória importante no que se refere aos aspectos corporativos e profissionais da OAB. Tendo sido criado, o Superior Tribunal de Justiça passou a ter um terço de sua composição indicada por advogados e membros do Ministério Público (art. 104, II, CF 88), um percentual superior ao quinto constitucional adotado pelas constituições anteriores.[16]

O resultado foi a ampliação do poder de influência da advocacia nos tribunais superiores. A Constituição de 1934 estabeleceu pela primeira vez a exigência de que um quinto dos tribunais superiores

---

15 Mais à frente: *"*[NJ] — Porque o tribunal de Justiça... Porque São Paulo nunca quis ter nada federal que entrasse nas suas instituições estaduais. Isso tem relação com 32. Percebeu? Tu observa bem a educação de São Paulo, as universidades paulistas são todas estaduais, os grandes centros são estaduais. Não tem nada de grande relevância federal lá. Tem? Não tem, não tem nada. Tudo é... A USP é paulista, aliás, é estadual, a Unicamp é estadual. Ou seja, São Paulo, depois da derrota de 32, eles não querem de jeito nenhum ter a intervenção, na época do Getúlio, que era do Capanema, que era o ministro da Educação. Então, eles criaram toda uma estrutura. E os paulistas não queriam saber do Conselho Nacional de Justiça porque o Conselho Nacional de Justiça seria um órgão nacional, federal, que iria interferir no tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Não podia. Não era por... Entendeu? Era por problema de federalismo, de natureza federalista, e vinha do velho Feijó ainda. Isso foi do padre Feijó. Se tu olhar lá a história do padre Feijó, tu vai ver essa história. O Márcio, quando presidente da OAB... A OAB nacional tinha um juízo favorável ao Conselho Nacional de Justiça. Mas o Márcio fez um corpo mole no conselho... Tanto é que ele foi rejeitado. E observa bem a rejeição como é que foi. Tu vê como as coisas são feitas. Primeiro, a OAB fez corpo mole e, segundo, o PT radicalizou! Quem era o PT?*"* (FONTAINHA et al, 2015, p. 284).

16 Os seus membros são oriundos de carreiras específicas: um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelos próprios Tribunais; e um terço dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente em partes iguais, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação de classe (art. 104, CF 88).

seriam reservados aos advogados ou membros do Ministério Público (art. 104, § 6º, CF 34)[17]. A Constituição de 1946 ampliou a previsão para qualquer tribunal dos Estados (art. 124, V, CF 46). [18] A Constituição Federal de 1988, por sua vez, estendeu a previsão também aos Tribunais Regionais Federais (art. 194, CF 88) e a ampliou, como referido, no que se refere à representação no STJ.

Isso vale também para a composição do Tribunal Federal de Recursos, cuja estrutura foi aproveitada para a criação do STJ. Originalmente, o TFR compunha-se de nove juízes, sendo dois terços dentre magistrados e um terço dentre advogados e membros do Ministério Público (art. 104, CF 46). Em 1965, o Ato Institucional n. 2 alterou a sua composição em benefício da advocacia, passando a treze juízes, sendo oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público (art. 103, CF 46, redação da Emenda Constitucional n. 16, 1965). Em 1977, porém, pela Emenda Constitucional n. 7, passou a vinte e sete ministros, sendo quinze dentre juízes federais, quatro dentre membros do Ministério Público Federal, quatro dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados e apenas quatro dentre advogados, em proporção inferior mesmo ao quinto constitucional.

O tema foi alvo de intensa controvérsia, decorrente de sua centralidade para a organização da jurisdição brasileira. O problema, que já se alongava havia alguns anos, consistia em definir a forma de indicação dos integrantes dos Tribunais de Alçada aos Tribunais de Justiça.

17 "Art. 104, § 6º–Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º." (BRASIL, 1934)

18 Embora o artigo refira-se a qualquer tribunal, insere-se em capítulo relativo à organização da justiça estadual. Na redação original: " V–na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado". Na redação alterada em 1965: "Art. 124, V–na composição de qualquer tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados que estiverem em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)". (BRASIL, 1946)

Nos Estados em que existia o Tribunal de Alçada, os nomeados por meio do quinto da OAB ou do Ministério Público concorreriam às vagas da sua carreira de origem ou às vagas da magistratura?

Na solução anterior dos tribunais de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, os indicados pelo quinto constitucional conservariam a sua vinculação à carreira de origem por ocasião da promoção ao TJ. A solução foi declarada constitucional pelo STF no julgamento das Representações n. 879 e 881 (RTJ 67/630 e RTJ 68/631), julgadas em 1972 (ALBUQUERQUE, 1992, p. 122). No entanto, em 1979, pela Lei Orgânica da Magistratura, os nomeados pelo quinto na Alçada passaram a concorrer ao TJ nas vagas da magistratura (art. 100, § 4º, Lei Complementar n. 35/79). Quando o Estado do Rio de Janeiro, contrariando a orientação da Lei Orgânica Nacional, retomou a fórmula paulista, a seccional da Ordem dos Advogados daquele Estado solicitou ao Procurador-Geral da República que ajuizasse ação de inconstitucionalidade junto ao STF. A solicitação se converteu na Representação n. 1006 e foi julgada procedente pelo STF, em favor da orientação prevista na Lei Orgânica da Magistratura (ALBUQUERQUE, 1992, p. 124).

Os conflitos ressurgiram na Assembleia Nacional Constituinte, que aprovou, ao final, previsão ambígua: "*o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem*" (art. 93, III, CF 88, redação original). O Conselho Federal da OAB, em meio à disputa, ajuizou ainda em 1988 as ações diretas 27 e 29, arguindo a inconstitucionalidade de normas do Paraná e Rio Grande do Sul que voltavam a permitir o acesso dos integrantes do quinto da Alçada às vagas dos integrantes do quinto do TJ. O STF julgou procedentes as ações (RTJ 134-963 e 133-955), em deliberação apertada de 5 a 5, que em virtude do empate manteve a orientação anterior (Brossard, 1994, p. 2). Passados cinco anos, o Conselho Federal da OAB propôs nova ação, a ADI n. 813, arguindo a inconstitucionalidade de norma que retomava a fórmula paulista. O

STF, porém, declarou-a improcedente, retornando, assim, à orientação anterior, estabelecida em 1972 no julgamento das Representações 879 e 881 (BROSSARD, 1994).

Pelo relato mais recente de Nelson Jobim, a questão foi bastante conflituosa na ANC, "*uma bruta confusão, uma brigalhada infernal*" (FONTAINHA et al, 2015, p. 120). Uma vez nomeado para o Tribunal de Alçada, o advogado perdia a identificação imediata com a advocacia, sem que fosse assimilado plenamente ao corpo de magistrados. Em decorrência da falta de acordo, a ANC propôs uma solução intermediária, propositadamente ambígua, que foi resolvida definitivamente apenas na Reforma Constitucional de 2004, quando os Tribunais de Alçada foram extintos.[19]

De toda forma, a mera existência do conflito e da impossibilidade de um acordo revela existir ali uma questão central aos interesses corporativos e profissionais da Ordem dos Advogados: a possibilidade de um canal de acesso direto e o poder de influenciar, por meio das indicações do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais, a orientação dos tribunais. Ainda, por este mesmo motivo, revela a importância das disputas políticas internas para as eleições dos conselhos da OAB, ainda pouco estudadas no país. Como ironizaria Márcio Thomas Bastos anos depois ao ser indagado sobre uma possível candidatura ao Supremo Tribunal Federal: "Para que? Eu indiquei 6 dos 11 ministros do Supremo no período em que estive no governo".

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ordem dos Advogados do Brasil teve importante protagonismo na transição política brasileira. Desde a década de 1970, a despeito das contradições internas, adotou uma postura de defesa pública dos direitos individuais, que progressivamente transformou-se

19 No relato de Jobim: "Aí, deu uma bruta confusão. Uma brigalhada infernal. Porque eles queriam estabelecer... E o coitadinho do sujeito que tinha ido para o Alçada não tinha pai nem mãe. Por quê? Porque os advogados da OAB não consideravam mais advogado, e os juízes não consideravam juízes. E só se solucionou com a extinção do Alçada. Foi uma das causas, inclusive, para a extinção do Alçada (FONTAINHA et al, 2015, p. 121).

em mobilização para a redemocratização, a ser concretizada por meio de uma Assembleia Constituinte com ampla participação popular. Acompanhou e promoveu, assim, o processo histórico que levou da liberalização controlada à democratização (SALLUM, 1996).

No entanto, paralelamente a esta atuação mais aparente na liderança das organizações da sociedade civil, a Ordem também atuou para a defesa de suas prerrogativas profissionais. Garantiu autonomia frente às iniciativas de controle estatal, singularidade face às demais associações de classe, acesso a instrumentos jurídicos de controle de constitucionalidade. Mesmo quando publicamente derrotada, como no episódio de rejeição da emenda de criação da corte constitucional, foi bem sucedida quanto ao aspecto profissional, ao ampliar de um quinto para um terço a sua representação e o seu poder de influência no recém criado Superior Tribunal de Justiça.

Estas duas identidades, a social e a profissional, na realidade, não estavam artificialmente separadas, mas combinavam-se em um projeto de futuro, que incluía o retorno do Estado de Direito, assim como o fortalecimento do papel do advogado na sociedade e no mercado. Com isso, queremos evidenciar o processo histórico e os mecanismos por meio dos quais a instituição conquistou legitimidade e a utilizou em benefício próprio, garantindo que, no futuro, conservasse o seu papel de relevo.

Nos anos seguintes, principalmente após a atuação proeminente no impeachment do ex-presidente Collor, a oscilação voltou a pender para o papel profissional.[20] Em 1994, mobilizou esforços para a

20 Na expressão do ex-presidente Seabra Fagundes: "Ainda, as vezes encontro alguns advogados–agora menos–que dizem: ´A Ordem agora já não é a mesma´. E eu sempre respondo que é um erro de percepção. A Ordem é a mesma e está no mesmo ponto em que ela sempre esteve. Agora, outras instituições chegaram ao ponto em que ela estava. Então, ela caiu de importância relativamente. Hoje em dia os partidos têm uma expressão que não tinham naquela época. Foi um processo natural. Todos sabíamos que no momento em que a normalidade constitucional se restabelecesse, que os partidos voltassem a ter a importância que normalmente têm, a OAB seria alcançada, em termos de prestígio, por outras instituições, que recuperariam sua tradicional posição. O conceito dos advogados e da Ordem, naquele período, tornou-se muito elevado. Uma vez, no exercício da presidência, fui procurado por um scholar americano que viera fazer uma pesquisa para entender por que a American Bar Association era tão exclusivamente voltada para os assuntos profissionais e a Ordem dos Advogados do Brasil era uma instituição que prestava relevante serviço público. Se, naquela oportunidade, a Ordem

aprovação do Estatuto da Advocacia e para a regulamentação do ensino jurídico, notadamente para a aprovação do exame da ordem, que, entre outros motivos, garantia o controle do acesso ao mercado da advocacia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier. Quinto constitucional dos Tribunais de Alçada e acesso aos Tribunais de Justiça na Constituição de 1988. Revista de Informações Legislativas, Brasília, a. 29, n. 113, jan/mar 1992.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. 409 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2009.

BAETA, Hermann Assis. História da Ordem dos Advogados do Brasil. Vol. 5 e 7. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003.

BAETA, Hermann Assis. Apresentação. In: CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE, 2, 1985. Sede da OAB do Distrito Federal. Anais... Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1985. p. 5-6

BAETA, Hermann Assis. Declaração de Belém. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 11, 1986. Belém. Anais. Belém: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1986. p. 17-20.

BASTOS, Márcio Thomaz. "A participação da OAB na Constituinte e a construção de uma justiça mais legítima e eficiente". In: 80 anos da OAB e a História do Brasil. Brasília: OAB Editora, 2010.

BASTOS, Márcio Thomaz. Márcio Thomaz Bastos (depoimento, 2011). Rio de Janeiro, CPDOC/FGV, 2012.

BROSSARD, Paulo. O Supremo Tribunal Federal e o Quinto Constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 197, pp. 61-63, jul./set. 1994.

CARVALHO, Alexandre. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo horizonte, v. 114, 2017.

CENTRO domina a Constituinte. *Folha de S. Paulo*, 19 de janeiro de 1987.

COELHO, Fernando. A OAB e o regime militar 1964-1986. Brasília: OAB, Conselho

não houvesse exercido aquela atuação em defesa da sociedade, teria ficado desmoralizada, em vista do seu passado, em vista do que a sociedade dela esperava" (Motta, 2003, p. 104). Vale notar que a mudança é semelhante à anunciada pelo ex-presidente Bernardo Cabral, ao indicar o refluxo às questões profissionais em sua gestão: "A OAB cresce muito no conceito popular quando a repressão é aguda, quando você tem o Estado de direito adormecido, quando as prerrogativas constitucionais começam a desaparecer. Quando impera a normalidade democrática, no entanto, ela necessita de outras bandeiras. Naquela altura, começava a cessar a chamada indisponibilidade institucional, nós então começamos a atuarem outros campos. Eu, inclusive, briguei muito pelo ensino jurídico que estava sendo deformado. Você encontrava faculdades defins de semana e a cada seis meses estavam sendo catapultados inúmeros bacharéis de direito. A OAB começou a encontrar então este outro veio" (MOTTA, 2003, p. 112).

Federal, 1999.

CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE, 1, 1983. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anais. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983.

CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE, 2, 1985. Sede da OAB do Distrito Federal. Anais. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1985.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. "A defesa do Estado Democrático de Direito". Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/defesa_estado.html>. Acesso: 16 de fevereiro de 2018.

CORREA, Oscar. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CURI, Isadora Volpato. Juristas e o Regime Militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB. 200 f. Dissertação (Mestrado em História Social)–Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DANTAS, André; MOTTA, Marly Silva. Entrevista com Hermann Assis Baeta. In: BAETA, Hermann Assis (Coord.). História da Ordem dos Advogados do Brasil. A OAB na voz de seus presidentes. vol. 7. Brasília: OAB Editora, 2003.

FLEISCHER, David. Manipulações casuísticas do sistema eleitoral durante o período militar ou Como usualmente o feitiço vira contra o feiticeiro. Caderno de Ciência Política–Universidade de Brasília, n. 10, 1994.

FONTAINHA, Fernando de Castro; PAULA, Christiane Jalles de; SATO, Leonardo Seiichi Sasada; GUIMARÃES, Fabrícia Corrêa (orgs.). História oral do Supremo (1988-2013), v.9: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.

FOREWAKER, Joe. Grassroots Movements, Political Activism and Social Development in Latin America: A Comparison of Chile and Brazil. Civil Society and Social Movements Programme Paper Number 4. United Nations Research Institute for Social Development, 2001.

GASPARI, Elio. A Ditadura Encurralada. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A Atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos Direitos Humanos e da Democracia–uma análise histórica. Estudos Jurídicos, Porto Alegre, n., p.59-64, 17 ago. 2006.

GOULART, J. Processo constituinte e arranjo federativo. Lua Nova, v. 88, p. 185-215, 2013.

GUERRA, M. P. Polícia e Ditadura: arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988.. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça / Comissão de Anistia, 2016a.

GUERRA, M. P. O padre e a pátria: direito, transição política e o Supremo Tribunal Federal na expulsão de Vito Miracapillo (1980). 219 f. *Tese* (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, 2016b.

JACOBI, Pedro. Movimentos sociais urbanos numa época de transição: limites e potencialidades. In: Movimentos sociais na transição democrática, ed. Eder Sader, 11-23. São Paulo: Cortez, 1987.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Ligia B.. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. Lua Nova, São Paulo, 88: 141-184, 2013.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, pp. 98-117, 2014.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. A gênese do Texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.

LINHARES, Leila; LESSA, Renato. Consenso e Identidade: os advogados e a sua ordem. Rio de Janeiro. OAB, 1991.

MICHELIS, Carlos [et al.]. Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

MOTTA, Marly Silva da (Org.). A OAB na voz de seus presidentes. Brasília: Editora da OAB, 2003.

MOTTA, Marly Silva da. Entrevista com Mário Sérgio Duarte Garcia. In: BAETA, Hermann Assis (Coord.). História da Ordem dos Advogados do Brasil. A OAB na voz de seus presidentes. vol. 7. Brasília: OAB Editora, 2003a.

MOTTA, Marly Silva da. A Ordem dos Advogados do Brasil: entre a corporação e a instituição. In: Ciência Hoje, v. 39, p. 32-37, 2006.

MOTTA, Marly. "Dentro da névoa autoritária acendemos a fogueira..."- a OAB na redemocratização brasileira (1974-80). Revista Culturas Jurídicas. Rio de Janeiro, v.3, n.1, p.1-29, jan./jun. 2008.

MOTTA, Marly Silva da; DANTAS, André Vianna. História da Ordem dos Advogados do Brasil: da redemocratização ao Estado democrático de direito (1946-1988). Rio de Janeiro: OAB, 2006, v. 5.

NEVES, Ozias Paese. Imaginários e utopias na passagem entre ditadura e redemocratização: o momento constituinte em cartilhas (1985-1988). 317 f. Tese (Doutorado em História)–Curso de Pós-graduação em História, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

OAB acha que Constituição sai com atraso de 25 anos. *Jornal do Brasil*, 6 de agosto de 1987.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Souza Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 121-132.

ROLLEMBERG, Denise. Memória, opinião e cultura política. A Ordem dos Advogados do Brasil sob a Ditadura (1964-1974). In: REIS, Daniel Aarão; ROLLAND, 253 Denis. (org.). Modernidades alternativas. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2008.

SADER, Emir. Constituinte, democracia e poder. In: SADER, Emir et al. Constituinte e democracia no Brasil hoje. São Paulo: Brasiliense, 1985.

SADER, Emir. Quando novos personagens entram em cena. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SALLUM JÚNIOR, Brasílio. Labirintos: dos generais à nova República. São Paulo: Editora HUCITEC, 1996.

SERBIN, Kenneth. Diálogos na Sombra: bispos e militares, tortura e justiça social na ditadura. Companhia das Letras: São Paulo, 2001.

SEROTINI, André. Tribunal Constitucional: uma proposta da Ordem dos Advogados do Brasil na Constituinte de 1987/88. 2014. 230f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/965/6104.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 de abril de 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Notícia histórica da OAB, 1930-1980. São Paulo: Conselho Federal da OAB, 1982.

VIANNA, Luiz Werneck; VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. A OAB como intelectual coletivo: 1964-1980. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1984. 2v. (datilogr.)

A LONGA CONSTITUINTE DOS POLICIAIS MILITARES: DA PREPARAÇÃO PARA A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À REVISÃO DE 1993

Bruno César Prado Soares[1]

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é verificar como as polícias militares compreenderam e se portaram no processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desde a convocação da Assembleia Nacional Constituinte até a Revisão Constitucional de 1993. Para isso, a pesquisa se divide em três partes. A primeira parte trata da presença das polícias militares na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Na segunda parte, descreve-se a participação das polícias militares na Assembleia Nacional Constituinte, desde a Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da sua Segurança até a aprovação do texto. Por fim, são trazidos os encontros entre comandantes das polícias militares que tiveram como objetivo preparar as instituições para a revisão de 1993. A análise documental é precedida de revisão bibliográfica sobre o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

Busca-se aprofundar a construção do artigo 144 da Constituição a partir de um grupo de atores da Segurança Pública. Isso porque, os estudos sobre a maneira como as polícias militares se inseriram

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Ciência Política, com concentração em Direitos Humanos, Cidadania e Violência, pelo Centro Universitário Euro-Americano. Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP/PMDF). E-mail: bruno.soares@iscp.edu.br.

no texto constitucional normalmente são realizados a partir dos trabalhos das assessorias parlamentares das Forças Armadas. Como a manutenção das polícias militares como forças auxiliares e reserva do Exército constava entre as pautas daquela instituição, as pesquisas costumam tratar da segurança pública a partir da questão da defesa nacional (*Cf.* OLIVEIRA, 1994; COSTA, 1998; MIGUEL, 1999; ZAVERUCHA, 2005; IPEA, 2009).

O trabalho lida com as peculiaridades da história do tempo presente ou história contemporânea: a possiblidade de ser confrontado pelos testemunhos, a ligação com a política e a falta de recuo temporal (FICO, 2012, p. 44-48). O foco das análises está relacionado com documentos oficiais assinados por diversos Comandantes Gerais, falas públicas e um trabalho de reconstituição de memória desenvolvido por um oficial da Polícia Militar do Distrito Federal. Por certo, não engloba a totalidade das visões e da memória dos atores que atuaram no processo.

Outras características da pesquisa em história do direito contemporâneo também se fazem presentes: a grande quantidade de material à disposição e a possiblidade de busca em fontes em material de pouca durabilidade (SEELAENDER, 2017, p. 25). Os documentos analisados relacionados à Assembleia Nacional Constituinte foram buscados nos endereços eletrônicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.[2] Os pronunciamentos e trabalhos desenvolvidos pela Polícia Militar de Minas Gerais foram buscados na versão digital da Revista "O Alferes", disponível em meio eletrônico desde a primeira edição, datada de 1979. Os demais documentos e trabalhos acadêmicos foram obtidos na Biblioteca da Academia de Polícia Militar de Brasília / Instituto Superior de Ciências Policiais.[3] Entre esses documentos estão impressos

2 http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte; https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp.

3 Conforme consta no endereço eletrônico (www.iscp.edu.br), o Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP) é uma instituição pública de ensino superior credenciada pelo Ministério da Educação, mantida e organizada pela Polícia Militar do Distrito Federal e tem como origem a Academia de Polícia Militar de Brasília. O credenciamento do ISCP foi aprovado pela Portaria nº 716, de 08 de agosto de 2013, do Ministério da Educação, após várias visitas de inspeção ocorridas desde novembro de 2010, realizadas por Comissões de Avaliação do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP). A criação do Instituto obteve nota máxima do

mimeografados em material pouco durável. Para análise do material, procurou-se agrupar os argumentos dos constituintes e dos policiais militares de acordo com a pertinência temática, de forma a permitir a interpretação das intenções em seu conjunto (LIAKOPOULOS, 2009, p. 160-167; QUIVY; CAMPENHOUDT, 2017, p. 216).

Um ponto que chama a atenção para a compreensão da atuação das polícias militares durante o processo constituinte é o uso da memória como elemento de legitimidade para a manutenção das instituições. Para não se vincular regime instalado em 1964, as polícias militares buscariam suas origens desde épocas coloniais, apelando inclusive para as memórias de infância dos constituintes. Como lembram Assmann e Short (2012, p. 7), a mudança dos regimes políticos exige uma reorganização da memória que permita a internalização do novo sistema de valores. Ressalta-se que um grupo com baixa representatividade e com pouca organização conseguiu utilizar-se dessa memória para construir, junto aos constituintes, dispositivos que persistem trinta anos sem alteração.[4]

2. A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE E A CONSTUIÇÃO

Em 28 de junho de 1985, o presidente José Sarney, cumprindo compromisso anteriormente assumido pela coligação que o elegera a vice de Tancredo Neves, encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação da Assembleia Nacional Constituinte. (BRASIL, 1985b). De acordo com a proposta encaminhada por Sarney, constante de Emenda à Constituição, os membros da Câmara e do Senado deveriam se reunir em Assembleia Nacional Constituinte sem prejuízo de suas atribuições. Ou seja, seriam constituintes, mas não abandonariam

INEP e parecer favorável unânime dos integrantes do Conselho Nacional de Educação.

4 Havia apenas um constituinte que havia pertencido às fileiras das polícias militares: o deputado Paulo Ramos, do PMDB. O deputado havia sido presidente do Clube dos Oficias da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros no Rio e líder do protesto dos oficiais da PM contra os baixos salários e as más condições de trabalho em 1980. Além disso, teria sido transferido compulsoriamente para a reserva no posto de major pelo Governador Leonel Brizola após sucessivas denúncias sobre más condições de trabalho, baixos salários e acusações contra o governo de cumplicidade com o crime organizado (COSTA; SOUZA, 2000).

a função de parlamentares ordinários durante os trabalhos de elaboração da nova Carta. A Assembleia encerraria o projeto da abertura lenta, segura e gradual, iniciada por Geisel, como ficou conhecida (FICO, 2015, p. 95; CATTONI; PATRUS, 2016, p. 183-184).

O ponto inicial em busca da Constituinte seria a Carta de Recife, decorrente do II Seminário de Estudos e Debates da Realidade Brasileira, organizado em 1971 pelo Movimento Democrático Nacional, MDB (VERSIANI, 2014, p. 363).[5] Porém, a pauta teria pouca influência no partido até 1977, momento em que o governo determinou o recesso do Congresso e uma reforma eleitoral no chamado "Pacote de Abril" após a oposição conquistar 16 das 22 vagas em disputa para o Senado e 40% da Câmara (PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p. 121-122).[6] Com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, aprovada três meses após a Anistia, tornou-se prática comum inserir a busca por uma nova Constituinte nos programas oficiais dos novos partidos (VERSIANI, 2014, p. 367; FICO, 2015, p. 104). Diversos atores institucionais também exerceram papel relevante no processo de redemocratização, como os sindicatos e a Igreja Católica (PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p. 123-126).

Entre as entidades civis, a Ordem dos Advogados do Brasil–OAB, produziria uma "Proposta de Constituição Democrática para o Brasil" em 1981 (VERSIANI, 2014, p. 366). No mesmo período Raimundo Faoro, ex-presidente da OAB, publicou texto em que defendia o constitucionalismo moderno como instrumento de controle do poder dos governantes e definia a Constituição como "suprema força política de um país", que organizaria o poder, estabeleceria regras fundamentais e permitiria o surgimento de novas forças sociais (2007, p. 169-178).

No campo acadêmico, a Constituição era definida por Dallari

5 O Movimento Democrático Nacional (MDB) era o único partido de oposição legalizado no período.

6 O "pacote" criava os senadores biônicos, eleitos indiretamente por um colégio eleitoral; alterava os critérios de representação proporcional na Câmara e aumentava o número de deputados nos Estados em que o Arena tinha maioria de votos; estendia o mandato de presidente de cinco para seis anos; dificultava o acesso dos candidatos do legislativo à rádio e televisão. Além disso, o Congresso foi colocado em recesso, o que permitiu à Geisel emendar a Constituição e baixar decretos-lei (FAUSTO, 2013, p. 420).

como: "a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por uma lei que é superior a todas as outras e que (...) estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos" (1984, p. 21-22). O autor esclarece que a Constituição é uma lei, porém, por ser lei superior, suas regras "não podem ser contrariadas por nenhuma lei, nenhum tratado, nenhuma decisão judicial (...) por nenhum ato que pretenda produzir efeitos jurídicos no país" (1984, p. 23-24). Da mesma maneira, Ferreira Filho tratava a Constituição como a base do ordenamento jurídico positivo e afirmava a supremacia da Constituição, que consistiria na necessidade de todo o direito, das normas a se fazer e dos atos do Poder Público se adequarem à Lei Maior (2005, p. 80-81).[7]

É nesse contexto que as polícias militares passaram a se organizar para buscar se manter no texto constitucional. Elas estiveram presentes nos textos de 1934, 1937 (como forças policias), 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 01, de 1969. Porém, o regime instalado em 1964 havia centralizado o controle das polícias militares e subordinado seus objetivos aos interesses das Forças Armadas (PINHEIRO, 1982, p. 57-63). Dentro dessa questão, Pinheiro (1982, p. 86-88) propunha que a transição deveria trazer a diminuição de espaço das polícias militares, pois a razão de sua "hipertrofia" deixaria de existir com a democracia que havia de se instalar.[8] Em dezembro de 1987, já instalada a Constituinte, o Americas Watch Committee lançou relatório sobre abusos policiais no Brasil, em que ligava polícias militares e execuções sumárias. O relatório se baseava em entrevistas e trazia diversas reportagens dos últimos anos sobre atuações repressivas das polícias militares de São Paulo e Rio de Janeiro.[9] Essa vinculação e as atividades desenvolvidas no período provocavam debates sobre a

7 O livro, que já possuía edições em 1985, é resultado da compilação de aulas ministradas em 1973 na disciplina no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FERREIRA FILHO, 2005, p. v).

8 No mesmo sentido, se posicionou o autor no curso a distância realizado pela Universidade de Brasília sobre Constituição e Constituinte, vendido como suplemento ao Jornal Correio Braziliense e que teria mobilizado dez mil pessoas em Brasília (PINHEIRO, 1986, p. 35; BUARQUE, 1987, p. 8).

9 O relatório, após tratar das polícias militares, também afirmava que estava convencido que a tortura era um problema "endêmico" nas delegacias de polícia civil (AWC, 1987, p. 33).

extinção ou redução das atividades das polícias militares, como se verá adiante na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.

3. AS POLÍCIAS MILITARES NA COMISSÃO DOS NOTÁVEIS

José Sarney cumpriu outra promessa de campanha de Tancredo Neves e instituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais através do Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Essa Comissão encerraria seus trabalhos com a redação de um Anteprojeto Constitucional (DUARTE, 1987, p. 13). A Comissão, composta por cinquenta membros, foi presidida por Afonso Arinos de Melo Franco e ficou conhecida como Comissão dos Notáveis ou Comissão Afonso Arinos. Os trabalhos da Comissão foram publicados pouco mais de um ano depois, no Suplemento ao Diário Oficial nº 185, de 26 de setembro de 1986. Trazia 436 artigos em sua parte principal e 32 disposições transitórias. (DUARTE, 1987, p. 22-23; BARBOSA, 2016, p. 206).

A instalação da Comissão sofreu críticas por parte da esquerda e da direita (BARBOSA, 2016, p. 206-7). Seus críticos apontavam que a função de elaborar a Constituição cabia ao povo, através de representantes eleitos para esse fim, e não de um grupo escolhido pelo Poder Executivo. Sarney afirmava que a Comissão era instituída com a finalidade de realizar estudos para colaboração aos trabalhos da futura Assembleia Nacional Constituinte e afirmou que não caberia a Comissão substituir ao Congresso ou ao povo (BARBOSA, 2016, p. 208).

O Comandante da Polícia Militar de Minas Gerais, Coronel Leonel Archanjo Affonso, apresentou a posição da instituição no Comitê de Defesa do Estado, da Sociedade e das Instituições, da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais no Rio de Janeiro, em 22 de janeiro de 1986. O oficial destacava que era signatário das conclusões da reunião dos Comandantes Gerais de Polícias Militares ocorrida em agosto de 1985 em Caruaru, Pernambuco (AFFONSO, 1986, p. 107).

O oficial inicia seu discurso tratando da origem histórica das polícias militares, que estaria "nas mais remotas eras coloniais". A permanência da instituição se deveria, entre outros fatores, ao "zelo heroico" no

cumprimento de suas atribuições de manutenção da ordem pública, entendida como atividade de proteção e socorro, bem como à manutenção da estrutura militar, calcada na hierarquia e na disciplina, à preservação do passado histórico como fonte de inspiração e base doutrinária e o culto aos valores da nacionalidade (AFFONSO, 1986, p. 99).[10]

Muito embora para o coronel a atividade de manutenção da ordem pública fosse eminentemente civil, as forças públicas estaduais deveriam ser militares, pois a hierarquia e a disciplina seriam garantias "para a sociedade contra o arbítrio e o despotismo de uma força sem controle". Além disso, a correlação das atividades das forças estaduais com as das Forças Armadas para a manutenção da ordem interna traria a necessidade de se preservar a estrutura militar (AFFONSO, 1986, p. 104-105).

Outro aspecto a ser considerado pela Comissão seria a separação entre polícia militar e polícia civil. Essa separação se daria em razão do inquérito policial, instrumento que geraria uma "equivocada valorização de aspectos burocrático-administrativos do Processo Penal, que alonga e onera o caminho que leva à Justiça" (AFFONSO, 1986, p. 100). Porém, criar polícias poderia ser algo arriscado, uma solução de "consequências imprevisíveis". O oficial era favorável à unificação das polícias em uma polícia militar que dispusesse de um segmento não fardado. Os delegados não deveriam integrar as polícias, mas sim o Poder Judiciário, em especial os juizados de pequenas causas.

Porém, de maneira muito diversa daquela defendida pelo Comandante e, em consequência, das conclusões da reunião dos Comandantes Gerais de Polícias Militares, a Comissão Provisória

10 Em sua exposição, havia também preocupação com o problema da violência urbana "caracterizado pela elevada incidência de crimes violentos (assaltos, homicídios, latrocínios, estupros, sequestros, tráfico de entorpecentes)". O policial elencou diversas questões sensíveis para a segurança pública, entre elas a facilidade do cidadão de se armar para se proteger, situação "de eficiência duvidosa, pois o delinquente tem sempre a seu favor o fator surpresa". Para o policial, as armas tomadas das vítimas nessas situações alimentariam o crime. Também seriam problemas da segurança pública: a não repressão das contravenções penais, pois elas seriam "ante-sala" do crime; a desatualização da legislação processual que trazia uma "expectativa" de impunidade; a incapacidade das prisões na recuperação dos presos; a falta de investimento em recursos humanos e materiais para a polícia; a carência de programas educacionais e sociais para os jovens abandonados, entre outros (AFONSO, 1986, p. 101-102).

de Estudos Constitucionais adotou posicionamento no sentido de quase extinção das polícias militares. O texto final da Comissão trazia a seguinte redação:

> Art. 416 – Compete aos Estados a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia civil, subordinada ao Poder Executivo.
>
> § 1º – A polícia civil, além da função de vigilância ostensiva e preventiva que lhe competir, será incumbida da investigação criminal.
>
> § 2º – A polícia civil poderá manter quadros de agentes uniformizados.
>
> Art. 417 – Os Estados poderão manter polícia militar, subordinada ao Poder Executivo, para garantia da tranquilidade pública, por meio de policiamento ostensivo, quando insuficientes os agentes uniformizados da polícia civil e do Corpo de Bombeiros.

Questionado sobre a manutenção das policias militares no texto e sobre a dualidade das polícias, Afonso Arinos (1987, p. 134) diria que as polícias militares têm uma "significação histórico-cultural e social muito grande" no Brasil. Elas não teriam sido suprimidas da proposta por estarem ligadas à uma tradição que vem de antes da República. Lembrou inclusive que Tiradentes teria sido oficial na Força Pública mineira.

Encerrados os trabalhos, o anteprojeto não foi remetido à futura Assembleia Nacional Constituinte, mas ao Ministério da Justiça, "onde provavelmente ficou arquivado" (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 454). Como lembrou Sarney, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, informou que não receberia o documento (SARNEY, 2017, p. 49).[11]

A problemática das polícias militares na Comissão Afonso Arinos traz então dois pontos essenciais para a questão que aqui se discute. A primeira é a data que os Comandantes Gerais das Polícias Militares do Brasil se reuniram para tratar do processo constituinte:

11 Nelson Jobim acredita que Sarney não tinha força política para enviar o Anteprojeto para a Constituinte. Em decorrência desse fato, "a Constituinte partiu do zero – sem prejuízo da utilização, como consulta, do projeto da Comissão dos Notáveis" (JOBIM, 2017, p. 202). O documento circulou na Assembleia e várias partes foram copiadas na elaboração de propostas por parte de constituintes (ROCHA, 2013, p. 64).

agosto de 1985. A segunda diz respeito à um perigo de declínio das polícias militares, que as uniriam com o propósito de manter a instituição na nova ordem constitucional.

4. AS POLÍCIAS MILITARES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1987. Participaram dos trabalhos 487 deputados e 72 senadores. (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 454). Os trabalhos da Assembleia contaram com a participação de diversos grupos sociais: entidades sindicais, grupos patronais, movimentos comunistas, Igreja Católica etc (CATTONI; PATRUS, 2016, p. 185). Dentre esses grupos, as polícias militares se organizaram para a Constituinte após a proposta da Comissão Afonso Arinos, que, na visão dos policiais, as "reduziria a tropas de choque, bombeiros e auxiliares das polícias civis no policiamento ostensivo" e a "pressão exercida pela 'Associação Nacional de Delegados de Polícia'" (NASCIMENTO, 1988, p. 01-04, 32). [12]

As polícias militares se reuniram após o início dos trabalhos da Constituinte em Belo Horizonte. Da reunião resultou documento assinado por dezenove Comandantes-Gerais e distribuído aos 559 constituintes por determinação do Comandante da Polícia Militar de Minas Gerais (NASCIMENTO, 1988, p. 02-03, 35). Esse documento seria posteriormente lido pelo Comandante Geral da Polícia Militar de Goiás em audiência pública na subcomissão temática responsável pela segurança pública.[13]

Nascimento (1998, p. 04-08) ressalta que os oficiais das polícias

12 Wellington Corsino do Nascimento era Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal e atuou como assessor parlamentar na Assembleia Nacional Constituinte. Ao desenvolver o trabalho de conclusão do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, requisito para ascensão ao oficialato superior, optou por dar conhecimento à instituição da forma como se desenvolveram os trabalhos de assessoramento e pressão política das polícias militares na constituinte, "mostrando os seus erros e acertos". (1988, p. 25, 60). O oficial citava ainda "o pesadelo da proposta do Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, denominado 'Sistema Nacional de Segurança Pública'". Sobre essa proposta, não foram encontrados documentos.

13 Para Nascimento (1988, p. 36), o documento traria algumas reivindicações equivocadas e um "nítido tom de sobrevivência".

militares não conheciam nem o processo legislativo nem as dependências do Congresso Nacional. Além disso, não tiveram o apoio do Comandante Geral da PMDF, que se limitou a fornecer alojamento aos oficias de outros Estados. Assumiu então a coordenação das Assessorias o Coronel BM Paulo José Martins dos Santos, Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militares do DF. As assessorias contavam com oficias de 19 estados e do Distrito Federal.

Os oficiais trabalharam em uma Assembleia que se dividiria em oito comissões temáticas. Cada Comissão temática se dividia em três subcomissões, com 21 constituintes cada. Os trabalhos seriam posteriormente remetidos à Comissão de Sistematização para elaboração de anteprojeto para votação no plenário da Constituinte.[14] A questão da segurança pública e das polícias militares seria discutida na Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, presidida pelo senador Jarbas Passarinho. O relator da Comissão era o deputado Prisco Viana. Os trabalhos teriam início na subcomissão temática de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, presidida pelo deputado José Tavares e cujo relator era o deputado Ricardo Fiuza.

Para a melhor compreensão da atuação e o processo de redação do texto sobre as polícias militares na Assembleia Nacional Constituinte, os trabalhos podem ser divididos em três espaços: 1) a atuação na Subcomissão temática de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança e na Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e da Garantia das Instituições; 2) os trabalhos da Assessoria Parlamentar do Exército Brasileiro, uma vez que a documentação encaminhada pelo Exército à Constituinte incluía tópico específico sobre as polícias militares; 3) os trabalhos desde a Comissão de Sistematização até a redação final.

14 Como lembra Jobim, dos 559 constituintes, foram retirados os seis membros da mesa e depois separados os constituintes em 8 comissões, cada uma com 3 subcomissões, com 21 constituintes cada. Os demais 49 foram nomeados para a Comissão de Sistematização. Para a definição das Comissões e Subcomissões, foram recortados os títulos e capítulos das constituições ocidentais, publicadas em uma coleção pelo Senado Federal. Aos títulos e capítulos que se repetiam em todas as Constituições foi dado o nome de "temas absolutamente constitucionais". Para os que apareciam na maioria das Constituições, "temas relativamente constitucionais". Os últimos foram nomeados "temas idiossincrasicamente constitucionais" (JOBIM, 2015, p. 103-104; 2017, p. 204)

4.1. A PROPOSTA DA COMISSÃO DE ORGANIZAÇÃO ELEITORAL, PARTIDÁRIA E DA GARANTIA DAS INSTITUIÇÕES

Foi na subcomissão temática de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança que as polícias militares concentraram seus esforços iniciais e participaram de audiências públicas para tratar da instituição. A subcomissão foi responsável pela primeira redação do texto que trazia as novas competências constitucionais para as polícias militares. Na subcomissão as polícias militares teriam contado "com o apoio inconteste do relator". Graças ao presidente da Comissão, o ex-delegado José Tavares e ao relator, teria sido dado "esboço inovador na questão da Segurança Pública". As polícias militares teriam saído fortalecidas no processo, mesmo com a mudança de nomenclatura para forças policiais (NASCIMENTO, 1988, p. 09-11).

As polícias militares participaram de audiência pública ocorrida na 10ª reunião ordinária da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade, realizada em 29 de abril de 1987, que tratou do tema "O papel das polícias militares". A reunião não contou com a presença do Relator, constituinte Ricardo Fiuza, em decorrência do "grande trabalho" que estava tendo como Relator e das demais atividades parlamentares, conforme informou o presidente, constituinte José Tavares (BRASIL, 1987a, p. 56).[15]

Participaram como conferencistas o Coronel PM Mário Nazareno Lopes Rocha, da Polícia Militar do Estado do Pará, o Tenente-Coronel Sílvio Ferreira, da Brigada do Estado do Rio Grande do Sul, o Coronel PM Waltervan Luiz Vieira, Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Goiás, o Tenente-Coronel Nelson Freire Terra, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e o Coronel PM José Braga Júnior, Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.[16] Esteve

15 No início da sessão, o presidente da subcomissão, Deputado José Tavares, disse que, com exceção da CPI da Violência Urbana, que teria ocorrido em 1979, não tinha visto ser discutida na Câmara a questão da segurança pública. Essas discussões somente teriam retornado no dia anterior, quando foi ouvido o presidente da Associação dos Delegados de Polícia Civil do Brasil naquela subcomissão (BRASIL, 1987a, p. 47).

16 Cabe destacar, que, conforme consta no currículo de Dalmo de Abreu Dallari, disponível na plataforma Lattes, Nelson Freire Terra teria concluído o mestrado em direito em Direito na Universidade de São Paulo em 1979 e cursava o doutorado na mesma instituição sob a orien-

também no plenário da Subcomissão, conforme anúncio do presidente, o Tenente-Coronel João Maria Sobral de Carvalho, Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Rondônia.[17]

Todos os oficiais iniciaram suas apresentações tratando da história e tradição das polícias militares. As falas sobre a memória tinham a intenção de deixar claro que as polícias militares sempre estiveram presentes na história do Brasil. Havia a preocupação de se mostrar a compatibilidade entre um regime democrático e a instituição. Nesse sentido, destaque para a fala do Coronel José Braga Júnior: "Tenho certeza de que os Senhores Constituintes, notadamente aqueles que tiveram a sua infância em cidades do interior, se recordam da presença do Destacamento de Polícia Militar, do Soldado de Polícia..." (BRASIL, 1987a, p. 54). O oficial também buscava ressaltar o caráter humano dos policiais militares: "são, como todos os profissionais de qualquer área, cidadãos, contribuintes, pais de família (...) Somos cidadãos comuns!" (BRASIL, 1987a, p. 54).

O comandante de Minas defendia não haver vocação da Polícia Militar para a repressão, para a violência ou para a insensibilidade social. As polícias militares prestariam diversos serviços diversos da repressão. Efetuariam o policiamento florestal, o policiamento de trânsito, o policiamento escolar, o policiamento especial de localidades históricas, auxílios a parturientes, pessoas idosas, doentes mentais e pessoas enfermas. Essas ações não excluiriam as atividades de se fazer cumprir a lei frente à uma "criminalidade violenta, cada vez maior e mais sofisticada", para evitar que "a criminalidade floresça, o cidadão se arme, que a desordem se instale de vez" (BRASIL,

tação do jurista durante os trabalhos da Constituinte.

17 Foi registrada ao final da reunião a presença do Sargento Celso Tanauí, presidente do Clube de Subtenentes e Sargentos da PM de São Paulo. O clube teria realizado seminário em São Paulo, que congregou as entidades de subtenentes e sargentos de todo o Brasil. O Sargento desejava fazer uso da palavra, porém seu nome não constava na pauta e não havia disso objeto de decisão do Plenário da Subcomissão. O comandante de Goiás solicitou então constar a presença do Sargento Oliveira Rubi de Melo, Presidente do Clube dos Sargentos da Polícia Militar do Estado de Goiás, e informou que as Polícias Militares estavam lutando a favor da tese do voto dos cabos e soldados (BRASIL,1987a, p. 64). De acordo com Nascimento (1988, p. 40) apenas São Paulo e Rio Grande do Sul teriam "engajado" os clubes de Subtenentes, Sargentos, Cabos e Soldados na busca pelos interesses das corporações.

1987a, p. 55). Isso porque, além da questão da segurança pública, as polícias militares fariam parte do Sistema de Defesa Social, constituído pelo subsistema de proteção ao menor, o subsistema policial militar, o subsistema de polícia judiciária, o subsistema judiciário, o subsistema penitenciário e o subsistema de proteção ao egresso dos presídios. No mesmo sentido também se pronunciou o oficial de São Paulo (BRASIL, 1987a, p. 53-55).

Em relação ao caráter militar e à hierarquia e à disciplina, o mesmo comandante defendeu que seria uma necessidade (expressão repetida mais de uma vez com ênfase). As polícias precisariam ser numerosas, bem armadas, equipadas e treinadas. E, para o oficial, apenas a hierarquia e a disciplina militar garantiriam o controle dessa instituição pela sociedade. Além disso, informou que a instituição tem "plena consciência de que a manutenção da ordem pública é uma atividade civil que desempenhamos, basicamente, através do policiamento fardado" (BRASIL, 1987a, p. 55). Sobre a função de auxiliar do Exército, o oficial de São Paulo defendia que, em caso de convocação, as polícias deveriam ser empregadas como polícias, "missão para qual elas foram formadas, instruídas e adestradas" (BRASIL, 1987a, p. 54).

Por fim, em relação às competências da polícia militar, foi defendido pelos oficiais que as polícias militares fossem responsáveis pelo policiamento ostensivo e pela preservação das pessoas, do patrimônio público e privado e da ordem pública. Sobre essa última, o TC Nelson Freire Terra informou que, conforme a doutrina do Direito Administrativo da ordem pública, ela abrangeria a tranquilidade, a salubridade e a segurança pública, termos que seriam retomados no relatório do Deputado Ricardo Fiuza (BRASIL, 1987a, p. 54; 1987e, p. 29).[18]

Cabe destacar que o Coronel Valtervan Luiz Vieira, Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Goiás, ao fazer uso da palavra,

18 Nesse sentido, foi passada às mãos do presidente da Comissão pelo oficial de São Paulo a obra "Direito Administrativo da Ordem Pública" (BRASIL, 1987a, p. 54). A obra foi coordenada por José Cretella Júnior e reunia textos de Álvaro Lazzarini, Caio Tácito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior e Sergio de Andrea Ferreira (CRETELLA JR [org.], 1998).

apresentou as conclusões do III Congresso Brasileiro de Polícias Militares, realizado em Belo Horizonte de 08 a 14 de fevereiro de 1987. O texto fazia referência explícita aos trabalhos da Comissão Afonso Arinos, à qual os Comandantes-Gerais "ousavam" discordar frontalmente "pelo simples motivo de não haverem se baseado em critérios condizentes com as tradições brasileiras, com a realidade econômica vivida pelos estados-membros da Federação" (BRASIL, 1987a, p. 50).

O congresso chegou a nove conclusões sobre as polícias militares. Em primeiro lugar, deveria ser mantido o caráter de instituição permanente para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, em razão da "tradicionalidade dos serviços que executaram ao longo de suas existências mais que centenárias" e da capilaridade da instituição, presente em todos os povoados do país. Os comandantes também pleiteavam a condição de força auxiliar do Exército. De acordo com o oficial, esse papel já era há muito desenvolvido pelas instituições, que teriam participado da Guerra do Paraguai e garantido "o respeito à soberania do nosso território" (BRASIL, 1987a, p. 51).

Outros pontos defendidos diziam respeito: a) à responsabilidade pela manutenção da ordem e segurança pública nos respectivos territórios; b) à subordinação aos respectivos Governadores, autoridade civil responsável pelo emprego da instituição; c) à manutenção da hierarquia e da disciplina rígidas, consideradas necessárias para que a instituição perdure no tempo; d) à competência exclusiva para o exercício da polícia ostensiva, sem a criação de polícias civis uniformizadas, em razão da tradicionalidade das polícias militares; e) à competência da União para legislar sobre organização, armamento, efetivos, instrução e justiça bem como sobre condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização, de forma a evitar a formação de exércitos estaduais, "inspiradores de ideias separatistas"; f) ao direito de cidadania de todos os policiais e bombeiros militares (nesse ponto o oficial se insurge contra o fato da Constituição, "de maneira tradicional e odiosa", não permitir o direito ao voto de algumas classes e pessoas); g) à manutenção da Justiça Militar Estadual, que "tradicionalmente, sempre se destinou ao julgamento dos delitos cometidos

em razão da condição de militares dos que se entregam à atividade de manter a paz e a tranquilidade públicas" (BRASIL, 1987a, p. 52)

Questionados os oficiais sobre a necessidade de manutenção da justiça militar estadual, o Coronel de Goiás defendeu que era necessário o conhecimento prático das atividades policiais para compreender de maneira adequada os casos de estrito cumprimento do dever legal, resposta que não convenceu o constituinte (BRASIL, 1987a, p. 62). De maneira diversa, o TC Silvio Ferreira defendeu que a justiça militar seria mais célere e evitaria que indivíduos "faltosos" continuassem convivendo e trazendo danos ao grupo. Para o policial, se a Justiça Comum fosse tão célere quanto ao militar, "teríamos, quem sabe, satisfeitas as condições de conviver adequadamente dentro deste sistema" (BRASIL, 1987a, p. 63).

Durante a audiência pública, se posicionaram contra a extinção das polícias militares os seguintes constituintes, pela ordem de fala: Sadie Hauache, que ressaltou a tradição da polícia militar; Arnaldo Martins; José Genuíno; Ottomar Pinto; Iram Saraiva; e Hélio Rosas, para quem as conclusões do anteprojeto Afonso Arinos, no que diz respeito à segurança pública, estavam "absolutamente dissociadas da realidade do interesse nacional" (BRASIL, 1987a, p. 58-65). Cabe destaque para a fala do constituinte Ottomar Pinto, que lembrou de sua infância no sertão de Pernambuco e do soldado de polícia José Cavaquinho, "primeiro elemento que eu vi em minha vida para dar segurança ao cidadão". Assegurou que as polícias militares estavam presentes no interior de todo Brasil, inclusive em lugares distantes das delegacias de polícia civil (BRASIL, 1987a, p. 62). Para o constituinte, "negar a presença constitucional da Polícia Militar (...) seria negar o óbvio, seria querer negar a realidade tangível do Brasil. Seria querer inventar um modismo, um modismo inoportuno e certamente ineficaz". O parlamentar ainda dirigiu críticas à polícia civil: "nós sabemos que é nos cárceres e em muitas delegacias que ocorrem as torturas, as ofensas à dignidade do ser humano" (BRASIL, 1987a, p. 62).[19]

19 Houve outras críticas à Polícia Civil nesse sentido durante os debates na Constituinte. Como exemplo, o constituinte José Freire, na Comissão de Sistematização, disse que as polícias

Encerradas as audiências públicas, o Anteprojeto do Relator trazia duas polícias: as forças policias e as polícias judiciárias. As Forças Policiais seriam instituições permanentes e regulares, baseadas na hierarquia, na disciplina e investidura militar. Teriam a competência para manutenção da ordem pública e exerceriam com exclusividade o policiamento ostensivo. Forças auxiliares e reservas do Exército, seriam subordinadas aos Governadores dos Estados. As polícias judiciárias realizariam a investigação criminal, a apuração de ilícitos penais, e prestariam auxílio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário na aplicação do Direito Penal Comum e na repressão criminal. (BRASIL, 1987e, p. 33).

Para o relator, era necessário que a nova Constituição abordasse adequadamente a questão da segurança pública em razão da "onda de criminalidade e violência que atualmente atinge a vida urbana das cidades brasileiras, repercutindo até mesmo no meio rural", motivo pelo qual era criado um título próprio sobre o assunto. Para o relator, a segurança pública tinha como objetivo a manutenção da ordem pública, que abrangeria a "salubridade, a tranquilidade e a própria segurança pública, sendo considerado o bom estado da coisa pública no direito administrativo alemão contemporâneo" (BRASIL, 1987e, p. 29).

Foram apresentadas 44 sugestões sobre a questão da segurança pública, das quais 29 mantinham as Polícias Militares como responsáveis pela preservação da ordem pública e apenas sete propunham a fusão das polícias. Ainda sobre as polícias militares, foram apresentadas dezenove propostas para permanência das atribuições de forças auxiliares e reservas do Exército e cinco pela não vinculação (BRASIL, 1987e, p. 22).

A condição de forças auxiliares e reserva do Exército era mantida por "já pertencerem a nossa melhor tradição constitucional". A retirada dessa condição impediria que a União pudesse utilizar recursos humanos e materiais em casos de grande comoção interna ou de conflito armado externo. Essa situação importaria na criação de uma

judiciárias deveriam conviver "ao lado e de comum acordo com as polícias militares". Porém, se posicionou pela extinção do cargo de Delegado de Polícia, "que tem à sua disposição um cárcere e a possibilidade de (...) privar a liberdade de um inocente, torturar um cidadão que lhe pareça suspeito e, algumas vezes, retirar do homem o mais importante de todos os seus bens: a própria vida" (BRASIL, 1987c, p. 419).

Guarda Nacional, "composta de centenas de milhares de homens", o que importaria grande custo. O relator também concordava que os serviços das Forças Policiais e dos Corpos de Bombeiros somente seriam mantidos com a disciplina e a hierarquia militares, "sendo perigoso e insensato submeter os seus integrantes ao estatuto comum do funcionário público civil" (BRASIL, 1987e, p. 30).

A retirada da nomenclatura polícias militares e polícias civis provocou críticas de outros constituintes nas discussões sobre o anteprojeto (BRASIL, 1987b, p. 100). Porém, a nova nomenclatura foi mantida aos finais dos trabalhos da Subcomissão Temática. Foi aprovada a seguinte redação em 25 de maio de 1987:

> Art. 20 As Forças Policiais e os Corpos de Bombeiros são instituições permanentes e regulares, destinadas à preservação da ordem pública, organizadas em lei, com base na hierarquia, disciplina e investidura militares, exercendo o Poder de Polícia de Manutenção da Ordem Pública, inclusive nas rodovias e ferrovias federais, forças auxiliares e reserva do Exército, sob a autoridade dos Governadores dos Estados Membros, Territórios e Distrito Federal, no âmbito de suas respectivas jurisdições:
>
> §1º As atividades de policiamento ostensivo são exercidas com exclusividade pelas Forças Policiais.
>
> §2º Aos Corpos de Bombeiros competem as ações de defesa civil, segurança contra incêndios, busca e salvamento e perícias de incêndios.
>
> §3º A lei disporá sobre a estrutura básica e condições gerais de convocação ou mobilização das Forças Policiais e Corpos de Bombeiros. (BRASIL, 1987f)

Com o envio dos trabalhos para a Comissão temática, surgiram problemas de "improvisação e falta de uma doutrina única das polícias militares" (NASCIMENTO, 1988, p. 12). O problema teria sido minimizado com a troca do Comando Geral da PMDF. O novo comando promoveu reunião com os Comandantes Gerais das Polícias Militares e, em conjunto com o Gabinete Militar do GDF, conseguiu a cessão de espaço físico no Senado Federal para os assessores militares estaduais (NASCIMENTO, 1988, p. 12-13).[20]

20 Um conceito recente de doutrina próximo ao que o oficial parece utilizar pode ser encontrado

A oposição com as associações da Polícia Civil gerou desgastes com o relator da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e da Garantia das Instituições. Conforme narra Nascimento (1988, p. 13-14), a rivalidade entre Polícia Civil e Polícia Militar era comentada abertamente pelos constituintes e o relator da Comissão, deputado Prisco Vianna, informou não desejar contato com nenhuma das duas instituições.

O anteprojeto da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições retornava a nomenclatura Polícias Militares. Constavam ainda no anteprojeto sugestões para inclusão da competência da União de legislar sobre organização, efetivos, material bélico, instrução específica, justiça e garantias das Polícias Militares, bem como condições gerais de convocação e mobilização (BRASIL, 1987d, p. 8, 13).

Os esforços das polícias militares teriam se concentrado, em um primeiro momento, no capítulo sobre a Segurança Pública. As omissões teriam sido minimizadas pela atuação da Assessoria Parlamentar do Exército Brasileiro, em especial pelo chefe da Assessoria, Coronel Werlon Coaraci de Roure. Alertados para a situação, os oficiais atuariam então nos capítulos sobre servidores militares, justiça militar e competências da União (NASCIMENTO, 1988, p. 16).

O Exército Brasileiro defendia a permanência das polícias militares, que deveriam continuar como forças auxiliares e reservas da força terrestre. Conforme documentação elaborada pela instituição, os 300 mil policiais militares poderiam auxiliar de maneira efetiva as Forças Armadas "nos aspectos mais abrangentes da Segurança Nacional" e sua não caracterização como reserva do Exército importaria na criação de uma Guarda-Territorial, composta de pelo menos 150 mil homens (BRASIL, 1987i, p. 171). Cabe então compreender a atuação da Assessoria Parlamentar do Exército junto à Assembleia Nacional Constituinte.

no Manual de Doutrina Militar Terrestre, do Estado-Maior do Exército. Conforme as definições básicas do Manual, a "Doutrina em seu significado mais amplo é o conjunto de princípios, conceitos, normas e procedimentos, fundamentadas principalmente na experiência, destinada a estabelecer linhas de pensamentos e a orientar ações, expostos de forma integrada e harmônica" (BRASIL, 2014, p. 1-1).

4.2. A ASSESSORIA PARLAMENTAR DO EXÉRCITO BRASILEIRO

As Forças Armadas se prepararam para a Assembleia Nacional Constituinte, definiram objetivos e atuaram de forma coordenada como grupo de pressão. Essa preparação garantiu uma unidade de ação em relação à outras forças políticas (OLIVEIRA, 1994, p. 128). O grupo foi coordenado pelo Coronel Werlon Coaracy de Roure e composto por outros doze oficiais (MIGUEL, 1999, p. 168; NASCIMENTO, 1988, p. 16). Todas as noites, após o encerramento dos trabalhos, os oficias mantinham contato telefônico com o General Leônidas Pires Gonçalves, ministro do Exército no Governo Sarney, e relatavam os acontecimentos do dia (GONÇALVES, 2017: 65-64). [21]

Para D'Araujo (2010, p. 116), o General Leônidas Pires Gonçalves representaria o "espírito de corpo da instituição". O papel das Forças Armadas na defesa interna e externa não seriam negociáveis, sendo comum dizer que "os militares podem não gostar" ou "os militares não querem". Porém, em diversos pontos, não teria havido imposição de vontade das Forças Armadas, mas procedimentos de negociação (MIGUEL, 1992, p. 238; GOMES, 2013, p. 154-155).[22]

A atuação das Forças Armadas frente à constituinte incluía "corpo-a-corpo com os parlamentares, (...) intervenção direta dos ministros militares, em reuniões privadas com os constituintes ou advertências públicas". Os militares também teriam patrocinado uma viagem de visita a instalações militares de Natal para 37 constituintes e alguns familiares (MIGUEL, 1999, p. 168). Além disso, foram elaborados diversos documentos, distribuídos desde a Comissão de Estudos Constitucionais em janeiro de 1986 até a Assembleia Nacional Constituinte. O último documento, intitulado Temas Constitucionais, e desenvolvido pelo

21 Leônidas Pires Gonçalves foi escolhido por Tancredo Neves para ser o Ministro do Exército. O oficial seria um dos mais antigos no Almanaque do Exército, atrás apenas do general Eraldo Tavares Bastos, próximo da reserva compulsória, e do general Euclydes de Oliveira Figueiredo, irmão do ex-presidente (MIGUEL, 1992, p. 106).

22 Em entrevista, o General Leônidas informou que tinha "muita influência" no processo constituinte. Teria inclusive consentido para que Bernardo Cabral fosse relator da Comissão de Sistematização. Em outro ponto da entrevista, sobre as emendas que proibiam as Forças Armadas de intervir na ordem interna, informou que "eu não deixaria passar" (GONÇALVES, 2017, p. 64-65).

Centro de Comunicação Social do Exército, foi amplamente divulgado. Esse último documento retomaria as teses anteriores "com maior clareza e ordenamento lógico" e mostrava as polícias militares como forças auxiliares e reservas do Exército (STEPHAN, 1988, p. 130-131; OLIVEIRA, 1994, p. 130; COSTA, 1998, p. 122).

A tese defendida pelas Forças Armadas saiu vitoriosa na Subcomissão e na Comissão Temática. Posteriormente, foi alterada pelo Relator da Comissão de Sistematização, deputado Bernardo Cabral, em seu primeiro substitutivo, retornando, porém, no segundo substitutivo, junto com outros pontos que a retirada teria desagradado o ministro Leônidas Pires Gonçalves (MIGUEL, 1999, p. 189-190).[23] Cabe destacar que o coronel Sebastião Chaves Ferreira, ex-secretário de Segurança de São Paulo no governo Abreu Sodré, teria se deslocado à Brasília para apresentar uma proposta para que as polícias militares fossem extintas e os Estados organizassem livremente suas polícias. Porém, em conversa com o presidente da Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, foi informado que não poderia haver alterações nessa questão, pois já havia um compromisso firmado com o General Leônidas Pires Gonçalves (CONTREIRAS, 1998, p. 54-55).

Porém, nem todas as pautas da Assessoria Parlamentar do Exército e das polícias militares (que careciam de uniformidade de doutrina) confluíam para um espaço comum, o que teria levado a uma "nítida beligerância" entre os oficias de ambas as instituições (NASCIMENTO, 1988, p. 38).[24] Essa situação levou à aprovação de um texto constitucio-

23 Em entrevista, José Sarney informou que a redação da Constituição que estava sendo impressa não trazia a possibilidade das Forças Armadas intervirem na ordem interna. Informado pela Assessoria, o ministro do Exército chamou a sua residência os ministros da Marinha, da Aeronáutica e o Chefe do Estado-Maior e determinou que os assessores convidassem o relator para o local. Talvez sem saber que o Exército conhecia a mudança do texto, Bernardo Cabral acompanhou os assessores à residência do ministro. Lá, o general Leônidas teria dito: "Você só sai daqui quando a Constituição estiver com o texto que nós combinamos" e avisou aos assessores que estavam no Congresso: "Vocês só saiam daí quando estiver impresso". Em entrevista, o General Leônidas negou os fatos (SARNEY, 2017, p. 51-52; GONÇALVES, 2017, p. 65).

24 Nascimento (1988, p. 33, 38-39) acredita que tenha faltado "doutrina, união e visão de futuro" a vários Comandantes das Polícias Militares. Essa situação teria levado à falta de planejamento, improvisação e heterogeneidade de doutrinas da instituição durante a Constituinte. Possuiriam planejamento apenas as polícias militares de São Paulo e de Minas Gerais, além da Brigada Militar do Rio Grande do Sul.

nal diverso daquele defendido no documento elaborado pelo Centro de Comunicação Social da força terrestre, como se verá a seguir.

4.3. O CAMINHO ATÉ A REDAÇÃO FINAL NA CONSTITUIÇÃO

Encerrada a tramitação na Comissão Temática, o anteprojeto da Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e da Garantia das Instituições foi remetido à Comissão de Sistematização para nova apreciação. Após as primeiras discussões, foi aprovado texto na primeira votação da Comissão de Sistematização a seguinte redação:

> Art. 259–As Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros são instituições permanentes e regulares, destinadas à preservação da ordem pública, com base na hierarquia, disciplina e investidura militares; exercem o poder de polícia de manutenção da ordem pública, inclusive nas rodovias e ferrovias federais, sob a autoridade dos Governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal.; são forças auxiliares do Exército e reserva deste para fins de mobilização.
>
> § 1º–As atividades de policiamento ostensivo são exercidas com exclusividade pelas Polícias Militares. (BRASIL, 1987g, p. 33)

A proposta era resultado de um acordo entre as polícias militares e as polícias civis, "patrocinado pelo deputado Adilson Motta e pelo senador Jarbas Passarinho, junto aos líderes do Centrão, com a aquiescência do Relator Bernardo Cabral" (NASCIMENTO, 1988, p. 15).[25] Por fim, o projeto final da Comissão de Sistematização, trazia um texto próximo ao aprovado pelo plenário da Assembleia Nacional Constituinte, construído através de um acordo entre as polícias militares e civis, e apresentada em uma emenda coletiva do Centrão.[26] A

25 "Centrão" é a forma como ficou apelidado o bloco parlamentar que se denominava "Centro Democrático", formado no final de 1987. O grupo teria sua origem na insatisfação com os quóruns de deliberação e com a dificuldade de mudanças do texto aprovado na Comissão de Sistematização pelo plenário da Constituinte (JOBIM, 2017, p. 206; ROCHA, 2013, p. 81). Dentro do bloco, teriam auxiliado as Polícias Militares os deputados Ricardo Fiuza e Hélio Rosas (NASCIMENTO, 1988, p. 14)

26 O texto aprovado era o seguinte: Art. 169. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) III – polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...) §3º Às polícias militares, forças auxiliares e reservas do Exército, cabe exercer o policiamento ostensivo e assegurar a preservação da ordem pública; subordinam-se, juntamente com os corpos de bombeiros militares e as polícias civis, ao Governo dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (BRASIL, 1987h, p. 63)

redação final da Constituição sobre as polícias militares no Capítulo da Segurança Pública não sofreu alterações em trinta anos: [27]

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> (...)
>
> § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.
>
> § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
>
> § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. [28]

A Constituição também faz referência às polícias militares em outros pontos do texto. Conforme o art. 21, é competência da União organizar e manter a polícia militar do Distrito Federal. O art. 22 estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação

27 Encerrada a redação final do projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, os oficias assessores parlamentares da Polícia Militar de Minas Gerais elaboraram um documento com o título: PM e Constituinte: Polícias Militares competentes para atuar como Polícia Preventiva (ESPÍRITO SANTO et al, 1988). O documento, assinado por quatro oficiais, deixa claro "a prioridade que teria o trabalho de assessoramento parlamentar, nos princípios básicos para a Corporação" estabelecida pelo Coronel PM José Braga Júnior. Esse trabalho se desenvolveria de forma a manter "o espaço profissional que tínhamos conquistado com trabalho, honestidade e honradez desde o período colonial". Entre as notas, merece destaque a votação da Comissão de Sistematização sobre emenda do Deputado Hélio Rosas, que retirava a expressão "preventiva" do texto relativo à polícia civil, introduzido no segundo substituto da Comissão de Sistematização. Após o pronunciamento dos parlamentares e o posicionamento favorável do Relator votaram a favor da emenda 90 constituintes e contra 2 constituintes. Não houve abstenções (ESPÍRITO SANTO et al, 1988, p. 59-60, 65-69).

28 Após a derrota da emenda que retirava a expressão "preventiva" das atribuições da Polícia Civil, a supressão do termo "exclusividade" das atividades de policiamento ostensivo e a redução da clareza das atribuições pode estar relacionada com a necessidade de aprovação do texto. Jobim lembra que era chamado pelo presidente da Constituinte para verificar a possiblidade de aprovação no plenário das proposições. Constatado que o texto não seria aprovado, Jobim disse que "eles pediam para que eu introduzisse ambiguidades. Eu ia tornando o texto mais ambíguo, até conseguir o voto da maioria. Era um negócio genial" (JOBIM, 2017, p. 210).

e mobilização das polícias militares. O art. 32 determina que lei federal disporá sobre a utilização da polícia militar pelo Governo do Distrito Federal. Por fim, o art. 125 trata das competências da Justiça Militar Estadual e da criação de Tribunais de Justiça Militar estaduais.

Dois pontos que tratam sobre as polícias militares sofreram alterações na redação original. O art. 42 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998, que modificou a expressão servidores públicos militares para somente "militares do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios". O art. 125 foi alterado para ressalvar a competência do júri nos crimes militares cometidos contra civis. Foi também acrescentada disposição sobre a competência singular do juiz de direito do juízo militar para julgar singularmente crimes militares cometidos contra civis e ações judiciais contra atos disciplinares. Além disso, ficou estabelecido que o juiz de direito é o presidente do Conselho de Justiça. Essas alterações foram dadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. As possiblidades de criação de Tribunais de Justiça Militar Estaduais também foram ampliadas, porém nenhum tribunal foi criado desde a emenda.

Um ponto relativizado pela Constituinte em relação às demandas do Exército teria sido a competência da União para legislar sobre as polícias militares. O documento produzido pelo Exército propunha que a União fosse competente para tratar da organização, efetivos, material bélico, instrução, justiça e garantia das Polícias Militares, além das condições gerais de sua convocação e mobilização. Além disso, não previa a competência das polícias militares para a realização do policiamento ostensivo. Tratava apenas da preservação da ordem pública (BRASIL, 1987i, p. 151).

As falas dos oficiais na audiência pública mostram que ocorreram encontros entre os comandantes das corporações entre a Comissão Afonso Arinos e a Constituinte. Além disso, as polícias militares dedicaram atenção a todo o período da Assembleia. Essa atenção permaneceria com foco na Revisão Constitucional programada para 1993, por meio de trabalhos acadêmicos e encontros entre Comandantes.

5. A PREPARAÇÃO PARA A REVISÃO DE 1993

A Constituição de 1988 previu duas formas de alteração de seu texto: as emendas constitucionais e a revisão constitucional, programada para acontecer em 1993. A revisão, que possuía um rito mais simples de alteração do texto constitucional, ocorreu entre 1994 e 1995, e resultou na aprovação de seis emendas (PAIXÃO, 2014, p. 448-449).

Diversas ações foram tomadas pelas polícias militares uma vez encerrados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Tome-se como exemplo as "Considerações sobre a segurança pública feitas a propósito de sugestões apresentadas pela Polícia Militar à Comissão Constitucional", apresentadas pelo Coronel PM Jair José Dias e dirigidas à elaboração da Constituição Estadual de Minas Gerais (DIAS, 1988, p. 88).

Porém, interessa ao presente trabalho as ações e impressões das polícias militares voltadas para a Constituição promulgada e para a revisão de 1993. Nesse sentido, os trabalhos de conclusão do Curso Superior de Polícia e do Curso de Aperfeiçoamento de oficiais da PMDF sugerem o despreparo das corporações policiais militares em 1987-88 e a necessidade de organização para o processo de revisão (*Cf*. NASCIMENTO, 1988; PIMENTEL et al, 1991; PENA et al, 1992).[29]

Outro ponto comum nos trabalhos acadêmicos trata da necessidade de se estabelecer assessorias parlamentares com conhecimento e experiência sobre o processo legislativo. Chama também a atenção que os assessores que trabalhavam no Congresso em 1991 acreditavam que os membros do Congresso Nacional tenderiam a preservar o texto constitucional aprovado em 1988 na revisão de 1993, "desde que a pressão social não sinalize em contrário" (PIMENTEL et al, 1991: 47). Essa hipótese teria sido contestada nos questionários aplicados com deputados no ano seguinte. Os questionários demonstraram que 44 dos 62 deputados consideravam muito importante a existência das polícias militares; 59 deputados concordavam que as polícias militares deveriam

29 Os trabalhos foram realizados com base em entrevistas e questionários com policiais militares que trabalharam como assessores parlamentares na Assembleia Nacional Constituinte em 1991 e com 62 deputados que atuavam no Congresso Nacional em 1992.

pertencer aos Estados e serem força auxiliar do Exército e 37 concordavam que deveriam haver muitas modificações das atribuições dos órgãos do Sistema de Segurança Pública (PENA et al, 1992, p. 41-70).

Fora dos trabalhos técnicos, merecem destaque os congressos promovidos pelos Comandantes Gerais das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares que trataram da preparação para a Revisão Constitucional. Ocorreram ao menos três encontros: em Brasília, de 08 a 09 de novembro de 1990; em Porto Alegre, de 19 a 21 de junho de 1991; e em São Paulo, entre 28 e 29 de maio de 1992.

No encontro de Brasília foram discutidos catorze temas, que tratavam desde a questão da revisão constitucional até ensinamentos de comando. Constavam entre as propostas resultantes do encontro o reforço da exclusividade do exercício da polícia ostensiva e da subordinação ao Governador; a investidura como autoridade policial de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública; a competência para a fiscalização e controle das guardas municipais e o poder de polícia administrativa no campo da ordem pública. Também foi cogitada a profissionalização das assessorias parlamentares, com encontros trimestrais e espaço físico no Congresso Nacional (DISTRITO FEDERAL, 1990).

No encontro de Porto Alegre, de forma diversa, os comandantes acordaram que o texto constitucional de 1988 definia satisfatoriamente as atribuições dos órgãos da Segurança Pública. Destaque para a fala do Desembargador do TJSP Álvaro Lazzarini, que acreditava que uma unificação das polícias civis e militares não seria um "acordo de cavalheiros (...) pois, na prática, uma engolirá a outra". O expositor ressaltava que "sairá vencedora aquela que melhor se articular politicamente, trouxer mais substância doutrinária às suas teses, estiver estruturada em 'lobby' e aplicar-se com afinco na disputa" (DISTRITO FEDERAL, 1991).

O encontro realizado em São Paulo em 1992 foi mais específico sobre a revisão constitucional. Para os participantes, a atuação das polícias militares na Assembleia Nacional Constituinte foi prejudicada pela inexperiência e inabilidade política, desconhecimento do processo,

falta de clareza, improvisação, ausência de unidade, entre outros aspectos já levantados nos trabalhos acima citados. Foi proposta então a criação de uma Assessoria Parlamentar Nacional para acompanhar as propostas legislativas, manter e estreitar laços com parlamentares e verificar interesses antagônicos. Decidiu-se também pela realização de um Congresso Nacional de Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares para a elaboração de uma "proposta definitiva e avalizada por todas as Corporações, como meta comum a ser defendida na revisão constitucional prevista para 1993" (DISTRITO FEDERAL, 1992). Não foi encontrada a documentação sobre o Congresso.

Porém, apesar dos esforços conjuntos das polícias militares, a Revisão Constitucional em 1993 não alterou significativamente o texto de 1988. Nenhuma das emendas aprovadas modificava disposições sobre a segurança pública. Ao tratar do tema, o relator da revisão, Nelson Jobim afirmou que tanto o presidente da República, Itamar Franco, quanto os líderes do governo no Senado e na Câmara, Roberto Freire e Pedro Simon, eram contrários à revisão. Da mesma forma, o Partido dos Trabalhadores não concordava com a revisão, pois acreditava que as conquistas sociais seriam derrubadas (JOBIM, 2015, p. 134).

Se as reuniões ocorridas após 88 não resultaram de alteração do texto, elas podem ter pelo menos servido para criar um fórum de discussões para as polícias militares: o Conselho Nacional do Comandantes-gerais, criado em 12 de fevereiro de 1993.[30] Além disso, as assessorias parlamentares se mantiveram ativas e chegaram a contar com uma sala no 27º andar do anexo I do Senado Federal. Conforme levantamento de oficial lotado na Assessoria Parlamentar da PMDF no ano de 2008, o órgão se manteve atuante durante os primeiros 20 anos da Constituição e teria influenciado a aprovação e o arquivamento

30 Conforme endereço eletrônico da entidade (cncg.org.br), o Conselho reúne 54 Comandantes e tem entre suas finalidades participar da formulação, acompanhamento e avaliação das políticas e diretrizes nacionais relacionadas à segurança pública, propondo medidas e colaborando com a sua implementação; buscar o provimento eficaz de segurança pública, com qualidade total, visando ao pleno atendimento dos anseios da sociedade e promover a aproximação entre as instituições militares estaduais, visando à integração de esforços no sentido do exercício de sua representatividade política e jurídica, entre outros.

de diversos projetos de lei (MARTINS, 2008, p. 29-38).[31] Essas ações mostram que as discussões provocadas nas polícias militares por ocasião do processo constituinte trouxeram consciência à instituição sobre a necessidade de articulação junto ao Congresso Nacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Assembleia Nacional Constituinte representou um momento em que diversas instituições puderam defender seus pontos de vista, buscar melhorias institucionais e melhorias para a sociedade como um todo. Dentre essas instituições, estavam as polícias militares. As polícias militares buscavam manter seu status constitucional, existente desde 1934, e incorporar no texto atribuições que antes eram infraconstitucionais, como a preservação da ordem pública.

As reuniões preparatórias das polícias militares teriam se iniciado em agosto de 1985. Como resultado, o Comandante da Polícia Militar de Minas Gerais apresentou a posição institucional perante a Comissão Afonso Arinos. Os esforços das polícias militares foram ignorados e a instituição correu o risco de redução considerável de suas competências. Porém, o anteprojeto foi arquivado e serviu apenas de consulta informal por parte dos constituintes.

As polícias militares se reuniriam novamente, desta vez atentas ao risco de novo resultado negativo. As conclusões do III Congresso Brasileiro de Polícias Militares, ocorrido em fevereiro de 1987, distribuídas a todos os constituintes, mostram uma tentativa de vinculação com o Exército, provavelmente em razão da força política que a instituição ainda possuía.[32] As movimentações das polícias militares se mantiveram durante o processo e garantiram, mesmo com baixa representatividade política, a redação de um texto sobre segurança pública que não sofreu

31 Uma rápida busca pela internet mostra a atuação, cursos e eventos promovidos pelas Assessorias Parlamentares das demais Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares no Brasil até os dias atuais.

32 É necessário aprofundamento para verificar essa hipótese. Outras hipóteses também podem ser testadas em pesquisas futuras. Entre as variáveis está o conteúdo dos cursos obrigatórios de carreira, a identidade institucional, a experiência profissional e as redes de contato adquiridas entre 1964 e a Constituinte.

alterações nos trinta primeiros anos da Constituição.

Importante ressaltar que, por todo o período, as falas dos policiais militares buscavam a memória dos constituintes e a história do Brasil, de forma a não vincular a instituição com regime instalado em 1964. Essa estratégia parece ter funcionado. De fato, um dos constituintes foi expresso em lembrar de sua infância e do soldado da polícia militar que garantia a aplicação da lei em sua cidade. Outros constituintes também se manifestaram favoráveis à instituição, sem vinculá-la a ações de repressão política ou de execuções sumárias.

Percebe-se também que havia poucos riscos de extinção das polícias militares na Assembleia Nacional Constituinte. As falas dos constituintes na Audiência Pública, inclusive do Constituinte José Genuíno, a proporção de emendas a favor de sua manutenção, as falas dos constituintes que relacionavam torturas às polícias civis e, por fim, o trabalho de pressão do Exército Brasileiro, mostram que as polícias militares poderiam ter se empenhado em dar um caráter inovador à instituição, sem a perda do status constitucional.

Cientes dessa situação, as inovações seriam então buscadas no processo de revisão da Constituição, prevista para ocorrer em 1993. A preparação para a revisão incluiu a elaboração de trabalhos acadêmicos e encontros entre Comandantes pelo Brasil. Buscou-se a exclusividade do exercício da polícia ostensiva, a investidura como autoridade policial de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a competência para a fiscalização e controle das guardas municipais e o poder de polícia administrativa no campo da ordem pública. Porém, dessa vez, a indisposição dos parlamentares para alteração do texto constitucional não permitiu êxito nas ações do processo de revisão.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Leonel Archanjo. Polícia Militar e Constituição. Posição da Polícia Militar de Minas Gerais apresentada na Comissão de Estudos Constitucionais, Comitê "Defesa do Estado, da Sociedade Civil e das Instituições Democráticas", em 22 de janeiro de 1986, no Rio de Janeiro. *O Alferes*, Belo Horizonte, n. 9, p.99-107, abr./jun. 1986.

ARINOS, Afonso. O Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. *Re-*

vista de Ciência Política, Rio de Janeiro, n. 30 (especial), p. 102-135, mar. 1987.

ASSMANN, Aleida; SHORTT, Linda. Introduction. In. ASSMANN, Aleida; SHORTT, Linda (Ed). *Memory and Political Change*. UK: Palgrave Macmillan, 2012.

AWC – Americas Watch Committee. *Police abuse in Brazil*: summary executions and torture in São Paulo and Rio de Janeiro. An Americas Watch Report. New York: Americas Watch, 1987.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira*: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ano I. Suplemento ao nº 100. Brasília, DF, 21 jul. 1987 (1987a).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ano I. Suplemento ao nº 103. Brasília, DF, 24 jul. 1987 (1987b).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões. Comissão de Sistematização. 1987 (1987c).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições. Anteprojeto da Comissão. Volume 126. Brasília, DF, 14 jun. 1987 (1987d).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e sua Segurança. Anteprojeto / Relatório. Relator: Deputado Constituinte Ricardo Fiuza – PFL/PE. Volume 132, 1987 (1987e).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e sua Segurança. Anteprojeto. Aprovado em 25 mai. 87. Volume 135, 1987 (1987f).

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Anteprojeto de Constituição. Presidente: Constituinte Afonso Arinos. Relator: Constituinte Bernardo Cabral. Brasília, DF, Volume 219, jun. 1987. (1987g)

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. Substitutivo do relator (segundo). Presidente: Constituinte Afonso Arinos. Relator: Constituinte Bernardo Cabral. Brasília, DF, set. 1987. (1987h)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 nov. 1985, Seção 1, p. 17422. (1985a)

BRASIL. Mensagem nº 48, de 1985 – CN, de 28 de junho de 1985. Disponível em: < https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/emenda.pdf>. (1985b)

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Estado-Maior do Exército. Portaria nº

003-EME, de 2 de janeiro de 2014. Aprova o Manual de Fundamentos EB20-MF-10.102. Doutrina Militar Terrestre, 1ª Edição, 2014.

BRASIL. Ministério do Exército. Temas Constitucionais: Subsídios. 1987. In. COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *O lobby militar*: as relações entre civis e militares durante a Assembleia Nacional Constituinte. 1998. 196 f. Dissertação (Mestrado)–Curso de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 1998, p. 151-182. (1987i)

BUARQUE, Cristovam. Apresentação. In. BASTOS, Vânia Lomônaco; COSTA, Tânia Moreira da (org.). *Constituinte: Temas em análise*. Caderno CEAC/UnB, Ano 1, nº 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. Constituição e Poder Constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre "transição e ruptura". *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 45, p. 171-191, 2016.

CONTREIRAS, Hélio. *Militares*: confissões. Histórias secretas do Brasil. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *O lobby militar:* as relações entre civis e militares durante a Assembleia Nacional Constituinte. 1998. 196 f. Dissertação (Mestrado)–Curso de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

COSTA, Marcelo; SOUSA, Márcia Gomes de. RAMOS, Paulo (RJ). In. ABREU, Alzira Alves (org.). *Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2000. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/acervo/dhbb>.

CRETELLA JR., José (coord.). *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

D'ARAUJO, Maria Celina. *Militares, democracia e desenvolvimento*: Brasil e América do Sul. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DIAS, Jair José. Considerações sobre a Segurança Pública feitas a propósito de sugestões apresentadas pela Polícia Militar à Comissão Constitucional. *O Alferes*, Belo Horizonte, n. 19, p.9-18, dez. 1988.

DISTRITO FEDERAL. Polícia Militar do Distrito Federal. *Ata Geral do Encontro de Comandantes Gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares*, promovido pela IGPM, em Brasília/DF, nos dias 08/09 – novembro – 1990. Brasília, 1990. Mimeografado.

DISTRITO FEDERAL. Polícia Militar do Distrito Federal. *Relatório do Encontro de Comandantes de Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares* – Porto Alegre – RS (19/21 – junho – 1991). Brasília, 1991. Mimeografado.

DISTRITO FEDERAL. Polícia Militar do Distrito Federal. *Relatório de viagem do III encontro de Comandantes Gerais de Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil*. Brasília, 1992. Mimeografado.

DUARTE, Osny. *Constituinte*: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

ESPÍRITO SANTO, José do et al. PM e Constituinte: Polícias Militares competentes para atuar como polícia preventiva (Trabalho elaborado em março de 1988 pelos oficiais assessores parlamentares junto à Assembleia Nacional Constituinte). *O Alferes*, Belo Horizonte, n. 16, p. 59-78, dez. 1988.

FAORO, Raymundo. Assembleia Constituinte: a legitimidade resgatada. In. COMPARATO, Fábio Konder (org.). *A república inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo*: da morte de Vargas aos dias atuais. São Paulo: Contexto, 2015.

FICO, Carlos. História do tempo presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: o caso brasileiro. *Varia Historia*. Belo Horizonte, vol. 28, n. 47, p. 43-59, jan/jun. 2012.

GOMES, Marcos Emílio. A Saga da Carta da Cidadania. In. GOMES, Marcos Emílio (org.). A Constituição de 1988, 25 anos. A construção da democracia e liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da Constituinte. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

GONÇALVES, Leônidas Pires. Entrevista. In. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 62-66.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Políticas Sociais*: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal. n. 17, v. 3, p. 135-199, 2009.

JOBIM, Nelson. Entrevista. In. CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: Segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 197-219.

JOBIM, Nelson. Entrevista. In. FONTAINHA, Fernando de Castro et al (org.). *História oral do Supremo* (1988-2013), v.9: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

LIAKOPOULOS, Miltos. Argumentation analysis. In. BAUER, M.; GASKELL, G. (ed.) *Qualitative research with text, image and sound*: a practical handbook. London: SAGE, 2009, 152-171.

MARTINS, José do Nascimento Rêgo. *Assessoria parlamentar da polícia militar:* análise de sua atuação institucional dentro do Congresso Nacional. 2008. 72 f. Monografia (Especialização) – Curso de Ciência Política, Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis) e Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. *A sombra dos generais:* militares e civis na "Nova República". 1992. 326 f. Dissertação (Mestrado)–Curso de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 1992.

MIGUEL, Luis Felipe. Os militares na Assembleia Nacional Constituinte. *Sociedade e Cultura*. Revista de Ciências Sociais, Goiânia, n. 1/2, p.167-199, jan/dez. 1999.

NASCIMENTO, Wellington Corsino. *A Constituinte e as Polícias Militares*. 1988. 72 f. Monografia (Especialização)–Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, Academia de Polícia Militar de Brasília, Brasília, 1991.

OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de. *De Geisel a Collor*: Forças Armadas, Transição e Democracia. Campinas, SP: Papirus, 1994.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 43, p. 415-458, 2014.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Cidadania e inclusão social*: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, v. 1, p. 121-132.

PENA, José Altarízio Gomes et al. *A Polícia Militar em uma nova dimensão ante a revisão constitucional*. 1992. 102 f. Monografia (Especialização)–Curso de Curso Superior de Polícia, Academia de Polícia Militar de Brasília, Brasília, 1991.

PIMENTEL, Luciano José Guimarães et al. *Ações Políticas na Revisão Constitucional*. 1991. 74 f. Monografia (Especialização)–Curso de Curso Superior de Polícia, Academia de Polícia Militar de Brasília, Brasília, 1991.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Direitos Humanos e Constituinte. In. ABREU, Maria Rosa (org.). *Constituição e Constituinte*. Brasília: Universidade de Brasília, 1987, p. 35-36.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e Crise Política: o caso das polícias militares. In. da Matta, Roberto et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 57-91.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em ciências sociais.* Trad. de João Minhoto Marques, Maria Amélia Mendes e Maria Carvalho. 7. ed. Lisboa: Gradiva, 2017.

ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 29-87, 2013.

SARNEY, José. Entrevista. In. CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: Segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 45-61.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. A História do Direito contemporâneo: um projeto possível? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 36, p. 20-35, 2017.

STEPHAN, Alfred. *Rethinking Military Politics*: Brazil and the southern cone. United Kingdom: Princeton University Press, 1988.

VERSIANI, Maria Helena. Constituinte de 1987/1988: a sociedade brasileira vive a democracia. In. in QUADRAT, Samantha Viz (org.). *Não foi tempo perdido*: os anos 80 em debate. Rio de Janeiro: 7Letras, 2014, p. 362-384.

ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, Forças Armadas e Polícia*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988) NO DEBATE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1986-1988)

Gabriella Coelho Santos[1]

Diego Nunes[2]

1. INTRODUÇÃO

Busca-se analisar, neste artigo, a interação entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para que esse objetivo se concretize, faz-se necessário compreender *quais* são e *como* surgiram as (as)simetrias entre ambos os instrumentos. O trabalho divide-se, portanto, em duas partes para abranger as questões propostas. A saber, das (as)simetrias e suas causas.

Na primeira parte, as (as)simetrias explicitam-se por meio de um panorama comparativo entre os dispositivos da Convenção que foram contemplados ou desconsiderados pela Constituição Federal. Desse modo, foram mapeados, da totalidade de artigos da Carta Constitucional de 1988, aqueles que possuem ligação com o Tratado Americano. Desse processo, surgiram duas categorias: as normas que já haviam sido previstas em Constituições anteriores e as que são inéditas para a época.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

2 Professor Adjunto I no Departamento de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Quanto a segunda parte, investigou-se o porquê destas (as) simetrias nas fontes documentais que deram origem a Constituição de 1988. Dessa forma, examinou-se as atas das Comissões e Subcomissões temáticas da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988. Imperioso, portanto, expor acerca do contexto de instalação e funcionamento da ANC, bem como a presença dos Direitos Humanos nos discursos dos constituintes, para, finalmente, analisar as menções diretas e indiretas da Convenção nos debates da Assembleia.

Nota-se, por fim, que este estudo se justifica, pois, a história do direito internacional pouco se ocupou com a conexão entre os instrumentos internacionais de Direitos Humanos e as Constituições modernas. Neste sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade constitui-se como referência desta pesquisa uma vez que discute no âmago da ANC os direitos e garantias individuais no plano internacional.

2. DAS (AS)SIMETRIAS ENTRE OS DIREITOS DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) E OS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

Em 1969, desenvolveu-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos na cidade de São José da Costa Rica. Tratava-se de uma Conferência especializada da Organização dos Estados Americanos (OEA). O instrumento arrolou direitos civis e políticos, bem como meios para se alcançar a proteção desses. Consolidou-se, assim, o sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos ao instrumentalizar a Comissão e instituir a Corte Interamericana (PIOVESAN, 2014).

Para o presente trabalho, destacam-se dos 82 artigos do Tratado, os 32 primeiros. Esses estão dispostos na Primeira parte da Convenção, denominada “Deveres dos Estados e Direitos

protegidos". Referem-se aos direitos civis e políticos com exceção de um artigo que versa sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, econômicos e culturais. Percebe-se, portanto, que não se trata de uma norma com conteúdo específico, mas uma regra de Compromisso dos Estados em adotar medidas efetivas para plena efetividade desses direitos.

O outro documento de análise é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Trata-se da sétima e atual do país que foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte em 1987-1988. O contexto de produção desta Carta é cercado de incertezas. O período ditatorial brasileiro chegou ao fim em 1985 e era necessário superar a legislação autoritária vigente na época. Neste período de instabilidade, contudo, havia uma convicção. A necessidade de alargar os direitos e garantias individuais era evidente e, dessa forma, os Direitos Humanos foram o impulso necessário para fundamentar e legitimar estes novos dispositivos.

Propõe-se, neste tópico, traçar um panorama comparativo entre os dispositivos da Convenção e os da Constituição Federal. Surgem, portanto, duas categorias. A primeira trata-se dos artigos da Carta Constitucional que contemplam os previstos no Tratado Americano. Este grupo ainda pode ser subdividido entre as normas que já haviam sido previstas em Constituições anteriores e as que são inéditas para a época. Na segunda categoria, observam-se as omissões da Constituição quando comparada à Convenção.

2.1. DAS SIMETRIAS

Os dispositivos da Constituição que se assemelham aos da Convenção Americana estão alocados, em sua maioria, no art. 5º. Esse artigo é o primeiro do Capítulo I "Dos direitos e garantias individuais" que está no Título II "Dos direitos e garantias fundamentais". Dos 78 incisos previstos, 38 possuem similitudes com a Convenção Americana. Além do caput e do § 2º. Destacam-se alguns exemplos:

QUADRO 1 – DISPOSITIVOS COMPARADOS[3]

CADH (1969)		**CRFB (1988)**	
Art. 9	**Princípio da legalidade e da retroatividade** Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.	**Art. 5ª incisos**	XXXIX–não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL–a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
Art. 10	**Direito à indenização** Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.	**Art. 5º inciso**	LXXV–o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;
Art. 24	**Igualdade perante a lei** Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.	**Art. 5º caput**	Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Outras temáticas abrangidas pela Constituição e que,

3 Quadro produzido pelos autores

também, se encontram no art. 5º são, a saber: (a) Direito à vida[4], que também inclui discussões sobre pena de morte; (b) Direito à liberdade pessoal[5]; (c) garantias judiciais[6]; (d) proteção da honra e da dignidade[7]; bem como (e) liberdade de consciência e religião[8]; (f) liberdade de pensamento e de expressão[9]; (g) Direito de retificação ou resposta[10]; (h) direito de reunião[11]; (i) liberdade de associação[12]; (j) Direito à nacionalidade[13]; (k) Direito à propriedade privada[14]; (l) direito de circulação e residência[15]; (m) proteção judicial[16]; (n) direito à integridade pessoal[17]; (o) obrigação de respeitar os direitos[18]; e (p) proibição da escravidão e servidão[19].

Nota-se, porém, que os temas supracitados podem ter sido objetos, também, de outros artigos da Constituição da República[20]. Além disso, ainda há aqueles que não são abordadas pelo art. 5º da CRFB. Tratam-se da proteção à família[21], dos Direitos da criança[22], dos Direitos políticos[23] e das suspensões de garantias[24]. O saldo dessa análise comparativa são 32 artigos da Convenção e 29 artigos da

4 Referência ao art. 4 da CADH/1969 e art. 5º, VIII, X, XXXIX, XL, XLVII, LIII, LIV, LXI da CRFB/1988.
5 Referência ao art. 7 da CADH/1969 e art. 5º caput, XXXIX, LV, LXII, LXVII, LXXVIII da CRFB/1988.
6 Referência ao art. 8 da CADH/1969 e art. 5º LIII, LIV, LV, LVII, LX, LXIII da CRFB/1988.
7 Referência ao art. 11 da CADH/1969 e art. 5º, X, XI, XII da CRFB/1988.
8 Referência ao art. 12 da CADH/1969 a art. 5º VI, VII, VIII da CRFB/1988.
9 Referência ao art. 13 da CADH/1969 e art. 5º, IV, IX da CRFB/1988.
10 Referência ao art. 14 da CADH/1969 e art. 5º, V da CRFB/1988.
11 Referência ao art. 15 da CADH/1969 e art. 5º, XVI da CRFB/1988.
12 Referência ao art. 16 da CADH/1969 e art. 5º, VII da CRFB/1988.
13 Referência ao art. 20 da CADH/1969 e art. 5º, LXXI da CRFB/1988.
14 Referência ao art. 21 da CADH/1969 e art. 5º caput, XXII, XXIII, XXV, XXVI da CRFB/1988.
15 Referência ao art. 22 da CADH/1969 e art. 5º, XV, LI, LII, LXVIII da CRFB/1988.
16 Referência ao art. 25 da CADH/1969 e art. 5º, XXXIV alínea a,XXXV, LV da CRFB/1988.
17 Referência ao art. 5 da CADH/1969 e art. 5º III, XLV, XLIX, XLVIII da CRFB/1998.
18 Referência ao art. 1 da CADH/1969 e art. 5º caput da CRFB/1988.
19 Referência ao art. 6 da CADH/1969 e art.5º XLVII da CRFB/1988.
20 Referência aos art. 3ª, IV; 6º; 7º; 8º; 12; 21, XIII; 82 §2º; 125; 143; 170, I, II; 186; 206, II; 220; e 230 da CRFB/1988
21 Referência ao art. 17 da CADH/1969 e arts. 203, 226 e 227 caput e §6º da CRFB/1988.
22 Referência ao art. 19 da CADH/1969 e arts. 203, II; e art. 227 §1º, § 3º alínea VI, §4º da CRFB de 1988.
23 Referência ao art. 23 da CADH/1969 e arts. 1º, V; 14 caput e §3º; e 15 da CRFB/1988.
24 Referência ao art. 27 da CADH/ 1969 e arts. 136, 137, 138 e 139 da CRFB/1988.

Constituição. Além dos incisos e parágrafos específicos.

2.2. DAS ASSIMETRIAS

Após essa análise de artigos, detectou-se que alguns dispositivos da Convenção eram mais amplos que os da Constituição. Alguns detalhes foram, portanto, omissos. Destaca-se a liberdade de consciência e de religião que na Convenção está previsto da seguinte forma:

> Art. 12 Liberdade de consciência e religião
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
>
> 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
>
> 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
>
> 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

A Constituição optou pela terminologia de liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI). Essa opção se mostra mais ampla do que a adotada pela Convenção. A especificidade do art. 12 que não aparece na Carta constitucional é a liberdade de *conservar* e *mudar* de religião ou de crença. Outra observação é quanto ao número quatro do art. 12 transcrito. Os pais e os tutores têm direito a que seus filhos recebam educação religiosa. Pode haver confrontação com a interpretação do art. 210, § 1º da Carta Magna, em que o ensino religioso constituirá como matrícula facultativa dos horários normais das escolas públicas do ensino fundamental. O que se vê na prática é o ensino de determinadas religiões em detrimento de outras.

Além disso, quanto ao direito à integridade pessoal, a Convenção Americana estabelece no art. 5, 1 que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral". A Constituição Federal dispõe de dispositivos que podem forçosamente apresentar uma analogia com o artigo supracitados, porém não o destaca. Outra questão em que a Constituição se omitiu foi quanto ao art. 6, 1 da Convenção: "Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres". Esquecer-se de prever normas análogas a estas é fechar-se para um passado duro e repressivo e um presente ainda vigente.

Observa-se, também, que não há previsão na Constituição sobre o que está estabelecido no art. 14, 3 da Convenção. "Para efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial". Quanto ao restante sobre a temática de Direito de retificação ou resposta, o Tratado Americano foi contemplado pela Carta Constitucional.

Nota-se, por fim, que estes detalhes e dispositivos, que não foram incluídos pela Constituição de forma direta, podem ser recorridos ao invocar o art. 5 §2º[25]. Este dispõe que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*" (grifo nosso). Ressalta-se que esta segunda parte foi acrescentada em observância a Audiência Pública em que Cançado Trindade expôs sobre os Direitos e Garantias individuais no plano internacional. Sobre essa questão

25 "Conforme a posição de grande parte dos constitucionalistas, o parágrafo 2º do artigo 5º estabeleceu um status mais elevado para os acordos internacionais de direitos humanos em relação à legislação ordinária, à qual se igualam os demais atos internacionais, ao estabelecer que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." As divergências de interpretação do teor desse dispositivo motivaram mudança incluída quando da chamada Reforma do Judiciário, que acrescentou novo parágrafo ao mesmo artigo: "§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/004)" (BRASIL, 2009).

específica tratar-se-á posteriormente.

2.3. DAS INOVAÇÕES

Aponta-se que a maioria dos dispositivos analisados da Constituição já eram contemplados em Cartas anteriores. Dos 29 artigos, quatro trouxeram inovações que também estão asseguradas pela Convenção Americana. Destaca-se, ademais, um dos artigos, nomeadamente o 5º, trouxe sete incisos com proteções inéditas. Esses aperfeiçoamentos podem estar diretamente ligados com a influência dos Direitos Humanos na Constituição. Portanto, constituir-se-ão como objeto para pesquisas futuras. Elencar-se-ão estas temáticas a partir dos artigos da Carta Magna:

1) Art. 1º, III:"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III–a dignidade da pessoa humana" (art. 11 da CADH);
2) Art. 4º, II: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II–prevalência dos direitos humanos";
3) Art. 5º:
    a) III – "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5 CADH);
    b) X – "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art.4 CADH);
    c) XL – " a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;" (art. 4 CADH);
    d) XLVIII – " a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5 CADH);
    e) XLIX – "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5 CADH);
    f) LVII – "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 8 CADH);
    g) LXXI – "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta

de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" (art. 20 CADH);

4) Art. 227 § 6º "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (art. 17 CADH).

As temáticas destacadas acima tiveram maior relevância quando se mapeou e analisou os anais dos debates na Assembleia Nacional Constituinte. Cada tópico, possibilitaria um novo artigo para aprofundar a questão. Dessa forma, não se pretende esgotar todos eles neste trabalho. Mas, sim, possibilitar novos recortes que foram possíveis a partir da análise comparada entre os instrumentos da Convenção de 1969 e a Constituição de 1988 e esta com as anteriores.

3. DAS CAUSAS DAS (AS)SIMETRIAS

3.1. DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (ANC) DE 1987-1988: CONTEXTO DE INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Com o fim do regime ditatorial brasileiro (1964-1985), o país passou por um período de redemocratização. A retomada da liberdade expressou-se pelas manifestações populares em apoio à emenda das "Diretas já". O Congresso recuperou a independência e um Presidente civil assumiu o poder. Haviam, contudo, resquícios do período autoritário para superar. A eleição presidencial, apesar do esforço populacional, foi indireta e a legislação vigente nos governos militares ainda permanecia.

Durante o mandato presidencial de José Sarney, medidas foram tomadas em busca da restauração da democracia. Destacam-se as Emendas Constitucionais nº 25 de 15 de maio de 1985 e a nº 26 de 27 de novembro de 1985. A primeira restabeleceu as eleições diretas para a Presidência da República e para as Prefeituras municipais, além de devolver o direito ao voto dos analfabetos, instituir a liberdade de organização partidária e conceder a representação política do Distrito

Federal no Senado e na Câmara. A segunda convocava uma Constituinte nos termos seguintes:

> Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional[26].

Nesta configuração, convocou-se os Deputados e Senadores que seriam eleitos no ano seguinte (1986) e deram-lhe o duplo poder de atuação, o de constituinte e o de legislador ordinário. Nota-se que essa característica foi inédita em uma ANC brasileira. A Assembleia, em questão, instalou-se no dia 1º de fevereiro de 1987 e encerrou-se com a promulgação do texto constitucional em 5 de outubro de 1988. Contou com 552 constituintes, sendo 72 senadores e 487 Deputados, regidos pelo presidente deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP).

Para compreender como foram criados e discutidos os dispositivos da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário apresentar brevemente o processo constituinte. Nesta ocasião, determinou-se a instalação de 24 Subcomissões agrupadas em oito Comissões temáticas[27]. Os trabalhos podem ser resumidos na seguinte sequência

26 Trata-se da Emenda Constitucional nº26 de 1985.

27 As comissões e subcomissões eram: **1 Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**; 1.a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; 1.b Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias; 1.c Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; **2 Comissão da Organização do Estado**; 2.a Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; 2.b Subcomissão dos Estados; 2.c Subcomissão dos Municípios e Regiões; **3 Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo**; 3.a Subcomissão do Poder Legislativo; 3.b Subcomissão do Poder Executivo; 3.c Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; **4 Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das instituições**; 4.a Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; 4.b Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; 4.c Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; **5. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças**; 5.a Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas; 5.b Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; 5c Subcomissão do Sistema Financeiro; **6 Comissão da Ordem Econômica**; 6.a Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; 6.b Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; 6.c Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; **7 Comissão da Ordem Social**; 7.a Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Serviços Públicos; 7.b Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente; 7.c Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias; **8. Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação**; 8.a Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; 8.b Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; 8.c Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso.

(BRASIL, 1993): (1) Elaboração dos dispositivos constitucionais por subtemas, a cargo das Subcomissões Temáticas; (2) elaboração dos Capítulos, por temas, a cargo das Comissões Temáticas; (3) elaboração dos Títulos e sistematização dos dispositivos aprovados pelas Comissões e elaboração do Projeto de Constituição, a cargo da Comissão de Sistematização; (4) votação e redação final de toda a matéria, a cargo do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte e da Comissão de Redação.

Este trabalho constituinte desenvolveu-se em sete etapas que se desdobraram em vinte e cinco fases, conforme quadro a seguir:

QUADRO 2 – PROCESSO CONSTITUINTE (OLIVEIRA, 1993)

Etapas	**Fases**[28]
1. Preliminar	- Definição do Regimento Interno da ANC - Sugestões: cidadãos, constituintes e entidades.
2. Subcomissões Temáticas	**A**: Anteprojeto do Relator **B**: Emenda ao Anteprojeto do Relator **C**: Anteprojeto da Subcomissão
3. Comissões Temáticas	**E**: Emenda ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão **F**: Substituto do Relator **G**: Emenda ao Substitutivo **H**: Anteprojeto da Comissão
4. Comissão de Sistematização	**I**: Anteprojeto de Constituição **J/K**: Emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto **L**: Projeto de Constituição **M**: Emendas (1P) de Plenário e Populares **N**: Substitutivo 1 do Relator **O**: Emenda (ES) ao Substitutivo 1 **P**: Substitutivo 2 do Relator

28 A fase D não existe (OLIVEIRA, 1993).

5. Plenário	**Q**: Projeto A (início 1º turno) **R**: Ato das Disposições Transitórias **S**: Emenda (2P) de Plenário e Emendas do Centrão **T**: Projeto B (fim do 1º; início 2º turno) **U**: Emenda (2T) ao Projeto B **V**: Projeto C (fim 2º turno)
6. Comissão de Redação	**W**: Proposta exclusivamente de redação **X**: Projeto D – redação final
7. Epílogo	**Y**: Promulgação

A Constituição Federal passou por todas as fazes supracitadas em um ano e oito meses. Feita estas observações quanto ao contexto de instalação e funcionamento da ANC, urge a necessidade de compreender o debate sobre os Direitos Humanos na constituinte. Observa-se que o avanço da atual Constituição em matéria de Direitos e Garantias Individuais é relevante e merece destaque quando comparado as Constituições Anteriores. Esse crescimento legislativo compatibilizou a ordem constitucional com a ordem internacional.

Aponta-se, por fim, que a transição brasileira não colocou:

> em questão problemas que iam muito além da garantia de direitos políticos à população. [...]. O fato de que tenha havido um aparente acordo geral pela democracia por parte de quase todos os atores políticos facilitou a continuidade de práticas contrárias a uma verdadeira democracia. Desse modo, o **fim do autoritarismo levou o país mais a uma "situação democrática" do que a um regime democrático consolidado**. (FAUSTO, 1995) (grifo nosso)

Neste excerto, o autor Boris Fausto explicitou a vulnerabilidade que o país se encontrava apesar das mudanças visíveis na busca pela democracia. Para além das mudanças legislativas trazidas pela Assembleia Nacional Constituinte, era e ainda é necessário colocar em prática os direitos humanos (e o respeitos destes) como objetivo primordial.

3.2. DA CONSTITUINTE E OS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos foram reconhecidos e instrumentalizados,

em âmbito internacional, após 1948[29]. A Constituição brasileira de 1946 não contou, portanto, com a discussão de direitos fundamentados e legitimados por esse discurso internacional. O mesmo pode ser dito quanto a Constituição de 1967. Apesar de posterior à instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, não avançou nesta seara por se constituir em um período autoritário e repressivo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no entanto, foi a primeira a incluir debates efetivos pautados nos direitos da pessoa humana para criação dos respectivos dispositivos. Foi a primeira, também, após a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). A interação entre a Convenção e a Constituição será tratada em tópico subsequente.

Quando não mencionada diretamente, a Convenção Americana estava implícita nos discursos dos constituintes quando invocavam a proteção, promoção e respeito aos Direitos Humanos. A convicção quanto a necessidade de positivar esses direitos ficou explícito na análise dos debates feitos na Assembleia Nacional Constituinte. Havia o receio iminente do retrocesso ao regime militar autoritário. Tem-se como exemplo o discurso do constituinte Maguito Vilela (BRASIL, 1987e):

> Sr. Presidente, apresentamos uma emenda excluindo do § 11 do anteprojeto a expressão de "subversão da ordem". Justificamos da seguinte maneira: "Nas sociedades democráticas atuais não constatamos nenhuma lei institucional que rege sobre tolhimento de cidadãos que vão contra a ordem vigente. Por outro lado, em uma sociedade antagônica, socialmente, incluir a expressão "de subversão da ordem" devemos ficar atentos, pois *pode servir a atitudes autoritarias contra os direitos e garantias a dos cidadãos de contestar a ordem presente*. A sociedade brasileira presenciou, nos últimos dois anos, um *Estado autoritário*, fundado

29 Os direitos humanos devem ser analisados em todos os seus aspectos, incluindo o "dark side" que este pode conter. "Esse jogo de luz e sombra que marca a afirmação dos direitos humanos pode ser analisado a partir de algumas tensões dicotômicas. A primeira delas é o binômio universalidade *versus* inefetividade: qual categoria e a quantidade dos direitos e seus respectivos titulares? Isso implica na 'velocidade' da concretização desses direitos, ou seja, o abismo entre teoria e prática (afinal, a universidade é um mito), *resolvido no ocidente contemporâneo com a constitucionalização dos direitos humanos"* (NUNES, 2017) (grifo nosso). Além disso, ainda sobre a discussão histórica dos direitos humanos, ver: COMPARATO, 2007 e FASSBENDER; PETERS, 2012.

> no preceito de manter a ordem. Esse período corresponde a um dos períodos mais negros de nossa História, onde nossas instituições democráticas foram fundamente desrespeitadas. Enfim, garantir a não subversão da ordem é garantir o respeito aos artigos da Constituição que estamos prestes a promulgar". (grifo nosso)

Destaca-se outro trecho que menciona instrumentos internacionais de Direitos Humanos e a incompatibilidade destes com o regime autoritário vivenciado pouco antes da Constituinte. Trata-se de fala do constituinte José Viana (BRASIL, 1987c):

> Sabemos que em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, foi elaborada a *Carta Universal dos Direitos do Homem*, da qual o Brasil é participante. Essa Carta fala dos direitos do cidadão. Todos têm direito à vida. Nenhum cidadão pode ser preso injustamente, espancado ou escravizado. Mas, durante todos esses anos observamos que tudo isso tem acontecido no Brasil. Os direitos humanos não têm funcionado neste País. O pobre, no Brasil, sempre é sacrificado. Durante os anos do *regime autoritário*, muitos brasileiros perderam a vida até dentro dos quartéis;

Outra inquietação que merece ênfase é a reiterada preocupação demonstrada pelos constituintes com o regime do Apartheid na África do Sul. Ocasião que se encontrava em curso no momento da Assembleia. Explicita-se isto no discurso de Costa Ferreira (BRASIL, 1987d):

> Verificamos com muita inquietude o posicionamento do Brasil com relação à mais cruel discriminação racial de que se tem notícia no mundo, o apartheid. Na Rodésia ele tem-se destacado. Apesar de a Brasil ter demonstrado a sua repulsa a esse sistema adotado na África do Sul – que, diria, está-se encaminhando para o genocídio, porque o que se verifica é que estão exterminando uma raça, e isto em pleno século XX – não podemos, de maneira nenhuma, aceitar nem assimilar isso. Gostaria de saber do brilhante conferencista [Antônio Augusto Cançado Trindade] da possibilidade de colocarmos em nossa Constituição um dispositivo, um tanto enérgico, referente à tomada de posição do Brasil com relação a esse tipo de abuso cometido contra a humanidade. Não podemos aceitar isso.

Com intuito de superar as repressões e segregações supracitadas, o discurso dos constituintes basearam-se nos Direitos Humanos para

fundamentar e legitimar os dispositivos na nova Constituição. Destaca-se, como exemplo, a fala do constituinte José Carlos Coutinho (BRASIL, 1987b):

> De que adiantaria escrevermos uma Constituição – e faço minha as palavras do Sr. Constituinte que me antecedeu – se não examinarmos a questão dos *direitos humanos*? Srs. Constituintes, vamos escrever um tratado, e vamos fazer sinteticamente o que não é direito. Porque se garantirmos nesta Comissão os nossos direitos, os direitos de cidadania do povo brasileiro, tudo o mais, praticamente, é acessório.

Os discursos que mencionavam Direitos Humanos também estavam presentes nas falas dos expositores das Audiências Públicas da Assembleia. Essas audiências trouxeram cerca de 900 pessoas para representar os vários setores da sociedade, debater e apresentar propostas aos constituintes[30]. Neste tópico, destaca-se a presença do expositor Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima, que na época era Secretário-Geral do Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty). Este esteve presente na 2ª Reunião, em 22 de abril de 1987, da Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e das Relações Internacionais (BRASIL, 1987a).

Nesta ocasião, expôs sobre as "Relações Internacionais na futura Constituição – política externa" e contribuiu com o atual art. 4º II da Constituição, que prevê: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II–prevalência dos direitos humanos". O embaixador, em seu discurso, ressaltou a importância da aproximação entre o Itamaraty e o Legislativo visto, pois, o diálogo entre essas instituições para a formação da política externa brasileira é essencial e faz parte da exigência de uma democracia[31].

30 "Quando nós decidimos, como constituintes, por esse espaço de audiência pública, havia uma determinação de que não era possível fazer uma nova Constituição sem se ouvir a sociedade, sem deixar claro, em termos de um dispositivo regimental, que a verdadeira Constituinte acontece fora do prédio do Congresso, e que esta Assembleia Nacional Constituinte, que, aqui e agora, se reúne em Subcomissões, não vai responder aos anseios da sociedade se não ouvir essa sociedade. (Constituinte Octávio Elísio. Danc – Suplemento, 16/7/1987, p. 190)" (BRASIL, 2009).

31 "A política externa não é privilégio nem monopólio do Itamaraty. Para que ela seja consistente, respeitada e confiável, deve ser uma expressão de vontade de toda a sociedade brasileira. A concepção de interesse nacional deve, conseqüentemente, ser abrangente e incorporar, de forma completa, todas as complexidades da nossa sociedade, da Nação brasileira" Embaixador Paulo Tarso Flecha Lima. (BRASIL, 1987a).

Esse maior diálogo poderia se expressar em um controle do legislativo sobre atos internacionais pleiteados pelo país. Essas ideias foram incluídos na atual Constituição. Extrai-se os seguintes artigos: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I–*resolver definitivamente sobre tratados*, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" e "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII–celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a *referendo do Congresso Nacional*".

Outra contribuição do embaixador foi identificar a necessidade de a Constituição estabelecer princípios norteadores das relações internacionais. Princípios que, de fato, identificassem o perfil internacional do país[32]. Quando foi questionado pelo constituinte Luiz Viana Neto acerca de qual preceito poderia ser incorporado à nova Constituição, respondeu (BRASIL, 1987a): "acho que o ponto importante que a nova Constituição não pode deixar de levar em conta é a questão da obediência aos direitos humanos, a questão da fidelidade a normas de padrões universais de ética e de moral".

Assim como sugerido, houve a inclusão da previsão dos Direitos Humanos como princípio das Relações Interacionais no art. 4º II. Dessa forma, dá-se margem para concretizar a ação brasileira em prol do respeito e promoção dos destes direitos. Legitimando, por conseguinte, a colaboração na construção e ratificação de tratados internacionais sobre a temática como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, nota-se que o termo "Direitos Humanos" apareceu duas vezes ao longo da Constituição em seu formato original. Após a Emenda nº 45 de 2004, são sete menções.

Conclui-se, portanto, que os receios dos constituintes e da

32 "Acho que a Constituinte teria, em termos de relações internacionais, dois desafios básicos. O primeiro seria estabelecer e reiterar princípios que, incorporando o melhor da nossa tradição, dê em sinal claro da nossa boa disposição de convívio pacífico e amigável com todos os países. Nesse sentido, as normas por exemplo, sobre proibição de guerra de conquista, recurso obrigatório a meios pacíficos para solução de controvérsias, são normas que transcendem muito os princípios meramente retóricos e que representam o verdadeiro perfil internacional do País" Embaixador Paulo Tarso Flecha Lima. (BRASIL.,1987).

população brasileira em presenciar novos retrocessos expressou-se em discursos pautados pelos Direitos Humanos e culminou em normas norteadas por esses direitos. Após este panorama, cumpre analisar as contribuições diretas da Convenção Americana nos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Ressaltando-se que este tópico que incluiu a discussão acerca da Constituinte e os Direitos Humanos já se trata de menção indireta ao Pacto de São José.

3.3. DA CONSTITUINTE E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)[33] está dividida em três partes. A saber, (a) DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS, (b) MEIOS DE PROTEÇÃO, (c) DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS. Na primeira, encontram-se arrolados direitos de cariz civil e político. Há apenas um dispositivo que menciona os direitos econômicos, sociais e culturais. Não se trata, pois, de uma norma de conteúdo, mas de compromisso dos Estados em adotar providências para conseguir progressivamente a plena efetividade destes direitos. A segunda parte instrumentaliza a *Comissão* Interamericana de Direitos Humanos e institui a *Corte* Interamericana de Direitos Humanos (BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2008). Consolidando, assim, o sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos. A terceira define mecanismos para efetiva aplicação da Convenção.

Quando a atual Constituição elaborar-se-ia na ANC de 1987-1988, a Convenção Americana estava sendo discutida no Congresso Nacional[34]. Esta Convenção foi analisada em âmbito interno apenas

33 A Convenção Americana está cronologicamente situada depois da Carta das Nações Unidas (1945), Declaração Universal das Nações Unidas (1948), Convenção Europeia de Direitos Humanos/ Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (1950), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e antes da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).

34 As etapas de apreciação dos tratados internacionais são: (a) assinatura; (b) submissão ao Congresso Nacional; (c) ratificação; e (d) promulgação. Desse modo, os atos internacionais, dos quais o Brasil faz parte, são assinados pelo Governo Federal consoante a política externa praticada. Esta formalização não acarreta obrigações imediatas visto, pois, carece de aprovação

16 anos depois da assinatura. O porquê deste intervalo temporal foi analisado e discutido por outras obras (NUNES; SANTOS 2016):

> A admissão que se iniciou em 1985 terminou em 2002. Neste período, surgiram instrumentos legislativos que integraram a Convenção ao ordenamento jurídico interno. Os documentos são, a saber: (a) o Decreto Legislativo nº 27 de 1992 (aprovou o texto da Convenção); (b) Decreto nº 678 de 1992 (promulgou o texto da Convenção); (c) Decreto Legislativo nº 89 de 1998 (autorizou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana); e, por fim, (d) Decreto nº 4.463 de 2002 (promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte). [...] Quais os motivos que justificam o lapso temporal de 16 anos entre a assinatura da Convenção (1969) e a proposição do texto (1985) para apreciação legislativa? [...] esta omissão temporal pode ser justificada pelo período ditatorial brasileiro (1964-1985). Esta afirmativa fundamenta-se nas considerações feitas pelo parecer do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores de 1985 – Antônio Augusto Cançado Trindade – e por notícias veiculadas que tratam sobre o processo de adesão do Brasil ao ato internacional em questão.

Apesar de formalmente integrada ao ordenamento jurídico brasileiro apenas em 1992, a Convenção Americana foi citada durante a ANC. Destacam-se dois momentos de citação direta. A primeira foi na 11ª reunião realizada em 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (BRASIL, 1987d). Nesta ocasião, ocorreu a 5ª Reunião de Audiências Públicas e um dos convidados era o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty) Antônio Augusto Cançado Trindade[35]. Ele expôs sobre "Os Direitos e Garantias Individuais no plano internacional". A segunda menção direta foi na justificativa da emenda 00510 ao Projeto B da

pelo Congresso Nacional. Percebe-se, dessa forma, que o Congresso tem a incumbência de examinar se a celebração do ato pelo Presidente está – ou não – compatível com o interesse nacional. A partir desta anuência, o Governo está autorizado a ratificá-lo. Após a ratificação, o ato deve ser promulgado, por meio de Decreto assinado pela Presidência. Em síntese, os tratados e acordos firmados, em nome da República, devem receber apreciação *a posteriori,* em âmbito interno, pelo Executivo e pelo Legislativo. (MARTINS, 1996; CANÇADO TRINDADE, 1996).

35 Antônio Augusto Cançado Trindade, enquanto Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores em 1985, analisou a Convenção Americana a pedido do Secretário-Geral do Itamaraty. Tratou-se de um parecer favorável para adesão do país a este tratado internacional (CANÇADO TRINDADE, 2004)

Constituição (Fase U – Vide Quadro 2) do constituinte Antônio Mariz (PMDB/PB) (BRASIL, 2013).

O consultor, nesta ocasião, iniciou a fala pontuando que os Direitos e Garantias individuais é, geralmente, analisado sob óptica do direito público interno e do direito constitucional comparado. Porém, colocá-los sob o prisma do direito internacional é importante. Por esta razão, sua exposição versou acerca da experiência internacional nesta seara nos anos que antecederam a Assembleia. Tratou, a saber: (a) sobre quais as lições que essa experiência pode legar; (b) quais as suas projeções para o direito interno; (c) quais contribuições essa experiência pode trazer para o plano internacional; (d) qual é a posição do Brasil no quadro internacional sobre os Direitos e Garantias individuais; e, por fim, (e) sugestões para os trabalhos da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais.

Cançado Trindade apontou que a experiência internacional é recente quando comparada a interna, nomeadamente quanto aos direitos e garantias em nível global. Apenas em 1948 surgiram documentos que visam consagrar esses direitos. Tratavam-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana. Ambos os documentos tinham caráter recomendatório e, apesar de surtir efeito em algumas constituições moderna, precisavam de instrumentos que garantissem os direitos elencados.

Por este motivo, criaram-se em 1966 dois Pactos Internacionais das Nações Unidas. Um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. A ideia naquela ocasião era a de, *a priori,* construir apenas um documento. Os representantes dos países, no entanto, não entraram em consenso sobre os dispositivos que deveriam ser parte do dos tratados[36]. A solução encontrada foi subdividir a matéria, pois para a categoria de direitos civis e políticos "exigia-se do poder público do Estado um dever de abstenção. O

36 A título de elucidação, os Estados Unidos da América assinou, mas não ratificou o Pacto sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Em contrapartida, a República Popular da China assinou, mas não ratificou o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.

Estado não poderia intervir [...] nas chamadas liberdades clássicas. [...] Os direitos econômicos, sociais e culturais, exigiam, ao contrário, a intervenção do Estado para promover esses direitos" (BRASIL, 1987d).

O mesmo ocorreu em âmbito regional. A Europa fez dois instrumentos para abranger estas duas categorias. Com o continente Americano não foi diferente. A Convenção Americana apenas instituiu os direitos civis e políticos até a data da Assembleia Constituinte. Essas divisões de direitos foram, contudo, questionadas em 1968 na Conferência Internacional do Teerã. Nesta ocasião, avançou-se na ideia de indivisibilidade dos Direitos Humanos. A delegação do Brasil partilhou dessa posição nos foros internacionais.

Com esta nova mentalidade, a Organização dos Estados Americanos fez um Protocolo adicional à Convenção Americana em 1988 em São Salvador. Incluiu-se, nesta oportunidade, os direitos econômicos, sociais e culturais. A Europa fez algo semelhante em busca da harmonia internacional. Ademais, o que se discute quanto a invisibilidade destes direitos são os mecanismos de implementação de cada um deles.

Para Cançado Trindade, o mecanismo ideal para os direitos civis e políticos seria o sistema de reclamação internacional, portanto, o direito de petição aos órgãos internacionais. Para os direitos econômicos, sociais e culturais, o sistema de relatórios periódicos que os Estados partes se obrigam a encaminhar aos órgãos de supervisão internacional. Com experiência da própria Organização Internacional do Trabalho. "De qualquer forma, foi uma conquista doutrinária a afirmação da unidade de todos os direitos que convergiriam, em última análise, para a pessoa humana" (BRASIL, 1987d).

Além disso, ressaltou que os tratados humanitários são diferentes dos demais. Não se trata, pois, de um documento em que as partes contratantes, no caso os Estados, podem interpretar em termos de vantagens e concessões recíprocas. Os documentos internacionais sobre Direitos Humanos visam um objetivo específico, a proteção da pessoa humana. Portanto, para o Consultor, estes instrumentos devem ser interpretados não pelos contratantes, mas, sim, por órgãos internacionais de supervisão.

Destaca-se, também, que para viabilizar a adesão dos Estados aos tratados, têm-se facultado a estes que em situação de emergência determinados direitos podem ser suprimidos. Há alguns direitos que, no entanto, não são passíveis de cessação. Cançado Trindade destaca este núcleo de direitos previstos na Convenção Americana. A lista é maior do que em outros instrumentos internacionais. Visto, que, há mais possibilidades de se aplicar medidas restritivas em virtude da instabilidade política vivência nos períodos que antecederam a formulação do documento. Sobre essa lista de direitos, o Consultor destaca (BRASIL, 1987d):

> Em decorrência do reconhecimento de um núcleo de direitos inderrogáveis, a doutrina, nos últimos anos, tem sugerido que esse núcleo de direitas se constitua *jus cogeus*, em normas imperativas do Direito Constitucional, em relação às quais nenhum Estado poderá adotar qualquer medida restritiva. Esse núcleo mínimo de direitos equivaleria a um mínimo internacionalmente aceitável ou exigível dos Estados-partes.

Defende, ademais, que deve haver uma compatibilização dos tratados internacionais sobre direitos e garantias individuais, incluindo a Convenção Americana, com o ordenamento jurídico interno. Isto pode ocorrer, por exemplo, com a salvaguarda dos preceitos constitucionais e das leis internas. Os tratados determinam que os Estados-partes se comprometam em adotar medidas, como as legislativas, para efetivar estes direitos e garantias[37]. Quanto a questão da Soberania, indica a primazia dos órgãos internos perante os internacionais.

Após essa análise, aponta que o Brasil já ratificou importantes tratados sobre a matéria. Citou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e disse que realizou minucioso estudo quanto ao tratado para propor ao país a adesão deste[38]. Reiterou que a

37 Na Convenção Americana, esta previsão está no art. 1. "Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano".

38 O estudo sobre essa parecer de Antônio Augusto Cançado Trindade, enquanto Consultor Jurídico do Itamaraty, foi analisado no: A recepção da Convenção Americana sobre Direitos Hu-

Convenção, ao tempo da Constituinte, aguardava tramitação no Congresso. No momento seguinte, defendeu a adesão em questão: "A meu ver, a adesão do Brasil a esses três tratados estaria plenamente de acordo com a melhor doutrina e a verdadeira tradição jurídico-diplomática no Brasil. Em diversas ocasiões participamos efetivamente dos trabalhos preparatórios desses tratados".

Expôs, por fim, a necessidade da compatibilização entre os tratados de Direitos Humanos e o Direito Interno. Indicou que a Constituição deveria incluir esta categoria de direitos como princípio que rege o país no plano internacional. Esta sugestão logrou êxito no art. 4º II da atual Carta constitucional. Assim como foi proposto, também, pelo Embaixador Paulo Tarso Lima e analisado no tópico antecedente. Cançado Trindade acrescenta que os Direitos Humanos a serem protegidos são tanto os consagrados na Constituição quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário.

Essa última colaboração também foi acatada pelos constituintes e inserida no art. 5º §2º que prevê "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*" (grifo nosso). Esta segunda parte não estava estabelecida nas Constituições anteriores.

Quando questionado pelo constituinte Costa Ferreira se caberia um dispositivo na Constituição em combate aos abusos cometidos contra a humanidade, visto, pois, a África do Sul vivenciava o sistema opressivo do *Apartheid*, Cançado Trindade respondeu (BRASIL, 1987d):

> Continuo pensando que a melhor solução seria aquela que propus ao final de minha exposição, isto é, um dispositivo, na Constituição, que determinasse que dentre os princípios que regem a conduta

manos pelo ordenamento jurídico brasileiro (1969-2002) (NUNES; SANTOS, 2016). Pode-se ter acesso à integra do parecer por meio da obra: O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil (CANÇADO TRINDADE, 2004).

> do Brasil no plano nacional e internacional está o da promoção e proteção dos direitos humanos – a que o Brasil se vê obrigado, não apenas pelos direitos humanos consagrados na Constituição e pelos princípios democráticos dela decorrentes, como também pelos tratados internacionais de que o Brasil é parte. É fundamental a adesão do Brasil a esses tratados[39].

Mais uma vez reiterou a questão de se constar na Constituição de que o Brasil se vê obrigado pelos tratados internacionais de que o país é parte. Dessa forma, foi questionado pelo constituinte Darcy Pozza. Este aponta que a constituição anterior no art. 153 §36 especifica que os "direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota" e o anteprojeto da Subcomissão até o momento acrescentou "ou das declarações internacionais de que o País seja signatário". Dessa forma, perguntou se contemplaria a defesa do expositor. Este respondeu (BRASIL, 1987d):

> Vejo um progresso, embora pequeno, da atual Constituição para o projeto da Comissão de Estudos Constitucionais. É certo que o projeto da Comissão de Estudos Constitucionais assegura o mínimo, mas não me parece que esse mínimo seja plenamente satisfatório. As declarações de que o Brasil é signatário têm efeito puramente recomendatório. Se amanhã surge um problema aqui em nosso País e se invoca uma declaração das Nações Unidas poder-se-á objetar: mas ela não tem efeito mandatório. Por isso, *vou um pouco além da Comissão de Estudos Constitucionais e sugiro: além das declarações de que o País é signatário, também os tratados de que o País é parte.* Neste caso, os efeitos são mandatórios e o Governo brasileiro estará obrigado a respeitar, nos planos nacional e internacional, os direitos e garantias individuais. (grifo nosso).

Dessa forma, consolidou seu posicionamento perante a Subcomissão em questão e colaborou com a construção do art. 5º §2º da atual Constituição. No fim de sua fala, falou sobre a questão da

39 Ainda nessa mesma fala, o Consultor esclarece que: "Felizmente, em matéria de discriminação racial, já aderimos à Convenção de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. [...]. Então, vejo que se atrelarmos os instrumentos internacionais à Constituição, não haverá necessidade de especificar uma questão relativa aos direitos humanos, por mais grave que seja, porque, automaticamente, esse tipo de garantia já estará assegurado e os tipos de condenação à discriminação racial já estarão determinados pela interação entre a Constituição e os Estados internacionais humanitários de que o Brasil é parte".

tortura quando questionado sobre o assunto e, para concluir, elencou os tópicos que lhe parece mais importante na seara dos direitos e garantias individuais no plano internacional.

A saber, (a) interação dos instrumentos; (b) interpretação específica desses tratados; (c) inderrogabilidade de direitos básicos; (d) que os Estados-parte desses tratados, que se tornaram democráticos, encarassem com maturidade e naturalidade o tratamento dessas questões a nível internacional; e, por fim, (e) reiterou que não vê óbices para a adesão do país a tratados humanitários, porque estes pretendem compatibilizar os seus dispositivos com os dos Estados-membros.

Outra menção específica da Convenção Americana se deu na justificativa da emenda 00510 ao Projeto B da Constituição (Fase U – Vide Quadro 2) do constituinte Antônio Mariz (PMDB/PB) (BRASIL, 2013). Esta emenda foi proposta em 1º de junho de 1987 e versava sobre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil. Cabe notar que este constituinte era o presidente na sessão em que o expositor Antônio Augusto Cançado Trindade se fez presente.

Na emenda, havia a proposta de dar unidade aos princípios informadores da política externa brasileira. Os artigos estabeleciam incisos que não foram contemplados pelo projeto final da Constituinte. Tem-se como exemplo: "I – Defesa e promoção dos direitos humanos com fundamento na Declaração universal dos Direitos do Homem" e "II – Instalação e funcionamento de Cortes Internacionais dos Direitos do Homem e da mulher, no âmbito regional ou universal dotadas de poder jurisdicional sobre os Estados pactuantes".

Justificou sua emenda com base nos tratados internacionais dos quais o Brasil era parte naquele momento. Citou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e acrescentou que o Pacto de São José estabelece uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesses termos, colocou na emenda que:

> Estabelecer, entre os princípios definidores do relacionamento internacional do Brasil, a diretiva para a instalação e funcionamento de Cortes, constitui apenas e desde logo a incorporação ao direito

> público interno de compromissos internacionais já assumidos e, que, no caso do pacto de São José, segundo consta, se encontra na pauta do Congresso nacional para ratificação.

Vê-se, portanto, outra contribuição direta da Convenção Americana nos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Não foram, contudo, incluídas no texto final como as destacadas no momento de análise do discurso de Cançado Trindade. De qualquer modo, esta menção explicita a preocupação dos constituintes em tentar harmonizar o direito interno com o direito internacional, nomeadamente quando ao Pacto de São José.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou apresentar e analisar a interação entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, traçou-se um quadro comparativo entre os dispositivos de ambos os instrumentos. Explicitaram-se as simetrias e as assimetrias. E dentro desse conjunto de artigos, destacaram-se aqueles que eram inéditos na atual Carta constitucional. Visto, pois, alguns dispositivos já haviam sido mencionados em Constituições anteriores.

Percebeu-se diante deste panorama que a Constituição buscou harmonizar-se com a Convenção Americana, uma vez que os direitos e garantias individuais previstos em ambas são, em sua maioria, correspondentes. Esta compatibilização aproxima o direito constitucional brasileiro do direito internacional, especialmente do sistema interamericano. Evidencia-se isto, principalmente, quando a legislação constitucional converge para os princípios da política externa brasileira e, por conseguinte, consagra um perfil internacionalista, pró-direitos humanos, para o país.

O art. 4º II da CRFB/88 é um exemplo dessa aproximação. Prevê, pois, que os Direitos Humanos são princípios norteadores das Relações Internacionais. Este dispositivo foi formulado com as defesas do Embaixador Paulo Tarso Flecha Lima, na época Secretário-Geral

do Ministério das Relações Exteriores, e do Antônio Augusto Cançado Trindade, Consultor jurídico do mesmo Ministério.

A Convenção Americana colabora indiretamente com a formulação do artigo supracitado. Na medida em que os Direitos Humanos foram reconhecidos e instrumentalizados, em âmbito internacional, após 1948. A Constituição brasileira de 1946 não contou, portanto, com a discussão de direitos fundamentados e legitimados por esse discurso internacional. O mesmo pode ser dito quanto a Constituição de 1967. Apesar de posterior à instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, não avançou nesta seara por se constituir em um período autoritário e repressivo.

A Constituição de 1988, no entanto, foi a primeira a incluir debates efetivos pautados nos direitos da pessoa humana para criação dos respectivos dispositivos. Foi a primeira, também, após a criação da Convenção Americana. Por esta razão, todo conjunto de normas de Direitos Humanos, formuladas até aquele momento, propiciou a fundamentação e legitimação de dispositivos como o do art. 4º, II da CRFB/88.

Nota-se, ademais, que os Direitos Humanos estavam presentes nos discursos dos constituintes. Uma das razões para que isso se desse de forma tão evidente, tratava-se do receio iminente de períodos autoritários e repressivos vivenciados no país pouco tempo antes da instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Além disso, a situação de países como o da África do Sul alarmou os deputados e senadores. Havia um regime opressivo de segregação racial com o Apartheid. A necessidade de demonstrar a repulsa do país contra esse tipo de tratamento era pungente.

A partir destes estudos, destacaram-se novos recortes para pesquisas futuras. Tratam-se das inovações da Constituição que são compatíveis com a Convenção Americana. Tem-se como exemplo o art. 5º, III que prevê: "III–ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Esta temática também foi discutida por Cançado Trindade.

Quanto as assimetrias, destacaram-se poucas diferenças entre a Convenção e a Constituição. Tem-se como exemplo a questão da liberdade de crença e de religião que é tratada de forma mais ampla no Tratado Americano do que na Carta constitucional. Estas omissões legislativas internas, em tese, não apresentam relevo devido ao art. 5º §2º da CRFB/88. Este dispositivo prevê que os direitos e garantias que não constam na Constituição não excluem aqueles que estão nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Nota-se, também, quanto ao art. 5º §2º que o expositor Cançado Trindade colaborou diretamente para acrescentar no final deste dispositivo a expressão: "ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Para fundamentar este posicionamento, citou mais de uma vez a Convenção Americana. Reforçou, também, a necessidade da completa adesão do país a este tratado. Visto que este estava em trâmite no Congresso Nacional no momento da Constituinte.

Conclui-se, por fim, que o Pacto de São José foi reiterado, ainda, na justificativa da emenda do constituinte Antônio Mariz. Este defendia os incisos relativos à Corte Interamericana de Direitos Humanos no que concerne aos princípios que regem as relações internacionais. Porém, como analisado, estas normas não foram incluídas no texto final da Constituição. Cabe ressaltar, porém, que esta menção à Convenção retrata a preocupação constituinte com os instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). *O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos.* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998.* Brasília: Edições Câmara, 2013 (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9) p. 548.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Edições da Câmara, 2009

BURGORGUE-LARSEN, L; TORRES, A. Ubeda de. *The Inter-American Court of Hu-*

man Rights: case law and commentary. Oxford: OUP, 2011

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro***.** San José: IIDH/ACNUR/CIVC/CUE, 1996

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Parecer – O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org)**.** *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty* Vol. VIII (1985-1990). Brasilia: Senado Federal, 2004 (Coleção Brasil 500 anos). p. 57-105.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2007.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.* Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009.

HENNEBEL, L.; TIGROUDJA, H. *Chronique de la jusrisprudence de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme (2006-2007).* Bruxelles, 2008. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1958554 <acessado em 13/12/2016>

FASSBENDER, Bardo; PETERS Anne. *The Oxford handbook of international law.* Oxford: Oxford University press, 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 527.

MARTINS, Estevão de Rezende. A Apreciação de Tratados e Acordos Internacionais pelo Congresso Nacional. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (org.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.* San José, C.R: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996. p. 263 a 273, bem como http://dai-mre.serpro.gov.br/apresentacao/tramitacao-dos-atos-internacionais/ <acessado em 15/01/2017>

NUNES DIEGO. O "dark side" dos Direitos Humanos. In: CORDEIRO, José Carlos; GOMES, Josiane Araújo. *Diálogos entre educação e direitos humanos***.** São Paulo: Editora Pillares, 2017.

NUNES, Diego; SANTOS, Gabriella Coelho. A recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro (1969-2002). In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão***:** Volume VI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 248.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las.* Brasília: Senado Federal, 1993. p. 104.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericana e africano.* São Paulo: Saraiva, 2014.

FONTES DOCUMENTAIS

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. 1988.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais. *Ata da 2ª Reunião e 1ª Reunião de Audiências Públicas*. Brasília, 1987a.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. *Ata da 7ª Reunião e 1ª Reunião de Audiências Públicas*. Brasília, 1987b. p. 36.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. *Ata da 8ª Reunião, realizada em 24 de abril de 1987*. Brasília, 1987c. p. 54.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. *Ata da 11ª Reunião, realizada em 24 de abril de 1987*. Brasília, 1987d. p. 97-98.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. *Ata da 24ª Reunião, realizada em 18 de maio de 1987***.** Brasília, 1987e. p. 238 – 239.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 26*, 1985.

INTERVENÇÃO ESTATAL BRASILEIRA E SUAS CONTINUIDADES CONSTITUCIONAIS: DE 1934 A 1988

Bruno Arthur Hochheim[1]

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 destaca-se por possuir um grande número de disposições relativas às Ordens Econômica e Social. A Constituição contém, na verdade, um ambicioso projeto de superação das desigualdades e do subdesenvolvimento nacionais a partir da atuação planejada do Estado, centrada sobretudo na União. Nesse projeto, a União atua e coordena as demais forças sociais e econômicas, públicas e privadas, para que o país atinja uma série de objetivos, como a erradicação das desigualdades sociais e regionais, da dependência internacional e de existências sem condições mínimas de dignidade. O papel central da União nesse empreendimento leva à criação de inúmeras atribuições federais, tanto econômicas quanto sociais, centralizando consideravelmente a federação.

Esse plano de atuação estatal, como qualquer outro, tem seus defensores e seus detratores. Muitos dos seus adversários mais incisivos, por vezes, assumiram o governo nacional ao longo das três décadas de vigência da Constituição, emplacando consideráveis reformas constitucionais revisoras da proposta da Assembleia Nacional Constituinte. Podem-se citar, dentre outras, a Emenda Constitucional nº 6,

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Linha "Constituição e Democracia". Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa "Percursos, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo", ligado à UnB.

revogadora do art. 171, o qual estabelecia a categoria "empresa brasileira de capital nacional", cujo poder de decisão encontrava-se no território nacional e poderia receber benefícios especiais; a Emenda Constitucional nº 9, flexibilizadora do monopólio federal sobre o petróleo; bem mais recentemente, a EC nº 95, instituidora do teto dos gastos públicos.

Independentemente da avaliação de cada umas das opções políticas realizadas nesse quadro de marchas e contramarchas da atuação estatal no domínio socioeconômico preconizada em 1988, cabe indagar como foi que surgiu esse modelo constitucional. Esse é o objetivo deste breve trabalho: realizar um limitado levantamento histórico das continuidades existentes entre a Constituição de 1988 e as suas predecessoras no campo da intervenção estatal, auxiliando na compreensão das origens de 1988, através da comparação entre diferentes textos constitucionais. Não se tem a pretensão de realizar um estudo exaustivo do assunto, até mesmo por conta dos limites dessa contribuição; almeja-se, apenas, realizar um levantamento dos principais pontos.

Os textos constitucionais serão nossa principal fonte. Optamos pela comparação entre eles por assim poder abranger um panorama mais amplo, maior do que poderíamos traçar se fizéssemos uma análise minuciosa de toda a legislação dos períodos abordados e da literatura a seu respeito. Outra razão para essa escolha é o fato de que, mesmo que se opte por criar um novo texto constitucional sem partir-se do modelo do texto antigo, pode ser frequente a consulta ao texto anterior, a título de inspiração, de modo que suas disposições acabam muitas vezes reproduzidas, ainda que com alterações, no novo texto – se houver alguma convergência política entre os diplomas[2]. Os textos anteriores, assim, podem imprimir sua influência nos posteriores.

Antes de iniciar-se esse rastreamento de convergências entre as diferentes Constituições Federais, fazem-se necessárias, contudo, algumas advertências.

2 É o que ocorreu, por exemplo, nos debates da Comissão do Itamaraty: embora tenha-se decidido por não se seguir o modelo da Constituição de 1891, seu texto acabava sendo consultado na hora de formulação de proposta (AZEVEDO, 2001).

Cabe esclarecer que se buscam continuidades com o intuito de entender o quanto o modelo de 1988 representa uma reafirmação de opções políticas anteriores, as quais poderiam muito bem não ter se repetido diante do vasto quadro de rupturas, continuidades e transições existentes sobretudo na República brasileira (PAIXÃO, 2011, p. 147). Dessa forma, não se parte do pressuposto de que haveria uma teleologia, um "percurso evolutivo", um desenvolvimento inelutável da atuação estatal no domínio socioeconômico. (*Cf.* HESPANHA, 2009, p. 41-43) Apenas ocorreu de haver, em diferentes momentos, a decisão por determinadas opções políticas semelhantes, as quais sumariamente abordaremos.

Dentro da advertência anterior, deve-se ressaltar que cada um dos momentos de elaboração de normas constitucionais tem suas especificidades históricas e políticas, as quais impactam na elaboração de cada diploma constitucional. Nesse sentido, embora o projeto da Constituição originária de 1988 em muitos sentidos represente a consolidação e a expansão de opções políticas anteriores, não se ignora que ele foi moldado em circunstâncias políticas muito próprias, as dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-8, marcada por fatores como uma intensa participação popular e o anseio por uma profunda democratização da sociedade.

Por último, deve-se destacar que a opção de recorte deste trabalho é a análise comparativa de textos constitucionais relativos à intervenção estatal, procurando rastrear continuidades até a criação da Constituição de 1988; seu foco, portanto, são as inovações ocorridas de uma Constituição para outra, com base nas razões acima explanadas. Estamos cientes de que esse é um modo muito limitado, meramente inicial de estudar o direito de determinado período. Isso porque Constituições podem criar novas medidas, mas também podem simplesmente recepcionar o que preexiste na legislação, de modo que o que é "novo" no texto constitucional pode já existir há muitos anos no nível legal. Da mesma forma, dada a distinção entre ser e dever ser, a previsão de direitos na Constituição não é a garantia

de sua observância de fato.

Ao longo do trabalho, abordaremos as diferentes Constituições, destacando os principais pontos de cada uma delas relativas à intervenção estatal que se fizeram sentir ao menos até 1988. Adotaremos como principais eixos as disposições relativas à repartição federativa de competências, à Ordem Econômica e Social (focando as disposições ligadas à Ordem Econômica), aos direitos trabalhistas e à tributação. Para não tornar a obra numa monótona lista de conferência do que está ou não presente em cada momento, não reproduziremos o que consta ou não em cada regime constitucional, mas sim abordaremos apenas o que constitui novidade ou alteração substancial em determinado documento em relação a seus predecessores. Principiaremos pela Constituição de 1934, daí passando a suas sucessoras.

2. CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição Federal de 1934 é o grande marco do início da previsão constitucional da intervenção estatal no Brasil. A Constituição de 1824 não previa atuação estatal no domínio socioeconômico de forma sistematizada, eis que foi criada para regular a vida política de uma sociedade colonial agrária recém-independente de complexidade consideravelmente mais baixa, além de sofrer considerável influência do liberalismo do início do século XIX.

A Constituição de 1891 adotou o liberalismo econômico de forma decidida, o que não contribuiu para previsões constitucionais de intervenção estatal[3]. Além disso, optou-se à época por um desenho federativo descentralizado, de modo que a União detinha poucas competências, quer legislativas, quer materiais. Deve-se pontuar, todavia, que ao longo da experiência da Primeira República, seja devido ao desenvolvimento tecnológico – grande criador de necessidades de

3 Pode-se apontar, por outro lado, que, mesmo nesse quadro de inexistência geral de intervenção estatal, havia previsão na Constituição de 1891, em seu art. 13, parágrafo único, de que a navegação de cabotagem deveria ser feita por navios nacionais. Mesmo os constituintes de 1891, de orientação eminentemente liberal no sentido econômico, estavam dispostos a abrir uma exceção no que consideravam ser assunto de alta importância estratégica para o país.

regulação estatal – seja devido às conveniências das oligarquias governantes, surgiram "ilhas de intervenção" (SEELAENDER, 2006), atuações estatais pontuais em áreas como urbanização, higiene e controle da produção e do preço do café.

As alterações na sociedade e na política da Primeira República fizeram-se sentir na Reforma Constitucional de 1926, a qual teve um "sentido centralizador, presidencialista e antijudiciarista" (LYNCH, 2014, p.154) e incluiu uma ou outra previsão relacionada à atuação estatal no domínio socioeconômico – de forma muito pontual, sem fugir ao modelo geral de 1891. Exemplo de nova previsão é a criação de competência expressa da União para legislar "sobre o trabalho" e "sobre licenças, aposentadorias e reformas" (art. 34, 28 e 29), bem como a possibilidade de "autorizar as limitações exigidas pelo bem publico" no caso de legislar sobre comércio exterior e interior (Art. 34, 5º).

A Primeira República encontrou seu fim com a Revolução de 1930, sucedida por uma série de fatores, dentre os quais o desgaste com o *modus operandi* daquele regime. Com a instauração do Governo Provisório, iniciou-se uma intensa produção legislativa via decreto, a qual abertamente e em grande volume passou a intervir no domínio socioeconômico, com medidas de grande extensão nas áreas de trabalho, saúde, transporte, comunicação, higiene, mineração, florestas, águas, dentre outras. Deve-se apontar que durante o período não só legislou-se intensamente sobre os temas, como também federalizou-se seu trato através da atuação do governo central.

É nesse contexto que a Assembleia Nacional Constituinte de 1933-4 reuniu-se para elaborar a nova Constituição Federal. No início dos trabalhos, o Executivo remeteu à Assembleia um Anteprojeto de Constituição elaborado pela chamada Comissão do Itamaraty, o qual, de modo geral, representava a consolidação jurídica do Governo Provisório. Apesar de número considerável de disposições ter sido alterado pela Constituinte, o Anteprojeto foi em boa parte aceito, sendo facilmente notável sua influência no texto final da nova Constituição.

O Anteprojeto, aliás, em suas disposições acerca da questão

social, foi fortemente influenciado pela Constituição de Weimar, como indicam as disposições constantes nos títulos "Da Religião", "Da Família"[4], "Da Cultura e do Ensino" e "Da Ordem Econômica e Social", sendo que até mesmo essa ordem de matérias segue, de modo geral, as disposições da Constituição alemã de 1919.[5] Essa influência fez-se sentir na Constituição de 1934, seja no conteúdo de artigos, seja na própria divisão interna, a qual criava títulos diferentes para a Ordem Econômica e Social de um lado e para a Família, Educação e Cultura de outro, organização essa que só seria alterada na Constituição de 1988.

A Constituição de 1934, frise-se, não representou o início da atuação estatal no domínio socioeconômico de forma maciça – esta principiou com a legislação do Governo Provisório de 30. A Constituição de 34 recepcionou o que já estava sendo feito, fornecendo-lhe base constitucional. E mesmo assim ela poderia ser menos central à intervenção do que se poderia supor, uma vez que esta continuaria expandindo-se para além das previsões materiais do documento[6].

Ainda assim, a Constituição de 34 é o grande marco da intervenção estatal no que tange a documentos constitucionais, iniciando uma tradição que prolonga-se, de modo geral, até hoje. Nessa tradição, entende-se que a superação dos problemas nacionais dar-se-á através de atuação estatal no domínio socioeconômico, planejada e capitaneada pela União. Estados e municípios têm o seu papel, mas ele é mais de execução das decisões tomadas na esfera federal.

Logo na repartição de competências faz-se sentir a nova dinâmica:

4 A Constituição de Weimar não previa um título voltado especificamente ao tema, mas as disposições iniciais da Seção "Das Gemeinschaftsleben" ("A Vida Comunitária", em tradução livre) versavam especificamente sobre a família.

5 Para uma análise pormenorizada, ver *Federalismo, Centralização e Intervenção Estatal: Os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933)*. (HOCHHEIM, 2017, p. 249-294)

6 "Em termos de atuação estatal, o Poder Executivo acaba agindo à margem e apesar da Constituição, embora não de forma propriamente inconstitucional, como muitas vezes se deu sob a Constituição de 1891. A Constituição de 1934, no entanto, não é a referência de atuação do Estado brasileiro. Esta se dá ao nível do direito administrativo e do direito econômico. […] Desde a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (Decreto 19.402, de 14.11.1930), a própria estruturação dos sistemas públicos de educação e saúde e os primórdios das políticas públicas de cultura e de instituição dos órgãos de previdência social ocorrem durante todo o Primeiro Governo Vargas (1930-1945), sem qualquer vinculação material, durante o período constitucional, ao texto de 1934" (BERCOVICI, 2012, p.383-4).

a União aparece consideravelmente mais bem aquinhoada, possuindo vários poderes que não tinha expressamente no regime de 1891. Podem-se citar competências como a para traçar as diretrizes básicas da educação, legislar sobre direito aéreo, legislar sobre normas fundamentais da assistência social, assistência judiciária, estatísticas de interesse coletivo, trabalho, produção e consumo, bem como a para legislar sobre bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração (art. 5º)[7]. Além disso, disposições como as dos artigos 10, 140 e 177, relativas, respectivamente às competências concorrentes entre União e estados, ao combate às endemias e o combate às secas, inauguraram o federalismo cooperativo no Brasil (BERCOVICI, 2012, p.385)[8].

O Título IV, "Da Ordem Econômica e Social", continha uma série de disposições que se fazem sentir até hoje no Direito Constitucional brasileiro. Principiava pelo art. 115, estabelecendo limites para a livre iniciativa: os princípios da Justiça, necessidades da vida nacional, possibilidade de vida digna a todos. Essa noção de escolha de limites da livre iniciativa, trazida da Constituição de Weimar pela Comissão do Itamaraty em seu Anteprojeto, existe até hoje, como demonstram os incisos do art. 170 da atual Constituição Federal.

Artigo de grande relevância são os 118 e 119, os quais separavam, no âmbito constitucional, a propriedade do solo da do subsolo e da dos potenciais d'água, subordinando o aproveitamento industrial destes a permissão ou concessão federal. Foi o rompimento

7 Deve-se observar que as Constituições anteriores à de 1988 não tinham a organização de competências atual. Na maior parte das vezes, as competências legislativas federais encontravam-se inseridas dentre as competências materiais federais, sendo que em algumas delas os estados poderiam legislar supletivamente, conforme discriminação de matérias de cada artigo. Não havia, portanto, um artigo separado com competências concorrentes, tal qual em 1988. Nesse trabalho, portanto, quando falamos que determinada matéria passou a ser de competência da União, isso não necessariamente significa que os estados não poderiam também legislar sobre ela – supletivamente. Isso depende da regulação de cada caso em cada Constituição.

8 Deve-se destacar que previsão de combate à seca nesses moldes já se encontrava no Anteprojeto da Comissão do Itamaraty, sem, contudo, ter sido votada pelo colegiado em suas reuniões registradas em atas, tendo surgido posteriormente às sessões. Para detalhes, ver, especificamente, *Federalismo, Centralização e Intervenção Estatal: Os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933)* (HOCHHEIM, 2017, p.315-316). Sobre as alterações ocorridas entre o fim das reuniões registradas em ata e a apresentação do Anteprojeto, conferir a mesma obra. (2017, 310-317)

constitucional em relação ao regime de acessão, o qual previa que a propriedade das riquezas do subsolo era uma consequência da propriedade do solo – modelo esse que fora adotado pela Constituição de 1891 em sua declaração de direitos do art. 72, com pequenas alterações de cunho estratégico da Reforma de 26.

Não foi, contudo, a Constituição de 1934 que realizou essa separação, mas sim a legislação do Governo Provisório, através dos Código de Águas e do Código de Minas de 1934. Deve-se notar, todavia, que essa separação de propriedades foi tema polêmico que exigiu anos de debate e de preparo. Ao longo da Primeira República houve tentativas a respeito, infrutíferas. Mesmo o Governo Provisório de 1930 abordou o tema com cautela, lançando mão de uma abordagem paulatina e de um jogo de luz e sombras, o qual culminou com a edição do Código de Minas e do Código de Águas no apagar das luzes do Governo Provisório, quando a Constituinte encerrava seus trabalhos e deliberava a aprovação dos atos do Governo. Além disso, a publicação desse diplomas ocorreu formalmente apenas após a Constituinte, o que levou a questionamentos jurídicos sobre sua constitucionalidade. Esse contexto nos leva a crer que a publicação desses códigos nessas circunstâncias fez parte de uma cautelosa estratégia desenhada pelo Executivo havia anos[9].

Vários outros artigos do título repercutem até hoje no Direito Constitucional pátrio. Podem-se citar o art. 125, criador de uma usucapião constitucional, a qual tem, de modo geral, repetido-se ao longo das diversas Constituições criadas desde então, bem como o art. 130, o qual dispunha que a concessão de grandes porções de terras deveria ser autorizada previamente pelo Senado. Pode ser citado também o

9 Para uma abordagem dos debates sobre o tema durante a Primeira República, bem como sobre os debates jurídicos acerca da constitucionalidade do Código de Minas, ver: Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais de Gilberto Bercovici (2011, p. 56-102); "Zwischen Gesetzeskraft und Verfassungwidrigkeit" (SEELAENDER, s./d.)
Para uma explicação detalhada, com base nos decretos do Governo Provisório e das idas e vindas da Comissão do Itamaraty a respeito do tema, sobre a conclusão de que a publicação de ambos os códigos fez parte de uma estratégia cuidadosamente planejada, ver *Federalismo, Centralização e Intervenção Estatal: Os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933)*. (HOCHHEIM, 2017, p. 210-6 e p. 315)

art. 136, o qual regulava deveres das empresas concessionárias ou contratantes de serviços públicos, artigo esse que foi repetido em todas as Constituições posteriores, alterando-se paulatinamente até tomar a forma do art. 175 da CF/88.

Ponto central do Título são as disposições sobre o trabalho, as quais constitucionalizaram uma série de direitos dos trabalhadores (art. 121), como salário-mínimo, férias remuneradas, repouso semanal, dentre outros. O próprio 121, por outro lado, relativizava esses direitos em relação a trabalhadores rurais, dispondo que o trabalho agrícola seria "objeto de regulamentação especial", em que se atenderia, "quanto possível, ao disposto neste artigo". Além disso, o art. 122 determinava a criação da Justiça do Trabalho, à qual não se aplicariam as disposições referentes ao Poder Judiciário. Havia, ainda, a previsão de reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais na forma da lei (art. 120).

A Constituição previa a exclusividade da propriedade e da direção de empresas jornalísticas (art. 131), disposição que existe, com modificações, até hoje no regime constitucional. Estabelecia-se também que a vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil seria regida pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e de seus filhos, a menos que lhes fosse mais favorável a lei estrangeira (art. 134) – disposição essa existente atualmente no rol de direitos individuais (art. 5º, XXXI).

As disposições tributárias também revelam as novas funções do Estado. O art. 128 submetia transmissões de bens por herança ou legado a imposto progressivo, evidenciando uma ideia distributiva. Mais ilustrativo, o art. 124 continha autorização para cobrança de contribuição de melhoria decorrente de obras públicas. A contribuição de melhoria tende a indicar um Estado que atua e intervém na dinâmica social através de obras públicas. A contribuição foi introduzida não pela Constituição, mas pelo Decreto nº 21.390/1932. Seus *consideranda* são muito reveladores, aludindo ao "desenvolvimento das cidades modernas" e às "exigências sempre crescentes da vida coletiva". Além disso, no

Anteprojeto aprovara-se a federalização do imposto de exportação, até então estadual, justificando-se a medida com a necessidade de aparelhar a União com meios de controlar ou influenciar a saída dos produtos do país, a fim de se evitar desabastecimentos. (*Cf.* HOCHHEIM, 2017, p. 226-231) A medida, todavia, não foi aprovada pela Constituinte, continuando o imposto de exportação a ser estadual.

A Constituição de 34 dispunha também de um Título V, "Da Família, da Educação e da Cultura", introdutor de uma série de normas nesses campos.

A Constituição Federal de 1934, portanto, representou uma grande virada no Direito Público brasileiro, prevendo constitucionalmente uma série de medidas nas áreas social e econômica, muitas das quais existem em alguma medida até hoje. Muito sintomáticas são a menção à Justiça do Trabalho e à contribuição de melhoria no título referente à Ordem Econômica e Social, não junto às disposições sobre o Judiciário ou sobre a tributação (então constantes na repartição de receitas entre os entes federativos). Evidencia-se, assim, o caráter pragmático dos redatores da Constituição, os quais atuavam não pensando em categorias como "Judiciário" ou "tributação", mas sim aprovando o que entendiam ser soluções para problemas concretos da atuação na Ordem Econômica e Social.

3. CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 34 pode não ter tido uma longa vida, mas muitas de suas disposições relativas à intervenção estatal foram reproduzidas na Carta de 1937. Esta manteve o desenho básico de sua predecessora no campo da intervenção, centralizando-o um pouco mais.

Antes de mais nada, faz-se necessário um esclarecimento. É claro que não se pode enxergar a Constituição de um período ditatorial da mesma forma que uma de uma época democrática, uma vez que a possibilidade de inobservância ao texto constitucional é consideravelmente maior. Além disso, existe ainda a discussão sobre se a Constituição de 37 teria ou não entrado em vigência, lançada por Francisco Campos após

ele deixar o governo do Estado Novo (CAMPOS, 2012). Todos esses pontos são importantes e devem ser levados em consideração por quem estuda o período, mas eles não são centrais ao presente trabalho. Este preocupa-se com continuidades existentes entre textos constitucionais na área de intervenção estatal, de modo que o conteúdo da Carta de 37 é aqui o relevante, sendo secundária sua efetiva observância ou concretização. Essa análise textual independente da concretização, aliás, não é algo tão diferente do que temos feito ao longo de todo o trabalho, que é considerar os textos constitucionais, independentemente de as medidas nele previstas já existirem previamente no nível legal, uma vez que em ambos os casos o foco da análise é o texto constitucional.

Já na repartição de competências pode-se notar um acréscimo de poderes em relação à Constituição anterior. Cabia à União agora legislar privativamente (art. 16) sobre assuntos como "os monopólios ou estandardização de indústrias", "a unificação e estandardização dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica, o regime das linhas para correntes de alta tensão, quando as mesmas transponham os limites de um Estado", "o regime dos teatros e cinematógrafos", "as cooperativas e instituições destinadas a recolher e a empregar a economia popular".

Prevendo um Estado de feição corporativista, a Constituição amarrava mais a parte sobre direitos dos trabalhadores. Seu artigo 140 originalmente previa que "A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público". O art. 136, por sua vez, entendia que o trabalho seria um "dever social". Nesse contexto, o art. 139, que declarava "é instituída a Justiça do Trabalho", foi a primeira disposição constitucional sobre a greve, proibindo-a. O artigo anterior declarava livre a associação profissional ou sindical, mas subordinava o exercício de vários poderes ao reconhecimento da associação pelo Estado.

O rol de direitos trabalhistas do art. 137, antes de ser suspenso pelo Decreto nº 10.358/1942, deflagrador de estado de sítio em virtude da entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial, continha um ou outro acréscimo em relação ao texto de 34, como previsões acerca dos contratos coletivos de trabalho e da continuidade do contrato de trabalho no caso de mudança do proprietário do estabelecimento. O art. 141 pela primeira vez num texto constitucional dispôs sobre crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado.

A Constituição de 1937 não mencionava a possibilidade de criação de contribuição de melhoria. (CHAVES, 1969, p. 64) Fora do texto constitucional, deve-se destacar, ainda, que, por força do Decreto-Lei nº 1.202/1939, o qual regulava os poderes dos interventores federais, os decretos-leis estaduais que dispusessem sobre "impostos ou taxas de qualquer espécie, desde que se trate de nova tributação ou de majoração" ou "impostos ou taxas de exportação" deveriam ser previamente aprovados pelo Presidente da República (art. 32, XVII e XVIII), de modo que o governo federal tinha o controle dos impostos de exportação, embora eles formalmente fossem de competência estadual[10].

Além disso, a Lei Constitucional nº 4 de 20 de setembro de 1940 criava competência privativa federal para "tributar a produção e o comércio, a distribuição e o consumo, inclusive a importação e a exportação de carvão mineral nacional e dos combustíveis e lubrificantes líquidos de qualquer origem". Essa alteração explica-se pelos esforços crescentes do governo no sentido de diminuir a dependência do país perante importações de combustíveis, os quais tornavam-se cada vez mais centrais na vida do país (BERCOVICI, 2011, p.118-23). Dois dias antes, a Lei Constitucional nº 3 proibira estados, Distrito Federal e municípios de "tributar, direta ou indiretamente, a produção e o comércio, inclusive a distribuição e a exportação de carvão mineral nacional e dos combustíveis e lubrificantes líquidos de qualquer origem". Essa tributação sobre combustíveis e lubrificantes repetiu-se nas Constituições

10 Não se deve deixar de notar que o controle sobre impostos ou taxas de exportação era mais amplo do que o sobre impostos ou taxas em geral.

subsequentes, com o diferencial de, na de 1988, a matéria ser estadual.

4. CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com a queda do Estado Novo e a convocação de nova Constituinte, voltou-se a elaborar democraticamente uma Constituição no país. A Constituição Federal de 1946 continuou a tendência de expansão das previsões constitucionais acerca da intervenção estatal.

A repartição de competências, além de reproduzir inúmeras atribuições preexistentes, atribuiu à União a possibilidade de organizar a defesa permanente contra os efeitos das inundações. Do ponto de vista legislativo, foi aquinhoada com a competência para legislar normas gerais de direito financeiro (art. 5º, XV, "b") – o que englobava à época tanto o orçamento público quanto matérias hoje afetas ao direito tributário[11].

A Ordem Econômica e Social manteve muitas das disposições existentes desde 1934, acrescentando outras, como a determinação de que a lei deveria reprimir "toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros" (art. 148). Esse artigo, que, com pequenas alterações, está presente até hoje na ordem constitucional (CF/88, art. 173, §4º), lançava as bases para a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE).

Buscando desenvolver diferentes regiões do país, a Constituição determinava a criação de estabelecimentos de crédito especializado de amparo à lavoura e à pecuniária (art. 150), bem como dispunha sobre a execução de um "plano de valorização da Amazônia", por pelo menos 20 anos, executado pela União, mas com recursos reunidos através da reserva de três por cento das rendas tributárias da União e

11 Tanto a Lei nº 4.320/64, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro, quanto a Lei nº 5.172/66, o Código Tributário Nacional, proclamam em seus artigos iniciais haurir fundamento no art. 5º, XV, "b" da Constituição.

dos estados e territórios federais da região (art. 199). A Constituição prescrevia também à União traçar e executar um "plano de aproveitamento total das possibilidades econômicas do rio São Francisco e seus afluentes", também por pelo menos 20 anos e com reserva mínima de um por cento de suas rendas tributárias (art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A Constituição estipulava, ainda, que a lei deveria facilitar a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas, com preferência para os nacionais e, dentre eles, para os habitantes das zonas empobrecidas e para os desempregados. Nesse diapasão, determinava-se que os estados assegurassem aos posseiros com morada habitual de terras devolutas preferência para a aquisição de até vinte e cinco hectares (art. 156).

Pode-se destacar, ainda, a inclusão da possibilidade de desapropriação por interesse social, ampliando o escopo das possibilidades de incorporação de imóveis ao patrimônio público (art. 141, §16).

O artigo 157, sobre legislação do trabalho e previdência social, vai na mesma toada da conservação com acréscimos. Dentre novas previsões constitucionais, podem-se destacar a "participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar" (IV); "assistência ao desempregado" (XV); "obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho" (XVII).

Verifica-se uma grande mudança em relação à Constituição pretérita, uma vez que agora reconhecia-se o direito de greve, o qual seria regulado por lei (art. 158). A Justiça do Trabalho, pela primeira vez, foi prevista no capítulo relativo ao Poder Judiciário, sendo removido (apenas topograficamente) da Ordem Econômica e Social.

A atuação estatal no domínio socioeconômico deixou profundas marcas nas disposições constitucionais acerca da repartição de tributos. O imposto de exportação podia mais uma vez ter sido atribuído aos estados, os quais, findo o regime de 37, passaram também

a ter o poder de fato para decidir sobre sua incidência, mas os poderes da União sobre o imposto de importação foram ampliados através da previsão de que não seria necessária autorização orçamentária para que ele fosse cobrado (art. 141, §34). O governo federal, assim, poderia mais rapidamente reagir a cenários econômicos adversos, estimulando ou desestimulando a entrada de bens do país, a saída de capitais e o desenvolvimento da produção nacional.

O imposto criado durante o Estado Novo sobre operações na cadeia de produção, consumo, importação e exportação de carvão mineral, combustíveis e lubrificantes líquidos não só foi mantido, como também foi ampliado para combustíveis gasosos, minerais e energia elétrica. A União, assim, passou a deter capacidade para influir na produção, consumo, entrada e saída do país dessas fontes de energia e de riqueza extremamente estratégicos. A clara preponderância da função extrafiscal desse tributo é ainda mais exposta pela determinação de que a maior parte da renda resultante desse imposto sequer caberia à União: 60% do montante deveria ser entregue aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos da lei (art. 15, III e §2º).

O imposto de renda permaneceu de competência federal, mas originariamente 10% de sua arrecadação deveria ser entregue aos municípios, excluídos os das capitais, distribuído em partes iguais, sendo que ao menos metade do valor deveria ser aplicado em benefícios de ordem rural (art. 15, §4º). Com a Emenda Constitucional nº 5, elevou-se essa distribuição para 15% do valor arrecadado, o qual também seria entregue para os municípios de capitais. Além disso, aumentou-se o grau de minúcia – o que é forte indicativo de ao menos relativa inobservância da norma ou de polêmica sobre sua interpretação – sobre o termo "benefício de ordem rural", definindo-o como "todo o serviço que fôr instalado ou obra que fôr realizada com o objetivo de melhoria das condições econômicas, sociais, sanitárias ou culturais das populações das zonas rurais" (art. 15, §§ 5º e 6º).

Previu-se, também, mecanismo para que houvesse algum

equilíbrio na arrecadação entre estados e municípios, estabelecendo-se, no art. 20, que "Quando a arrecadação estadual de impostos, salvo a do imposto de exportação, exceder, em Município que não seja o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-á anualmente trinta por cento do excesso arrecadado"[12].

Pode-se mencionar, ainda, que o imposto territorial rural, durante suas idas e vindas, enquanto foi de competência municipal, não poderia incidir "sôbre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário" (art. 29, § ún., incluído pela Emenda Constitucional nº 5).

Por fim, deve-se destacar que o processo de elaboração da Constituição de 1946 lança luzes para a relação entre alteração do texto constitucional e intervenção estatal. Já se destacou em outros contextos como o Estado interventor leva a uma tendência à criação de instrumentos legislativos por parte do Executivo. A área econômica e social é muito dinâmica e requer instrumentos legislativos rápidos, a fim de que se possa adequadamente lidar com os diversos problemas que nela surgem. Assim, surgem pressões para criação de medidas como delegações legislativas, decretos-lei, medidas provisórias[13]. É de se supor que essa tendência a maior velocidade possa aparecer também em relação à legislação de nível constitucional.

Alterações constitucionais foram diferentemente reguladas entre a Constituição de 1824 e a de 1946; à medida que as Constituições sucediam-se e que a sociedade ficava mais dinâmica, menos tempo o processo de mudança demandava. A Constituição de 1824, para a alteração de "matéria constitucional", demandava a eleição de uma nova legislatura com procurações que conferissem aos eleitos especiais faculdades para a mudança proposta (arts. 174 a 178). A de 1891, por sua vez, exigia aprovação em três discussões por dois terços dos votos em cada Casa – isso só para a propositura, devendo-se repetir esses

12 Ainda que o cumprimento da disposição fosse gradativo, no prazo de dez anos a partir de 1948 (Art. 13, §2ª, III do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

13 Sobre o tema há ampla literatura estrangeira. Para uma análise detida do caso no Brasil – enfocando sobretudo os decretos e decretos-lei dos Anos 30 (*Cf.* SEELAENDER, s./d.)

requerimentos – no ano seguinte – para a votação (art. 90). A de 1934 tinha procedimentos distintos, a depender do conteúdo alterado, sendo necessárias votações em duas legislaturas seguidas ou em dois anos consecutivos, sendo que, neste caso, a aprovação por dois terços em uma das casas agilizava consideravelmente o processo (art. 178).

Durante os debates da Constituinte de 1946, Gustavo Capanema e Cristiano Machado apresentaram emenda ao projeto em discussão, propondo a possibilidade de aceleração no processo legislativo de emenda constitucional mediante a aprovação por dois terços dos membros de cada Casa. A justificativa dos constituintes era a seguinte

> A emenda admite a possibilidade de ser a Constituição reformada, em qualquer de suas disposições, independentemente do interstício parlamentar, tradicionalmente exigido pelo nosso direito constitucional, desde que pela reforma se pronunciem dois terços dos membros das duas Câmaras do Congresso Nacional.
>
> A rigidez do texto constitucional, nos têrmos tradicionais, já não é mais possível.
>
> Êsse texto vai ficar amplo demais; não regerá sómente as matérias estritamente constitucionais, mas um sem número de relações sociais, a que o direito antigo não se referia constitucionalmente. Essa amplitude diminuirá a densidade do texto; não pode deixar de torná-lo menos rígido.
>
> Além disso, não seria prudente, num mundo de tão rápidas e imprevistas mudanças, como o do nosso tempo, organizar juridicamente a Nação em têrmos incompatíveis com a própria natureza dessas mudanças. (ESPINOLA, 1952, p. 668-669)

Um mundo que passa por rápidas transformações, com um Estado que regula várias matérias novas, além daquelas tradicionalmente tidas como "constitucionais", matérias essas que podem demandar decisões rápidas, requer a possibilidade de alterações mais velozes do texto constitucional. O Estado interventor, portanto, também pode estar associado a uma maior flexibilização dos processos de alteração constitucional. Mas isso requer um cuidadoso estudo caso a caso, a fim de que se possa saber quando a flexibilização ocorre relacionada à atuação estatal no domínio socioeconômico ou quando

ela dá-se em virtude de outras razões políticas.

5. ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1964

5.1. "ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1964" COMO CATEGORIA

Optamos por traçar uma cronologia constitucional diferente da tradicional, pautada apenas nas datas de criação das Constituições Federais. Entendemos que a instauração do regime militar é uma ruptura jurídico-política tão intensa que não faz sentido falar de uma "ordem constitucional de 1946" após a deposição de João Goulart[14]. O novo regime representou a negação e o fim das promessas e propostas da Constituição de 1946, esvaziando sua normatividade. A Constituição de 1946, tal qual como concebida, i. e., como instrumento de uma república democrática, teve sua vigência encerrada junto com a Terceira República. A partir daí, o que houve foi apenas a existência formal de um documento que não vinculava o Estado – assim como não o vinculavam a Constituição de 1967 nem a Emenda nº 1 de 1969.

Não almejamos traçar um critério indiscutível sobre como dividir os períodos constitucionais do país, apenas lançamos mão de uma segmentação que entendemos ser mais funcional. Analisa-se melhor o período constitucional de 64 a 67 se ele for considerado parte de um *continuum* que vai até a redemocratização do que se ele é tido como a parte final de um período que se iniciou em 1946. Ou, em outras palavras, a ruptura político-jurídica ocorrida com a derrubada do Presidente Goulart é maior do que a havida com a promulgação da Constituição de 1967. A partir de 1964, o que prevaleceu foi um regime pautado na força, o qual ignorava, se assim considerasse conveniente, as prescrições constitucionais de então[15]. Um regime tão centrado na força que se permitiu criar o instrumento do "Ato Institucional", formalizando os descumprimentos dos comandos

14 No mesmo sentido, Bercovici (2011, p. 180), afirmando que a Constituição de 1946 "na prática, havia deixado de vigorar em 1º de abril de 1964".

15 Ainda que com variações, pois o período de 1964 a 1985 não é um bloco monolítico (PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p.57-8)

constitucionais e criando assim direito[16].

Além disso, o período a partir de 1964 caracterizou-se por uma verdadeira irregularidade dos processos de produção constitucional, a tal ponto que se chega a falar de uma "trajetória de acentuada confusão acerca dos critérios mediante os quais determinados conteúdos normativos assumem forma constitucional" (BARBOSA, 2012, p.161). Ocorreram alterações na Constituição do momento de tudo quanto era forma: atos institucionais[17], emendas constitucionais produzidas por um Congresso Nacional depurado de forças de oposição[18], nova Constituição[19] produzida por um Congresso Constituinte igualmente depurado e convocado por ato institucional[20], ato complementar[21], ato institucional ratificador de atos complementares que alteraram texto constitucional[22], ato institucional "disfarçado" de emenda constitucional[23], emenda constitucional tão ampla que por vezes é tida como uma nova Constituição[24]. Houve de tudo[25].

Além disso, por vezes pode-se detectar a existência de tensões entre os diversos instrumentos, tal qual o fato de emendas constitucionais incorporarem disposições de atos institucionais, "como em um reconhecimento tácito de que o instrumento 'revolucionário' não passava, de fato, de um meio inconstitucional de reformar a

16 Chegando-se a falar de um "momento constituinte contínuo" (CATTONI; PATRUS, 2016, p.179).

17 Atos Institucionais de 1 ao 17

18 Sob a vigência formal da Constituição de 46, as Emendas de 7 a 21; sob a vigência formal da Constituição de 67, as Emendas de 1 a 27.

19 Constituição Federal de 1967. Bercovici considera-a "uma outorga constitucional com uma passagem pelo Congresso Nacional, desfalcado pelas cassações de vários parlamentares opositores do regime, para efeitos de legitimação formal" (2011, p.180).

20 Ato Institucional nº 4/66.

21 Atos Complementares de 1 a 104.

22 Ato Institucional nº 6, art. 3º.

23 Emendas Constitucionais 1/69, 7/77 e 8/77. No mesmo sentido, tendo já anteriormente falado de "emendas à Constituição" que eram "outorgadas", mencionando essas três, BARBOSA, 2012, p. 139 e 161.

24 Emenda Constitucional nº 1/69.

25 Até mesmo a interpretação de que a cláusula de exclusão da apreciação judicial impediria a análise de constitucionalidade dos atos expedidos em execução dos atos institucionais – o que, como demonstrado (PAIXÃO; BARBOSA, 2008), permitiria que, na prática, qualquer decreto-lei alterasse a Constituição ou atos institucionais.

Constituição" (BARBOSA, 2012, p.161[26]. Ver também p.84). Pode-se também mencionar fato de o AI-6 ratificar mudanças no texto constitucional realizadas por atos complementares, acima exposto: a própria existência dessa ratificação demonstra que essas modificações eram, no mínimo, tidas como questionáveis, uma vez que, de outro modo, não haveria motivo para essa confirmação[27].

Uma das tônicas do período iniciado em 64, portanto, foi a alteração da ordem constitucional vigente quando necessário fosse e através dos mais variados expedientes. Isso, é claro, do ponto de vista estritamente formal – não faltaram atos do governo realizados à revelia de qualquer regulação jurídica, de perseguições políticas a tortura e execuções extrajudiciais.

Na literatura a respeito do período, os atos institucionais tendem a ser objeto de destaque de estudos, em virtude de cristalizarem o regime de força melhor do que qualquer outro instrumento; não bastasse seu conteúdo normativo, também eram acompanhados de declarações que proclamavam bombasticamente o poder constituinte do novo governo. Isso faz com que uma grande atenção seja dispensada a esses atos. Contudo, os demais instrumentos de produção de normas constitucionais devem ser analisados. Mesmo as emendas constitucionais de então não representam ruptura menor do que os atos institucionais[28], uma vez que elas foram criadas por um Congresso depurado e domado.

Já se escreveu sobre a complexidade dos Atos Institucionais e como alguns deles procuraram montar uma verdadeira "cadeia

26 Hipótese intrigante, mas o fato pode ter outras explicações, como uma disputa simbólica entre Congresso e Presidência da República, ou mesmo lapso ocorrido durante o processo legislativo.

27 Já foi destacado também o fato de uma emenda constitucional (a nº 11, de 1978) revogar os atos institucionais (BARBOSA, 2012, p.161). Isso, todavia, pode ser lido também como uma confirmação de paridade entre ambos os instrumentos, podendo ambos disporem sobre os mesmos conteúdos, vindo um a revogar o outro.

28 Pensar o contrário é adotar uma concepção extremamente formalista do direito, relevando-se o conteúdo e as circunstâncias de criação dessas emendas à Constituição. Sinal da ruptura e da diferença dessas emendas em relação àquelas instituídas antes da deposição de Goulart é a própria diferença de volume de produção: entre 1946 e março de 1964, foram criadas seis emendas, duas das quais para instituir e revogar o parlamentarismo; entre março de 1964 e 1967, o total foi de quinze.

narrativa", com os mais recentes apoiando-se em seus predecessores[29]. Da mesma forma, já elaboraram-se análises dos preâmbulos desses Atos, com muito proveito para a compreensão do que estava em jogo e de quais eram as manobras político-jurídicas realizadas em busca de maior legitimação (PAIXÃO, 2015, p.91-2). Vemos essas análises como extremamente úteis, e procuramos elaborar a partir delas.

A "cadeia narrativa" podia ser criativa a ponto de alterar a Constituição, emendando-a na prática, através de ato complementar que se legitimava com base em artigos de ato institucional[30]. E podia-se ir longe a ponto de disfarçar atos institucionais em emendas constitucionais, através de uma cuidadosa engenharia jurídica baseada em: autorização em ato institucional para o Executivo legislar sobre todas as matérias quando decretado o recesso parlamentar; ato complementar que decretara esse mesmo recesso; artigo constitucional que determinava que a elaboração de emendas à Constituição estava compreendida no processo legislativo. Desnecessário ressaltar que fora o governo que produzira o ato institucional e o ato complementar que davam lastro para que o próprio governo baixasse monocraticamente – tal qual fazia com atos institucionais – emendas constitucionais… entre essas emendas constitucionais monocráticas e os atos institucionais, portanto, não havia grande diferença. A questão era mais de nomenclatura, mas permitia o governo alterar monocraticamente a ordem constitucional, com um ato institucional "disfarçado", sem o ônus de recorrer formalmente a um ato institucional, mecanismo visto *per se* como ato de força. Dessa forma, deve ser vista com ressalvas a ideia de que o último ato institucional foi editado em 1969, com o nº 17. Com a maior sofisticação jurídica dos atos do regime, foram baixadas emendas constitucionais cujo processo de criação em nada diferia do dos atos institucionais, eis que impostas monocraticamente pelo Executivo: as ECs 1/69, 7/77 e 8/77.

A Emenda 1/69 é um ótimo exemplo da fluidez entre as formas constitucionais adotadas pelo regime: ela é uma emenda ampla que

29 A ponto de se tentar vincular a Constituinte de 87-88 aos atos do regime militar (PAIXÃO, 2014, p.439-48).

30 Ato Complementar nº 40/1969.

reescreve toda a Constituição; tão ampla que, por vezes, é considerada uma nova Constituição. Ao mesmo tempo, foi, no fundo um ato institucional "disfarçado" de emenda constitucional, uma vez que foi baixado pelo Executivo. A chefia do Executivo, aliás, era composta pela Junta Militar, no contexto do "golpe dentro do golpe", com o afastamento do vice Pedro Aleixo. Dessa forma, pode-se dizer que se trata de ato institucional com rótulo de emenda constitucional produzido num contexto de ruptura interna à ruptura de 1964[31].

A Emenda nº 7/77, por sua vez, demonstra tanto essa fluidez quanto a razão pela qual não faz muito sentido fazer a periodização constitucional envolvendo o regime militar apenas a partir de 67, devendo-se recuar seu marco inicial para 64. A EC nº 7 foi outro ato institucional disfarçado de emenda, tendo sido baixado pelo Executivo. E teve um objetivo muito parecido com o do Ato Institucional nº 2, de 1965: interferir profundamente no Judiciário, realizando importantes mudanças. Mesma finalidade, mesma criação monocrática pelo Executivo, mudando-se apenas o rótulo.

Em suma, o período iniciado em 64 é um com uma dinâmica constitucional própria e consideravelmente distinta da do anterior, iniciado em 46, razão pela qual optamos pelo corte temporal a partir de 64, não a partir de 67. Se ainda usamos o termo "constitucional", é não por entender que haveria real contenção do poder político pelo direito – assim como não houvera sob o Estado Novo –, mas pelo fato de normas constitucionais, ou normas equiparadas, como os atos institucionais, ainda serem, em alguma medida, o referencial dos debates jurídicos, com pretensão de superioridade hierárquica sobre o restante da legislação – ainda que elas fossem posteriormente ignoradas ou vilipendiadas. Por outro lado, utilizamos "ordem constitucional" não para descrever um sistema de todo coerente nem uma continuidade sem rupturas entre 1964-1988, mas para referenciar um conjunto normativo mais

31 O preâmbulo da Emenda nº 1, aliás, é um ótimo exemplo de "cadeia narrativa" (PAIXÃO, 2015, p.91-2), com remissão aos Atos Institucionais nº 5 e 16, Ato Complementar nº 38 e à Constituição Federal, tudo isso para justificar a razão de a Junta (AI-16) legislar (AI-5) emendando a Constituição (CF/67), considerando o fechamento do Congresso (AC-38).

amplo e variado que apenas um documento uno e formal denominado "Constituição"; nesse sentido, expressões como "ordem constitucional de 64", "regime constitucional de 64" e "ordenamento constitucional de 64" são intercambiáveis. (*Cf.* CHUERI; CÂMARA, 2015) Usamos "diploma constitucional" como expressão genérica que abrange os variados instrumentos utilizados para alterar as regras constitucionais então vigentes, como emendas constitucionais e atos institucionais.

5.2. DIPLOMAS CONSTITUCIONAIS ENTRE 1946 E 1967[32]

O regime militar iniciou intenso processo legiferante constitucional, alterando diversas disposições constitucionais mediante emendas constitucionais e atos institucionais. Em relação ao tema desse trabalho, alguns deles destacam-se ainda no período entre 64 e 67.

Existe a leitura de que as competências federais relacionadas ao campo na Constituição de 1988 têm sua origem não só no objetivo de promoção de reforma agrária nacional, mas também no de assegurar maior estabilidade ao país, historicamente marcado por conflitos fundiários e mortes no meio rural. A concomitância de políticas fundiárias discrepantes e a ausência de coordenação centralizada gerariam instabilidade política – além de contradições nas políticas social e agrícola (esta, mais "econômica") que se vinculam à política agrária. Um país onde estados e municípios podem atuar com liberdade no tema da reforma agrária, com a consequente possibilidade de grandes diferenças de regime entre seus territórios, é um país mais propício a instabilidades institucionais e conflitos no campo, com cada governo local virando um campo de acirrada disputa política sobre o tema, exacerbando-se os ânimos. Note-se que em relação ao caráter de maior instabilidade política, não é tão importante qual medida seria efetivamente adotada em cada ente (políticas mais, menos ou mesmo não voltadas à concretização do comando constitucional), mas sim o fato de discutir-se intensamente

32 Fazemos essa divisão em subtópicos exclusivamente para maior comodidade do leitor, em virtude da extensão que esse tópico acabou adquirindo, e não por pensarmos que ela seja necessária. A rigor, preferíamos um único texto relativo à "Ordem Constitucional de 1964", mas os casos de legislação na área de intervenção estatal são abundantes, levando a um texto muito mais extenso do que os demais, de modo que as circunstâncias nos levaram a assim proceder.

o tema com acirramento dos conflitos fundiários locais[33].

Essa busca por maior pacificação também explicaria a competência privativa da União para legislar sobre desapropriação: embora ela seja mais antiga, existindo ao menos desde o regime de 1934, sua manutenção explica-se mais recentemente também por conta dos conflitos fundiários. Evita-se, desse modo, grande discrepância de regimes de desapropriação ao longo do país. O mesmo explicaria os poderes que a Constituição de 1988 reserva à União para legislar sobre imposto territorial rural, ainda que sejam os municípios aqueles que ficarão com o produto da arrecadação: impostos também são uma forma de regular a propriedade, razão pela qual opta-se por um regime nacional, sem grandes diferenças geradoras de instabilidade política[34].

As fontes históricas parecem corroborar essa hipótese, sobretudo a Emenda Constitucional nº 10/1964. Ela baixou um verdadeiro "Pacote do Campo", com profundas alterações na regulação constitucional do tema. A emenda principiava alterando o art. 5º, criando uma nova competência para a União: legislar sobre "direito agrário", sem possibilidade de legislação suplementar ou complementar dos estados (art. 5º, XV, "a" e art. 6º)[35]. O governo federal, assim, era o único a normatizar a questão fundiária no país, havendo, portanto, legislação nacionalmente uniforme. Digna de nota foi a rapidez com que se legislou sobre esse tema complexo e delicado, sobretudo se considerarmos o contexto do Brasil da década de 1960: a Emenda Constitucional nº 10 data de 9 de novembro de 1964, sendo já em 30 do mesmo mês publicada a lei nº 4.504, o "Estatuto da Terra". Isso demonstra, é claro, que já havia um projeto anteriormente em andamento, tendo essa competência constitucional sido alterada para viabilizá-lo.

33 As hipóteses descritas nesse parágrafo foram levantadas em aula de Airton Seelaender na Universidade Federal de Santa Catarina, em 2010.

34 As hipóteses descritas nesse parágrafo foram levantadas em aula de Airton Seelaender na Universidade Federal de Santa Catarina, em 2010.

35 A Constituição de 34 previu competência da União para legislar sobre "normas fundamentais do direito rural", bem como do direito penitenciário (art. 5º, XIX, "c"), mas elas foram suprimidas na Carta de 37. A menção a direito penitenciário retornou na Constituição de 46 (art. 5º, XV, "b"), mas não a direito rural.

A repartição tributária também foi alterada. O imposto territorial rural, o qual principiara o regime constitucional de 1946 como sendo de competência estadual e fora posteriormente transferido com a Emenda nº 5/1961 para a esfera municipal, passou a ser de competência federal, de modo que agora haveria uma regulação nacionalmente homogênea. O produto da arrecadação, todavia, seria "entregue, na forma da lei, pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sôbre os quais incida a tributação" (art. 15, VII e § 9º).

Os artigos 147 e 156 da Constituição de 46 também foram modificados, instaurando-se desapropriação – de competência exclusiva da União – de propriedade rural mediante pagamento de títulos especiais da dívida pública, facilitando-se a concessão de terras públicas em grande volume no caso de execução de planos de colonização e ampliando-se a extensão de terra que poderia ser preferencialmente adquirida dos estados ou usucapida através da respectiva previsão constitucional.

A EC 10/64, portanto, promoveu uma profunda federalização dos temas ligados ao campo, ocorrida num ambiente interno de instabilidade política e acirramento de conflitos sociais e num contexto geopolítico mundial marcado pela Guerra Fria. Assim, o Executivo federal, ainda que não estivesse muito interessado em promover essas reformas em profundidade, teria o controle sobre elas em todo o território nacional, o que aumentaria tanto o seu próprio poder quanto a estabilidade na regulação e na execução do tema. Dessa forma, a hipótese de Seelaender sobre as razões do trato federal da matéria parece estar confirmada.

Dentre as inovações do regime, pode-se mencionar brevemente a Emenda nº 11/65, o qual acrescentou ao art. 157, relativo aos direitos trabalhistas, disposição até hoje existente, só que no Capítulo da Seguridade Social: "Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total". Detentora de mais detalhes, todavia, é a Emenda 18/65, criadora do "Sistema Tributário Nacional".

Deve-se destacar, antes de mais nada, que a partir dessa emenda os textos constitucionais passaram a ter um capítulo específico sobre sistema tributário, continuidade que se mantém até os dias de hoje. Até então, as disposições relativas à tributação localizavam-se sobretudo no capítulo referente à repartição constitucional de competências – uma vez que a "discriminação de rendas" é tradicionalmente tema sensível da matéria.

O Sistema Tributário Nacional reformulou a tributação do país, com importantes alterações ligadas à intervenção estatal. Após as tentativas iniciadas no Anteprojeto da Comissão do Itamaraty e o controle de fato exercido pelo Presidente da República durante o Estado Novo, foi afirmada a competência federal sobre o imposto de exportação. Igualmente criou-se uma competência federal relativa a um imposto sobre "operações de crédito, câmbio e seguro, e sôbre operações relativas a títulos e valôres imobiliários". Além de esses impostos serem fortemente relacionados a temas como política econômica e balança comercial, sua regulação especial demonstra sua forte função extrafiscal. Em relação a esses dois impostos, e também ao de exportação, que continuava sendo atribuição federal, o Executivo poderia "nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo dos impostos a que se refere êste artigo, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e de comércio exterior"[36]. Além disso, a receita líquida dos dois novos impostos de competência federal destinava-se "à formação de reservas monetárias, na forma da lei" (EC 18/1965, arts. 7º e 14).

Pode-se mencionar, ainda, uma regulação especial das concessões de serviços públicos federais, aos quais poderia ser concedida uma isenção geral, de observância obrigatória a estados e municípios, por meio de lei especial e "tendo em vista o interêsse comum" (EC 18/1965, art. 2º, §2º). Além disso, a emenda estendia à região amazônica "todos os incentivos fiscais, favores creditícios e demais vantagens concedidas pela legislação à Região Nordeste do Brasil" (EC 18/1965, art. 27), numa tentativa de fomento ao desenvolvimento regional.

36 Sobre intervenção estatal e flexibilização dos instrumentos legislativos, (*Cf.* SEELAENDER, s./d.).

Embora não tão rápido quanto no caso do "Pacote do Campo", logo seria publicada a lei regulamentadora da EC/18: menos de um ano depois, era criada a lei nº 5.172, o "Código Tributário Nacional".

5.3. CONSTITUIÇÃO DE 1967

Com a continuidade da ditadura, o Presidente Castello Branco decidiu por criar uma nova Constituição, a qual consolidaria o regime e incorporaria as mudanças realizadas. Nesse diapasão, foi baixado o AI-4, convocador de um Congresso Constituinte. Com os trabalhos deste, foi ultimada a Constituição Federal de 1967, a qual aumentou o volume das previsões constitucionais relativas à atuação no domínio socioeconômico.

A repartição federativa de competências demonstra-o logo no início do documento. Passou a ser formalmente prevista no rol de competências da União a de "estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento", bem como a de "estabelecer planos nacionais de educação e de saúde". Do mesmo modo, eram incorporadas competências para legislar sobre "execução da Constituição e dos serviços federais", direito marítimo[37] e "normas gerais sobre desportos".

A Ordem Econômica e Social teve importantes acréscimos. Antes de mais nada, seu primeiro artigo (art. 157), o qual, já desde 34, estabelecia os vetores a serem seguidos na concretização dos direitos constitucionais, foi reformulado e ampliado, ganhando diversos incisos, assumindo a estrutura que seria repetida e novamente ampliada pelo art. 170 da Constituição de 1988. O mesmo pode-se dizer do art. 160, referente ao regime das empresas concessionárias de serviços públicos.

Os parágrafos do artigo 157 dispunham sobre uma série de temas, inclusive a desapropriação especial para fins de reforma agrária. Foi, também, proibida a greve "nos serviços públicos e atividades

37 Matéria incluída ao lado de várias outras, inclusive direito aéreo. São necessárias ainda maiores pesquisas sobre o tema, mas parece que a inclusão desse termo foi motivada, dentre outros fatores, pela recriação da Justiça Federal pelo AI-2, sendo-lhe atribuída a competência para julgar "as questões de direito marítimo e de navegação, inclusive a aérea" (art. 105, §3º, "d" da Constituição de 46, com a redação conferida pelo art. 6º do AI-2).

essenciais, definidas em lei". Seus parágrafos 8º e 9º permitiam a intervenção no domínio econômico e a instauração de monopólios, "quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais". Para tanto, a União poderia estabelecer contribuições destinadas ao custeio dessas atividades, na forma da lei. Essa foi a primeira vez que foram constitucionalmente previstas as atuais contribuições de intervenção no domínio econômico.

Outro ponto de destaque é o art. 162, o primeiro a fazer referência expressa ao termo "petróleo", constitucionalizando o monopólio estatal do recurso – única modificação ocorrida no projeto enviado ao Congresso pelo Executivo, o qual resultou derrotado nesse ponto[38]. Em relação aos recursos minerais em geral, houve sensiva alteração, com o art. 161 realizando a abertura da exploração ao capital externo, contrariando a direção adotada pela legislação brasileira de 1934. O proprietário do solo perdeu a prioridade para exploração, mas passou a ter direito à participação nos resultados da lavra (BERCOVICI, 2011, p.180-1).

O artigo seguinte estabelecia que às empresas privadas competia preferencialmente, "com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas"–o Estado só exploraria diretamente atividade econômica "para suplementar a iniciativa privada". Se o fizesse, suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-iam pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações, enquanto a empresa pública que explorasse atividade não monopolizada ficaria sujeito ao regime tributário normal. Essa regulação encontra seu eco no art. 173 da atual Constituição, ainda que com importantes modificações, como a supressão da ideia de atuação estatal como atividade suplementar.

O art. 166 aprofundou a regulação constitucional sobre os meios de comunicação. Desde a Constituição de 1934 eles eram

38 Houve tentativa de inclusão no texto constitucional de monopólio federal sobre os minerais nucleares, mas a proposta foi rejeitada (BERCOVICI, 2011, p.180-181).

regulados no referente a sua nacionalização, mas a Constituição de 1967 ampliou essa normatização, inclusive prevendo a possibilidade de lei estabelecer mais condições para a organização e o funcionamento dos meios de comunicação em massa. Essa expansão seria em muito ampliada na Constituição de 88, criando-se todo um capítulo sobre o tema – o "Da Comunicação Social".

O mesmo ocorreu com a educação, a qual passou a ser regulada com mais detalhes em 67 (art. 168 a 171), com várias disposições, como exigência de concurso público para os cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior públicos e o dever de o Poder Público incentivar a pesquisa científica e tecnológica. Essa expansão também seria em muito ampliada na Constituição atual, criando-se a longa seção "Da Educação", do Capítulo "Da Educação, da Cultura e do Desporto".

Os direitos trabalhistas foram formalmente ampliados na Constituição de 1967 – o que está longe de significar que eles necessariamente eram observados. Arrolados na Título da Ordem Econômica e Social (art. 158), eles incluíam algumas novidades como salário-família, "integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos" e "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente". Houve também, mesmo no plano formal, retrocesso, proibindo-se o trabalho apenas aos menores de doze anos – e não aos menores de quatorze, como acontecia, constitucionalmente, ao menos desde 1934[39]. Aparentemente, não escandalizava ao governo esse retrocesso de mais de 30 anos, de uma geração.

O §2º do artigo previa que as contribuições da União ao regime da previdência seriam obtidas "mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei".

39 Com precedentes ao menos desde de 1932, ano do decreto nº 22.042, o qual proibia, nas indústrias, o trabalho dos menores de quatorze anos, salvo algumas exceções.

O mesmo governo que perseguia dirigentes sindicais elaborava uma Constituição que formalmente proclamava a livre associação profissional ou sindical, sendo obrigatório o voto nas eleições sindicais (art. 159). No rol dos direitos trabalhistas, era afirmado o direito a greve, salvo no caso do serviço público e dos serviços declarados em lei como essenciais (art. 158, XXI).

Não são verificadas grandes variações nos aspectos tributários, até porque o Sistema Tributário Nacional fora instaurado pela EC 18/65 havia pouco mais de ano. Houve inovação, todavia, na regência dos impostos sobre importação, exportação e "operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários". Decreto poderia agora, nas condições e limites estabelecidos por lei, dispor não só sobre suas alíquotas, mas também sobre suas bases de cálculo, "a fim de ajustá-los aos objetivos da política Cambial e de comércio exterior, ou de política monetária" (art. 22, §2º). A União, assim, ganhava mais uma ferramenta para rapidamente reagir a cenários econômicos adversos. Não foi repetida a obrigatoriedade de as receitas líquidas dos impostos de exportação e operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários serem destinadas à formação de reservas monetárias, sendo tal medida agora uma faculdade que podia ser instituída por lei (art. 22, §3º). Além disso, ampliou-se a previsão acerca de isenções, podendo a União concedê-las sobre tributos estaduais ou municipais não só no caso de concessão de serviços, mas de modo geral, via lei complementar quando houvesse "relevante interesse social ou econômico nacional" (art. 20, §2º).

5.4. DIPLOMAS CONSTITUCIONAIS ENTRE 1967 E 1969

Com a instauração do AI-5, o regime demonstrou que poderia voltar a lançar mão dos atos institucionais mesmo após a criação da Constituição de 67. A partir daquele ato institucional, foram expedidos alguns atos complementares que chegaram mesmo a alterar o conteúdo da Constituição. Estes foram expressamente convalidados pelo AI-6, o qual afirmava em seu art. 3º que ficavam "ratificadas as Emendas Constitucionais feitas por Atos Complementares

subseqüentes ao Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968", o que abrangia os atos complementares de número 38 ao 45.

Dentre eles, o mais diretamente relacionado à intervenção estatal era o de número 45. Este dispunha que a aquisição de propriedade rural no território nacional só poderia ser feita por brasileiro ou por estrangeiro residente no país, devendo lei especial regular a matéria tendo em vista "a defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade"–o que evidencia a sensibilidade política do tema da propriedade rural, conforme a hipótese de Airton Seelaender já aventada. O Ato Complementar nº 45 foi incorporado ao texto constitucional através da EC 1/69, no art. 153, §34.

5.5. EMENDA Nº 1/69

A Emenda 1 de 69 realizou várias modificações na Constituição, algumas também referentes à intervenção estatal de forma mais direta. Ao lado de matérias como direito marítimo e aeronáutico, declarou-se a competência da União para legislar sobre "direito espacial"[40] (art. 8º, XVII, "b"). Na Ordem Econômica e Social, realizaram-se algumas alterações no regime da desapropriação especial da propriedade rural (art. 161), além de ser criado o art. 172. Este previa que a lei regularia "mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades", sendo que o "mau uso da terra" impediria "o proprietário de receber incentivos e auxílios do Govêrno". Trata-se da primeira disposição constitucional a lidar diretamente com o meio ambiente, a origem da tutela constitucional do meio ambiente, a qual em 88 ganharia corpo no capítulo "Do Meio Ambiente", cujo art. 225 é central para o direito ambiental brasileiro.

Quanto aos direitos trabalhistas, não foram realizadas modificações substanciais, ao contrário da área tributária. Foi criado um imposto sobre produtos industrializados, de competência da União. Tal quais os impostos de exportação e de importação, ele poderia ter

40 O qual muito provavelmente já estava anteriormente incluído no "direito aéreo"; ainda assim, essa alteração demonstra pretensões de legislação mais especializada nessa área, a qual pode envolver tanto comunicações quanto transporte.

suas alíquotas e bases de cálculo alteradas pelo Executivo, dentro dos limites e condições estabelecidos em lei. O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, por sua vez, perdeu essa faculdade de ajustamento pelo Executivo. Tanto este imposto quanto o de exportação poderiam ter suas receitas destinadas por lei tanto para a acumulação de reservas monetárias quanto para a formação "de capital para financiamento de programa de desenvolvimento econômico" (art. 21).

O art. 21, em seu §2º, I, também incorporou ao capítulo relativo ao Sistema Tributário as disposições sobre criação de contribuições federais tendo em vista a "intervenção no domínio econômico e o interêsse da previdência social ou de categorias profissionais", tal qual ocorre na atual Constituição. A essas contribuições também foi atribuída a possibilidade de alteração de alíquotas ou bases de cálculo mediante ato do Executivo, dentro dos limites e condições estabelecidos por lei.

5.6. EMENDAS CONSTITUCIONAIS ENTRE 1969 E 1985

A EC 1/69 consolidou várias alterações realizadas pelo regime militar, mas estava longe de significar o fim da legislação constitucional do regime. Podem não ter sido mais editados atos institucionais, mas após ela ainda foram criadas 26 emendas – dentre elas, as de números 7 e 8, que eram verdadeiros atos institucionais "disfarçados". A maioria das emendas pós EC 1/69 – como muitos dos diplomas constitucionais anteriores a ela – versavam ou sobre direito eleitoral ou agentes do Estado civis ou militares, de modo que não há muito o que se mencionar em relação à intervenção estatal.

Pode ser destacada a EC 8/77, alteradora de disposições tributárias, permitindo inclusive a cobrança de tributos criados ou majorados por lei do mesmo exercício financeiro caso houvesse indicação especial em lei complementar. Da mesma forma pode ser destacada a EC 23/83, também alteradora de disposições tributárias, modificando ligeiramente a contribuição de melhoria, a qual se limitaria agora apenas à despesa realizada, disposição essa que seria

alterada pela Constituinte de 1987-8.

Com repercussões mais diretas sobre o regime constitucional atual, pode-se mencionar a EC 18/81, que prevê, dentre os direitos trabalhistas, aposentadoria especial para professores (art. 165, XX), previsão repetida no texto originário da Constituição de 88 (art. 40, III, "b"). Especial destaque tem a EC 12/78, a qual assegurava "aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica" através de uma série de direitos, cujos ecos fazem-se ouvir em diferentes dispositivos da Constituição de 1988: os arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, §4º, I; 201, §1º; 203, IV e V; 208, III; 227, §1º, II e §2º; 244.

6. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o declínio do regime militar e o avanço da transição política, foram aumentando as pressões para a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, o que finalmente ocorreu com a EC 26/85. A Constituinte de 1987-8 foi experiência ímpar no país, com grande participação popular. Sua obra, a Constituição de 1988, contém todo um projeto de nação, o qual prevê intensa atuação estatal para a superação das diversas formas de desigualdade da sociedade brasileira e da condição de subdesenvolvimento do país. (*Cf.* BERCOVICI, 2011, p. 208 e ss.)

A Constituição de 88 tem uma configuração interna sensivelmente diferente das predecessoras: os direitos individuais localizam-se logo no início do documento, não mais após as disposições relativas ao Estado; os direitos sociais encontram-se logo após os individuais, não mais no capítulo acerca da Ordem Econômica e Social; as disposições acerca da organização do Estado surgem apenas depois as declarações de direitos individuais, sociais e políticos, o que tem forte mensagem simbólica; o Sistema Tributário Nacional encontra-se apartado da repartição de competências federativas; a Ordem Econômica e Financeira foi consideravelmente ampliada, sendo separada da Ordem Social; esta, por sua vez, passa a englobar matérias antes apartadas da "Ordem Econômica e Social", como saúde, educação e família, além de várias outras.

Cada um dos eixos abordados nesse trabalho – repartição federativa de competências, Ordem Econômica e Social (cada uma dessas duas constituindo agora um título próprio), direitos sociais e tributação – foi consideravelmente ampliado em sua regulação constitucional, com profundas repercussões. Como trata-se de direito em grande parte ainda vigente, não entraremos em minúcias; dedicaremos, não obstante, alguma atenção à Ordem Econômica.

Esta foi consideravelmente ampliada, com aprofundamento de muitos dispositivos – um bom número deles oriundos não da ordem constitucional de 64, mas de muito antes: a Constituição de 34. Esse é o caso dos referentes à Ordem Econômica de modo geral, concessões de serviços públicos, riquezas naturais, dentre outros. A Constituição de 88 possui uma regulação muito mais extensa da reforma agrária, a qual ainda é de competência federal – indicando uma aposta na unidade do tema agora como instrumento de realização de uma reforma agrária efetiva. Além disso, foi criado todo um capítulo relativo à política urbana, desdobramento de um país que rapidamente urbanizara-se e enfrentava problemas de moradia nas cidades[41]. Foi criado, também, um capítulo sobre o Sistema Financeiro Nacional, o qual previa a valorização das empresas sob controle de capital nacional, numa tentativa de afirmação de soberania econômica e de internalização dos centros de decisão econômica (BERCOVICI, 2011).

Mudança substancial verifica-se na regulação dos meios de comunicação: enquanto as disposições acerca da "Ordem Econômica e Social" constituíam uma única seção, essa regulação era mais próxima à "Ordem Econômica", constituindo-se em mais uma previsão dentre tantas outras sobre nacionalização de algum ativo considerado relevante. A Constituinte, todavia, lidou com o tema a partir de uma nova abordagem, a qual mantinha as previsões anteriores, mas agregava-lhes

41 Desdobramentos do combate a esses problemas podem ser encontrados nas ECs nº 26/2000 e 90/2015, as quais incorporaram ao art. 6º, respectivamente, previsão aos direitos à "moradia" e ao "transporte". Outros desdobramentos são localizados também nas atuais demandas por um "direito à cidade"–que foram mesmo o estopim para as chamadas Jornadas de Junho em 2013, as quais desencadearam uma série de desdobramentos então imprevisíveis e que resultaram, dentre outras coisas, na EC nº 95, instituidora do teto dos gastos públicos.

uma série de disposições relativas a sua operação numa sociedade democrática. Algo parecido pode ser dito, aparentemente, das disposições sobre meio ambiente: seu antecessor mais próximo encontrava-se, na EC 1/69, localizado nas disposições referentes ao campo; já o art. 225 da atual Constituição, com extensa regulação sobre o meio ambiente, localiza-se atualmente na Ordem Social – o que evidencia uma valorização do tema não ligada apenas ao seu aspecto econômico.

Pode-se mencionar, ainda, o capítulo "Da Seguridade Social", o qual foi emancipado das disposições referentes aos direitos sociais e incorporado à "Ordem Social". Deve-se destacar, ainda, o fato de as disposições relativas à educação e à cultura, bem como as referentes à família, terem sido pela primeira vez incorporadas ao título "Da Ordem Social", em vez de constituírem títulos próprios. Isso se trata de inovação ocorrida ao longo dos trabalhos constituintes, uma vez que a divisão inicial das comissões e subcomissões da Assembleia lembrava mais a divisão até então existente no Direito Constitucional brasileiro[42]. Essa alteração na ordenação interna das matérias representa uma

42 "As comissões temáticas, e respectivas subcomissões, foram as seguintes: I) Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; I-A) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; I-B) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; I-C) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; II) Comissão da Organização do Estado; II-A) Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; II-B) Subcomissão dos Estados, II-C) Subcomissão dos Municípios e Regiões; III) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; III-A) Subcomissão do Poder Legislativo; III-B) Subcomissão do Poder Executivo; III-C) Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; IV) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; IV-A) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; IV-B) Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; IV-C) Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; V) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; V-A) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas; V-B) Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; V-C) Subcomissão do Sistema Financeiro; VI) Comissão da Ordem Econômica; VI-A) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; VI-B) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; VI-C) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; VII) Comissão da Ordem Social; VII-A) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; VII-B) Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente; VII-C) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias; VIII) Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes; VIII-A) Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; VIII-B) Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; VIII-C) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso" (NOGUEIRA, 2010).
Essa divisão inicial das divisões temáticas da Assembleia Constituinte é de grande interesse, por apresentar-se como um meio termo entre o modelo de organização constitucional até então existente e o modelo da Constituição de 1988, apresentando ora rupturas (como a criação de uma "Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais" localizada antes da "Comissão da Organização do Estado"), ora continuidades (como a criação de uma "Subcomissão dos Direi-

ruptura parcial com uma estruturação interna que, no plano do direito positivo, existia desde 1934, originado na Constituição de Weimar e transmitido mediante o Anteprojeto da Comissão do Itamaraty. Certas continuidades na intervenção estatal, como pode-se ver, iniciaram-se externamente ao Brasil e anteriormente à própria Constituição de 1934.

7. CONCLUSÃO

O estudo comparativo dos textos constitucionais permite chegar a algumas conclusões.

Em grande medida, a expansão de competências federais a partir da Constituição de 1934 está relacionada à atuação estatal no domínio socioeconômico. De documento em documento, a União passou a receber novas atribuições, num processo de evidente continuidade. Essa expansão de atribuições ocorreu também em outros campos por conta de outros fatores, como no caso da unificação do direito processual e do direito eleitoral, mas a intervenção estatal foi grande motor para aumento dos poderes federais.

Existem, também, claras continuidades no que toca aos capítulos referentes às atuais Ordens Econômica e Social: de Constituição em Constituição, suas disposições foram, de modo geral, sendo reproduzidas e detalhadas, ainda que com modificações. A semelhança é tão grande que facilmente reconhece-se na Constituição de 1934 o gérmen do desenho geral da Constituição atualmente vigente, este muito mais amplo, aprofundado e diversificado ao longo de todo o documento.

Essa continuidade pode ser encontrada, ao longo das diversas Constituições, em diversos temas: princípios da Ordem Econômica; concessão de serviços públicos; radiodifusão; saúde; educação; família; direitos sociais, inclusive disposições sobre sindicatos e previdência; justiça trabalhista; riquezas minerais e quedas d'água; redistribuição de terras, primeiro com usucapião especial, depois também com desapropriação

tos dos Trabalhadores e Servidores Públicos" inserida numa "Comissão da Ordem Social", ou a já mencionada existência de uma "Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes" em paralelo a uma "Comissão da Ordem Social", não inserindo-se nesta).

para fins de reforma agrária; exploração de atividade econômica pelo Estado; surgimento de tributos ou flexibilizações em seu regime jurídico relacionadas à intervenção estatal (ou, em outros termos, às funções extrafiscais). A lista de continuidades é ampla, e elas estão presentes nos mais diversos títulos e capítulos da atual Constituição, não só nos especificamente relacionados às Ordens Econômica e Social.

Esse encadeamento de disposições, com aprofundamento e expansão, de uma Constituição para a outra contrasta com a grande alternância de orientação democrática entre um documento e outro, transitando-se da democracia para o autoritarismo e vice-versa. Essa permanência demonstra a orientação de tendência nacionalista dos distintos regimes, os quais, a despeito de suas muitas diferenças, empenharam-se, de modo geral, em ampliar o trato nacional das questões políticas. Essa atuação estatal executada sob condições tão diversas e com diferentes nuances atesta, também, que há mais de um modo de se fazer as mesmas coisas, cada qual com suas consequências, as quais podem ser piores ou melhores. Lembremo-nos disso ao lidar com o tema da intervenção estatal no dia a dia, permitindo-nos ficar abertos às diferentes gradações e opções que se apresentarem ao longo do debate, sem apelar a grandes fórmulas prontas, superficiais e simplificadores a respeito do que seria a solução dos problemas do país.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*: Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira*: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo, Quartier Latin, 2011.

_____. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do Direito em Perspectiva*: Do Antigo Regime à Modernidade. 1. ed., 4. reimpr.. Curitiba: Juruá, 2012, p.375-414.

CAMPOS, Francisco. Entrevista ao "Correio da Manhã" do Rio de Janeiro em 3 de mar-

ço de 1945. In: PORTO, Walter Costa. *1937*. Brasília: Senado Federal, 2012, p.31-40.

CATTONI, Marcelo. PATRUS, Rafael D. Constituição e Poder Constituinte no Brasil pós-1964: O processo de constitucionalização brasileiro entre "transição e ruptura". *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 45, 2016, p. 171-191.

CHAVES, Antônio. Contribuição de melhoria. Apanhado geral do decreto-lei n.195, de 24-2-1967. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo*, v. 64, 1969, p.63-72.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem Constitucional: Engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, Vol. 95, 2015, p. 259-288

ESPINOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (18 de setembro de 1946). 2. vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HOCHHEIM, Bruno Arthur. *Federalismo, Centralização e Intervenção Estatal*: Os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933). 2017. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

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

NOGUEIRA, André Magalhães. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. In: ABREU, Alzira Alves de et al (coords.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituinte-de-1987-88>

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, Democracia e Poder Constituinte no Brasil: Disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini*: per la storia del pensiero giuridico moderno, Florença, v. 1, n. 43, p.415-458, 2014.

_____. Direito, Política, Autoritarismo e Democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria*: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Sevilla, v. 26, n. 13, p.146-169, 2011.

_____. Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile. *Giornale di Storia Costituzionale/journal Of Constitutional History*, Macerata, v. 2, n. 30, p.89-105, dez. 2015.

_____; BARBOSA, Leonardo. A Memória do Direito na Ditadura Militar: A cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, p. 57-78 jan.-dez. 2008.

SEELAENDER. Airton Cerqueira-Leite. Pondo os Pobres no seu Lugar: Igualdade Constitucional e Intervencionismo Segregador na Primeira República. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.), *Diálogos Constitucionais*: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-26.

_____. *Zwischen Gesetzeskraft und Verfassungwidrigkeit* (no prelo).

DIREITO, DESCONSTRUÇÃO E JUSTIÇA / UM MÍNIMO DE LIBERDADE

Alexandre Araújo Costa

Ricardo Martins Spindola Diniz

A – O DIREITO CONSTRUÍDO

Os jusnaturalismos partem da ideia de que o direito positivo só é válido na medida em que pode ser compatibilizado com uma ordem natural, composta por direitos, deveres valores intrinsecamente justos[1]. Essa ordem primordial tem vários nomes: *cosmos, tao*, *dharma*, conceitos que apontam para a existência de uma estrutura permanente, por trás dos voláteis fatos do

"Direito, Desconstrução e Justiça" foi originalmente publicado em 2007, no primeiro volume da *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, que há anos saiu do ar. Como a data deixa entrever, o Prof. Alexandre Araújo Costa publicou esse texto

1 Esse início do texto foi um dos pontos mais alterados com relação à versão original, de mais de dez anos atrás. Nesse meio tempo, me convenci de que usamos a ideia de "norma" de uma forma demasiadamente vaga, para indicar qualquer elemento deôntico, o que é inadequado e gera várias imprecisões. Creio que norma deve ser entendido apenas no sentido de "enunciado normativo", e que levar isso às últimas consequências exige reconhecer que o direito clássico não era um discurso "normativo", mas sim um discurso "deôntico", centrado na afirmação de direitos e deveres. Somente com Kelsen é que se consolida a noção de que a afirmação de direitos e deveres implica logicamente a afirmação de um enunciado normativo que os estabelece. Porém, parece-me equivocado usar esse paradigma normativista para redescrever concepções jurídicas que não são normativistas, como o jusnaturalismo presente no senso comum teórico dos juristas, que admitem a existência de "direitos naturais" inscritos na própria ordem do mundo, sem afirmar com isso que tais direitos decorrem de "enunciados normativos implícitos". O jusnaturalismo, ainda dominante, é uma concepção sobre direitos, e não sobre normas. O costume também não forma enunciados, mas práticas que podem ser compreendidas como exercício de direitos e deveres implícitos nas interações sociais. A exigência lógica de que, por trás de todo dever deve ser pressuposta uma norma, não me parece hoje uma teoria convincente, mas creio que não chegamos ainda ao ponto de dizer claramente que o normativismo é uma teoria moderna bastante problemática e pouco capaz de lidar com as complexidades efetivas das interações sociais mediadas por discursos deônticos. (AC).

mundo físico que habitamos.

Nossas culturas são permeadas pela ideia de que nossas ordens políticas somente podem ser justas e estáveis na medida em que sejam um espelho de uma ordem natural cuja ruptura necessariamente conduz ao desastre. A ordem natural é a verdadeira *lei* e os comandos emitidos pelos governantes (que modernamente chamamos de *leis*) tem por função garantir que as pessoas atuem em conformidade a essa ordem, impondo os deveres e punindo as injustiças.

Governar em função dos próprios interesses, e não pela justiça, era a marca dos tiranos. E a tirania depende de um grau de concentração de poder que é difícil de ser conservado, pois abre margem para que outros pretendentes a governante se apresentem como os verdadeiros defensores da ordem.

Além disso, o exercício criativo da legislação sempre foi percebidos como um risco para o tecido social. Por um lado, ele depende de um arriscado grau de concentração. Por outro, leis muito originais podem estabelecer situações inaceitáveis e, com isso, estimular a ruptura da ordem política. Não devemos perder de vista que, antes da modernidade, não era função dos governantes legislar sobre a ordem social no ano em que *Força de Lei* ganhou tradução para a língua portuguesa pelo mercado editorial brasileiro. Não à toa, é a esse contexto que Alexandre faz referência ao projetar no texto como que uma sua intenção autoral: "Contra essa tendência hegemônica de separar direito e violência e de buscar fundar o direito na justiça, o filósofo Jacques Derrida escreveu o livro *Força de lei*". Interpretativamente é questionável enquadrar qualquer texto assinado ao final ou encabeçado ao seu começo pelo nome Jacques Derrida como "livro". Factualmente, trata-se de uma contextualização equivocada – e que, ao meu ver, indicam que mesmo autores cientes das operações de referência da máquina jurídica, (*Cf.* LEGENDRE, 1990) isto é, de enquadrar autorias e projetar intenções em todo e qualquer texto, eventualmente são vítimas de seu funcionamento extremamente efetivo – afinal, não parece haver maneira melhor de imperativamente

determinada pelos costumes: cabia aos governantes manter a ordem, e não modificá-la, sob o risco de perder a lealdade das oligarquias que a sustentam.

Em um contexto no qual a *legislação* não é um poder típico dos governantes, a imposição de novos deveres somente poderia ser justificada sob o argumento de que os novos comandos *realizam* a justiça. O *discurso justificador* da política sempre esteve entremeado pela ideia de justiça e o caráter mítico desse tipo de argumentação é percebido há muitos séculos.

Platão já colocava na boca do sofista Trasímaco a afirmação de que "a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte" (338c) e que, portanto, os valores entendidos como justos não são o fundamento da autoridade, mas uma decorrência das relações de poder. Essa postura sofística reduz a justiça a um tipo de argumento vazio e estimula a adoção de posturas estratégicas desvinculadas de um ideal objetivo de bem, que se opunha tanto ao conservadorismo tradicionalista dos *sábios* como ao racionalismo idealista de *filósofos* que defendiam que o agir humano deveria seguir um critério objetivo de Bem, em vez de se pautar pela tradição ou pelos interesses individuais.

Por isso, se Platão invocou tal amarrar um texto. *Força de lei* foi escrita como uma contribuição ao simpósio realizado entre 1 e 2 de outubro de 1989 na *Benjamin N. Cardozo School of Law* intitulado *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Como assinam Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld e David Gray Carlson na introdução ao volume resultante dos trabalhos daquele evento, as circunstâncias comuns a ambos dizem respeito à recepção americana da obra de Jacques Derrida, especialmente pelos departamentos de literatura e de Direito, no segundo caso no contexto do *Critical Legal Studies*. (1992, p. ix-x)

Exemplo da animosidade que circundava esse processo de recepção é a história compartilhada por Derrida na entrevista *Politics and Friendship*, editada em inglês por Elizabeth Rottenberg na obra *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*: "*I burst out laughing when I*

argumento foi apenas para refutá-lo, mediante a aproximação socrática entre justiça e virtude, que também se repete em Aristóteles e na tradição de matriz greco-romana. Tanto para sábios como para filósofos, a *legislação* carrega uma pretensão de justiça que vem sendo regularmente questionada por abordagens que se consideram realistas.

Derrida é um desses realistas. Um filósofo marcado pela sua concepção *desconstrutivista*, por sua capacidade ímpar de mostrar o caráter mítico dos pressupostos tradicionais. Quando Derrida foi chamado para falar sobre a Justiça, imagino que muitos dos seus ouvintes esperavam um discurso que retomasse Trasímaco e afirmasse o caráter ideológico de toda pretensão de objetividade. Imagino que eles esperavam um discurso semelhante ao que Kelsen realizou sobre a Justiça alguns anos antes: a indicação de que toda pretensão de justiça objetiva não passa de uma tentativa vazia de fundamentar valores absolutos. (KELSEN, 1998)

Também imagino a alegria de Derrida quando decidiu frustrar essa expectativa e apresentar uma espécie de *apologia desconstrutivista* da justiça. Em vez de afirmar que a justiça não existe, como faziam os positivistas, ele

read twice in the press (notably in the Wall Street Journal) that Allan Bloom, the author of The Closing of the American Mind, accused Foucault and me by name of a whole bunch of negative things in the United States, such as, for example, Judge Bork's failure and the destabilization of discussions about original intent in the Constitution. Then, after laughing – and judging – I said to myself, 'Of course!' Neither Foucault nor I nor any individual nor 'deconstruction' is responsible for the fact at the time of the hearings all those questions about original intent took on the proportions they did and led to those conclusions. We didn't produce those questions: they were produced by a general deconstruction where everyone asks himself, "What is original intent? What axiomatic ensures its authority? What interests serve this axiomatic? What is the meaning of the Constitution?' These questions are not the effect of a theoretical discourse, but, rather, they are theoretical or theoretico-political events

defendeu uma tese inusitada: a desconstrução da justiça não demonstraria a inutilidade desse velho conceito, mas viabilizaria a defesa da desconcertante tese de que a *justiça* pode (e deve) ser relida ela própria como uma forma de desconstrução. Mas ele não poderia falar isso no início de seu texto, pois era preciso primeiro criar a armadilha, era necessário reforçar a expectativa de que ele se alinharia aos sofistas, para reforçar o impacto de sua peculiar tese sobre a identidade entre justiça e desconstrução.

Imagino que é por isso que ele começa sua fala de forma cifrada, ganhando aos poucos a atenção do auditório e reforçando o caráter aporético de qualquer tentativa de afirmar um valor objetivo. A noção tradicional de justiça não merecia mesmo muito crédito e o início do texto se dedica a caracterizar os elementos místicos envolvidos em qualquer tentativa de fundamentação absoluta. Mas, em vez de voltar a Trasímaco, Derrida preferiu partir de uma tese filosófica que já tematizava explicitamente a questão das leis: a afirmação de Montaigne de que "as leis mantêm-se credíveis, não por serem justas, mas por serem leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm nenhum outro." Não lhe interessava apenas afirmar que a justiça era um fenômeno de poder, *that happened and that cannot be without relation to the work of Foucault and I, among others, took an interest in, the work whose interest command the attention (and not fortuitously) of so many people – work on intentionality, will to say, meaning and signification, the text, the concept of the author, the theory and limits to the theorization of speech acts, etc. None of these projects is a cause, but they are not accidents or isolatable epiphenomena, either. Between the constitutional debates over original intent (with their enormous direct or indirect stakes) and a certain state of genealogico--deconstructive research, there is a certain configurativity. To say that it's Foucault's or 'deconstruction's' fault is stupid; but to claim that there is no relationship and to be insensitive to this configuration would not be serious, either*." (2002, p. 197-198) A título de esclarecimento, a rejeição da nomeação de Robert Bork, então um dos mais eminentes juristas de

mas retomar a ideia de que existe um fundo místico-religioso nas crenças ligadas a uma justiça *absoluta*, o que lhe fez retomar a ideia de Pascal, no sentido de que "o costume faz a equidade, pela simples razão de ser recebido; tal é o fundamento místico de sua autoridade." (Cf. DERRIDA, 2007, p. 21)

Derrida percebe claramente que a justiça é utilizada para justificar a violência, mas que esse tipo de utilização não passa de um discurso mistificador. Essa é a tônica do discurso de Walter Benjamin, que estimulou a escrita da segunda parte do ensaio. Em suas reflexões sobre a violência, Benjamin esclarece que os discursos modernos e antigos buscam afirmar que a *violência* é um meio que pode ser justificado quando ele busca realizar *fins* justos. Enquanto *puro meio*, a violência não pode ser qualificada nem como justa, nem como injusta. Enquanto *puro fim*, a justiça objetiva é sempre utilizada como justificativa para a violência, mas Benjamin tinha dúvidas sinceras sobre a possibilidade de justificar *objetivamente* a violência com base em percepções individuais tão contingentes como as noções individuais ou coletivas de justiça.

Por outro lado, a impossibilidade da *violência legítima* significava tendência conservadora, para a Suprema Corte, aconteceu em 1987. (*Cf.* HODDER-WILLIAMS, 1988) Assim, e em suma, *Força de lei* é, portanto, uma espécie de esclarecimento e de resposta tanto aos críticos quanto aos leitores norte-americanos – talvez por isso, muito sugestivamente, Derrida a inicie se desculpando. Essa correção de uma escolha de palavras argumentavelmente ingênua de Alexandre se justifica porque a sua explicação suscita uma afinidade maior entre o esforço de seu texto e aquele de Jacques Derrida – na leitura que faço de *Direito, Desconstrução e Justiça* pelo menos, trata-se de um texto que busca desenvolver e destrinchar a contra-força de *Força de Lei* em face das categorias que estruturam a tradição jurídico-constitucional brasileira, preocupada e direcionada não tanto para debates tais quais aqueles entre originalistas e interpretativistas, quanto para as relações entre poder constituinte originário e poder

a impossibilidade de uma *revolução legítima*, que viesse instaurar situações de maior liberdade. Toda intervenção na ordem social é violenta, e negar a possibilidade de justificar *objetivamente* certas violências implicava a impossibilidade de defender posições políticas voltadas a tornar o mundo mais justo. Seria o relativismo valorativo necessariamente uma concepção paralisante? Os seguidores de Trasímaco tinham de conservadores guiados pela busca de estratégias individuais de poder. Seria o realismo necessariamente conservador?

O *historicismo* radical do século XX tornava difícil questionar Trasímaco. O *positivismo* não deixava margem para o que os filósofos cristãos chamavam de *recta ratio*: uma razão a serviço dos valores corretos. Na esteira de Hume, a razão tinha de ser reconhecida como um instrumento meramente instrumental e estratégico. Aparentemente, não havia mais lugar para as concepções clássicas de filosofia, que nunca assumiram claramente que suas noções de *ordem natural* eram determinada pelos *valores tradicionais*. A consciência histórica parecia ter fechado as portas da justiça, exceto como estratégia sofística de justificação retórica dos próprios interesses.

Mas será preciso abandonar o constituinte derivado, bem como a relação entre o texto constitucional de 1988 e a "tradição republicana" que o antecede, a apagar metodológica-mnemonicamente a questão quanto a relação entre 1988 e 1964, se de continuidade e concretização ou de ruptura.

Por esses motivos, assim, após convidar Alexandre para contribuir com esse volume, quem me sugeriu esse texto, dediquei-me ao esforço de retomá-lo no contexto de pensamento acerca dos 30 anos de experiência jurídica da Constituição Federal, articulando o conceito de "retomada" em sintonia para com quem introduziu essa categoria na linguagem filosófica, Martin Heidegger. Esse existencial é introduzido no contexto da constituição fundamental da historicidade, indicando a transmissão de uma possibilidade legada, por meio do qual o *Dasein* "escolhe seus heróis" – e é possível dizer, com o que Heidegger

conceito de justiça? Ainda existe algum espaço razoável para ressignificar a justiça, em vez de simplesmente afirmar o seu caráter vazio e retórico? Parece-me que esse é o esforço de Derrida nos dois ensaios que compõem o Força de Lei. Mas trata-se de um esforço muito arriscado. Sartre tentou algo semelhante em sua palestra na qual defendeu que "o existencialismo é um humanismo", tentando compatibilizar seu relativismo valorativo com o engajamento político progressista do partido comunista. (*Cf*. 1989) O resultado do esforço de Sartre me parece bem ruim: seu discurso teve de relativizar suas próprias concepções filósóficas e, mesmo assim, foi rejeitado duramente pelos comunistas a que o discurso se dirigia. Quando um filósofo deseja ser ao mesmo tempo *realista* e *progressista*, é difícil que ele consiga manter um discurso coerente. Mas o risco pode valer a pena para enfrentar a dura acusação que é dirigida aos relativistas: a de que eles são fatalmente conservadores, por negarem a possibilidade de um engajamento político orientado por critérios objetivos de justiça.

No caso de Derrida, a tentativa de enfrentar esse problema exigiu que ele tentasse redefinir a própria noção de justiça, desvinculando-a da ideia de bem. Tratava-se de pensar

quer designar por herói, que Alexandre seja um dos meus, com quem tive a oportunidade de ser aluno por um ano e trabalhar como seu monitor na disciplina de *Filosofia Política e Direito Constitucional* ofertada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília no primeiro semestre de 2018 –, controvertendo e respondendo ao passado a partir de um projeto decidido (HEIDEGGER, 2012, p. 478). Na explicação esclarecedora de Paul Ricoeur, por meio da retomada, abrem-se "possibilidades que passaram sem notícia, que foram abortadas, ou reprimidas no passado", abre-se o passado novamente "em direção ao porvir." (1990, p. 76) Ainda nesse sentido, a formatação do texto – ou, melhor dizendo, a decisão por deixar meu comentário às suas margens e as consequências daí advindas –, divergente dos demais textos desse volume em diversos aspectos, veio de uma conversa entre seu autor original e eu, na qual comentei

as possibilidades contemporâneas de justificar a violência com base nos ideais de justiça. Assim, Derrida é levado a dialogar não apenas com os *filósofos da ética,* mas a dialogar com aquelas pessoas que cotidianamente exercem a violência política justificada: os juristas. Creio que essa escolha ocorre especialmente porque a *filosofia política* da modernidade é uma filosofia jurídica: na modernidade, a explicação preponderante sobre a legitimidade política dá-se a partir do instituto jurídico do *contrato* celebrado entre *pessoas autônomas*.

A filosofia do direito geralmente admite que há uma relação necessária entre direito e força, mas ao mesmo tempo reconhece explicitamente que direito não pode ser fundado na violência. O poder puro e simples pode gerar *obediência*, mas é incapaz de gerar *dever*. Por mais que o medo da punição possa fazer com que as pessoas observem as normas impostas pelos governantes, a validade do direito não pode ser fundada no fato de ele ser *coativo*, mas somente no fato de ele ser *justo* (ou *legítimo*, o que é a mesma coisa nesse contexto).

Isso inverte os termos da tese de Trasímaco: não é a força que justifica a validade da norma, mas é a validade

práticas parecidas articuladas por Derrida em *Glas*, no prefácio à obra *Margens da filosofia*, e, especialmente, com Geoffrey Bennington, em *Jaques Derrida*, (1993) no qual o segundo se propôs a escrever um comentário introdutório e hermenêutico à obra de Derrida como um todo, com o interpretado comentando às margens o texto do intérprete, confrontando-se, aquiescendo e surpreendendo a sua teleologia. Não à toa, a obra carrega ou se divide em dois títulos, tal qual a presente contribuição que, por evidente, se inspirou nessa colaboração.

Em uma passagem particularmente curiosa da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen escreve que o Direito seria como o Rei Midas, "da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico." (1999, p. 194) Isso parece ser particularmente correto se se interpreta essa

da norma que justifica o uso da força, convertendo o que seria *violência* em um *exercício legítimo da autoridade*. Fundamentar o direito não significa *explicar* as razões da obediência, mas *justificar* o dever de obedecer, oferecendo critérios para diferenciar o *simples uso da força* do *uso legítimo da força*.

O instrumento conceitual normalmente usado para operar essa milagrosa transmutação de *violência* em *força legítima* é o recurso a padrões objetivos de justiça, pois somente a justiça pode servir como critério para diferenciar adequadamente o direito da mera imposição. Nessa medida, toda teoria jusnaturalista contém em si uma teoria da justiça, pois refere-se a um conjunto das regras e princípios *naturalmente justos*, os quais não pretendem estar apenas no mundo das ideias, mas realizar-se na prática como um direito natural válido e efetivo. Assim, ocorre que "o direito pretende exercer-se em nome da justiça e que a justiça exige instalar-se num direito que deve exercer-se (constituído e aplicado) pela força (*enforced*)." (DERRIDA, 2007, p. 37)

Portanto, a instituição de uma ordem jurídica nunca se afirma como um *ato de violência*, dado que a constituição de um sistema jurídico precisa colocação como a se referir à peculiar máquina de leitura em que todo e qualquer texto pode se ver submetido pela comunidade jurídica. O Direito parece absorver quaisquer tentativas de interpretá-lo de perspectivas que não a sua, na medida em que as submete a sua orientação prática, projetando consequências normativas, na mesma medida em que enfatiza nomes e conclusões na busca por configurar não só a teleologia, mas também a autoridade argumentativa do texto.

Em outras palavras, todo e qualquer texto – mas em especial, para a presente situação, textos filosóficos – é habilmente vertido em um punhado de verbetes judicias, ou, sempre já, a "melhor doutrina a respeito", o que se faz concomitantemente à transformação de autores em doutrinadores. *Força de lei* de Jacques Derrida não é uma exceção que foge a essa regra – muito embora, ironicamente, o texto possa

ser entendida como *exercício legítimo de poder*, realizado por uma autoridade que atua em nome da própria justiça. Não é por outro motivo que a teoria atualmente hegemônica acerca da instituição de ordens jurídicas é a que atribui *poder constituinte originário* ao povo, poder esse que não é propriamente jurídico (e sim jurígeno) e que é necessário descrever como exercício legítimo de uma autoridade absoluta: uma legitimidade que não pode ser derivada da lei, mas que precisa ser baseada em alguma espécie de direito natural (ou seja, na justiça).

Essa fundamentação filosófico-política do direito está na base inclusive do que comumente é chamado de *positivismo*, pois o normativismo positivista não nega a fundamentação jusnaturalista do poder, mas apenas recusa a possibilidade de se utilizar referências ao direito natural para fins de contestação da validade da ordem constitucional instituída. Portanto, o positivismo é tipicamente um jusnaturalismo disfarçado, na medida em que sua expressa limitação ao estudo do direito positivo válido oculta o fato de que a validade do direito que ele descreve é assentada sobre uma base jusnaturalista (mais especificamente, uma base jusracionalista vinculada começar a ser interpretado justamente como uma série de variações em torno a essa fuga.

No contexto brasileiro de sua interpretação jurídica, invariavelmente Derrida termina sendo apresentado como se fosse um dos pais-fundadores da Constituição Federal de 1988. (*Cf.* CHUERI, 2017, p. 27-30) Argumentavelmente, o texto de Alexandre se põe às margens dessa prática, como, talvez, um único e excepcional relapso interpretativo, resistente às convencionalidades da jurística. Ao invés de terminar forjando a assinatura de Derrida como a avalizar certas propostas jurídico-metodológicas, o texto se inicia explodindo as consequências da força (DERRIDA, 1990, p. 33-35) de *Força de lei*, de modo a alcançar os conceitos fundamentais da teoria constitucional brasileira. Eu gostaria de aproveitar, contudo, a posição desse comentário – e talvez não

às teorias contratualistas que estão na origem da própria idéia de poder constituinte originário).

Foi para se contrapor a essa tendência hegemônica de separar direito e violência e de buscar fundar o direito na justiça, o filósofo Jacques Derrida escreveu o livro *Força de lei*, que é composto por duas partes relativamente autônomas.

Na primeira, Derrida se inspira nas ideias de Montaigne e Pascal acerca do *fundamento místico da autoridade* para desconstruir as relações tradicionais entre direito e justiça, desestabilizando a possibilidade de se tentar buscar na justiça um fundamento para o direito positivo.

Na segunda parte, ele analisa criativamente um texto de Walter Benjamin chamado *Zur Kritik der Gewalt*, ou seja, Crítica da "Gewalt", que é uma palavra germânica usada para designar tanto *violência* quanto *poder legítimo*. Essa ambiguidade parece estimular Derrida porque ela tanto indica as relações viscerais entre direito e força quanto a oculta a violência imanente ao direito por trás de manto de uma legitimidade mítica. Assim, ela serve como *Leitmotiv* para um texto que, sob o pre-texto de avaliar um artigo do início da década de 1920, termina por haja nada mais essencial à literatura jurídica ocidental do que se apresentar como um comentário que se substitui, em catacreses disfarçadas de paráfrases, ao texto que comenta, muito embora a história da sua disposição, originalmente marginal, e posterior e paulatinamente tão ou mais central que o texto legal que o justifica inclusive economicamente, esteja ainda para ser escrita, de modo que a sensação de vertigem que se acomete ao leigo quando diante do resultado de uma interpretação jurídica em sua contraposição ao ponto de partida legal tenha também um paralelo material, o dos dispositivos legais e das páginas que se dedicam a sua explicitação – para ser mais fiel à letra que a intenção do texto, ainda que para tanto eu possa e, portanto, deva riscá-lo.

Na modernidade a origem de uma ordem jurídica não só nunca se afirma como um ato de violência. Ela sequer se apresenta como

realizar uma contundente análise das relações entre direito e violência.

B–DIREITO E JUSTIÇA

Segundo Derrida, o estilo desconstrutivista tem uma aplicabilidade muito rica no campo do direito, pois trata-se de um espaço no qual há muitas verdades mitológicas a serem desestabilizadas. Portanto, o desconstrutivismo pode aqui exercer o seu papel de maneira adequada, desestabilizando verdades cristaliza das, complicando as crenças estabelecidas e lembrando aos juristas os paradoxos sobre os quais se assentam seus discursos. Isso ocorre especialmente porque o direito se pretende válido, mas a autoridade das leis não tem qualquer fundamento, *não assenta senão no crédito que se lhes dá. Crê-se nelas, tal é o seu fundamento único. Este acto de fé não é um fundamento ontológico ou racional.* (DERRIDA, 2007, p. 22)

A busca de descrever o fundamento da autoridade termina por gerar discursos circulares, como um cachorro a correr atrás do próprio rabo: a lei vale porque gera dever e gera dever porque é valida. Então, deveríamos admitir desde logo que a autoridade da lei não pode apoiar-se senão em si mesma e que, portanto, o direito é *uma violência sem fundamento.* Mas isso não quer origem. O estado de natureza sempre já foi superado, restando ao fundo como um ponto de clausura hipotético do horizonte moderno que se absolutiza – um horizonte absoluto é com certeza um contrassenso, mas de todo operativo – e exige ser interpretado, juridicamente, como permanência absoluta.

Contemporaneamente, é a categoria de poder constituinte que articula essa efetiva queima-de-arquivo inerente à autoridade exclusionária e expansiva do direito moderno. Nas palavras de Derrida: "Parece que a lei nunca pode enquanto tal dar azo a qualquer história. Para ser investida com autoridade categorial, a lei precisa ser sem história, sem gêneses, ou qualquer possível derivação." (1991, p. 191)

O jurista, nesse contexto, seria, por definição, aquele que dá as costas à falta de fundamento do direito moderno, na mesma medida em que o opera enquadrando tecnologicamente

dizer que as leis são *injustas, no sentido de "ilegais" ou de "ilegítimas"*, dado que, em seu momento fundador, elas não são nem legais nem ilegais, pois nenhum discurso justificador pode e deve assegurar o papel de metalinguagem em relação à performatividade da linguagem instituinte ou a sua interpretação dominante.

O discurso encontra ali o seu limite: nele mesmo, no seu próprio poder performativo, o que faz com que exista um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque este silêncio não é exterior à linguagem. (DERRIDA, 2007, p. 24)

Existem autoridades instituídas que constroem discursos jurídicos que apresentam como legítimos, mas a validade desses discursos não pode ser fundamentada. Porém, como a autoridade dos discursos deve ser preservada, é necessário construir muros em volta da própria autoridade, para evitar o seu questionamento, já que não se pode se sustentar essa validade mitológica com base em argumentos objetivos. Portanto, o discurso fundamentador é um discurso que precisa ocultar o seu caráter místico, escamoteando o *fundamento místico da autoridade* de que falam Pascal e a existência. Por essa razão, a lei é sempre críptica, "isto é, ela é um segredo (...) que uma casta pretende possuir por delegação. O segredo é nada – e esse é o segredo que precisa ser bem guardado, nada nem presente nem apresentável, mas esse nada precisa ser bem guardado." (DERRIDA, 1991, p. 205)

Ao contrário do homem do campo, no texto de Kafka que empresta seu título a esse outro texto de Derrida, que olha de frente para o portão da lei, e na sua branquidão se vê diante da sua superficialidade – da dogmaticidade do direito, contraposta à sua interpretabilidade que invariavelmente vai reduzida ao final do processo, para evocar uma esquecida distinção de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006: p. 46-47) –, o porteiro, por estar de costas, conjectura a respeito de toda uma hierarquia que lhe precede e o fundamenta. Ao contrário do homem do campo, o guardião da lei

Montaigne (DERRIDA, 2007, p. 24). Não é a *justificação semântica*, mas a *vedação pragmática do questionamento*, que serve como apoio efetivo para as percepções sociais de legitimidade.

O próprio direito é historicamente fundado ("quer dizer, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis"), mas o seu fundamento último, "por definição, não é fundado" (porque tem caráter claramente mitológico). (2007, p. 25) Essas contradições e ocultamentos originais tornam o campo jurídico muito fértil para o estilo desconstrutivista, cuja principal função é justamente mostrar os paradoxos e desvelar as ocultações contidas nos discursos.

Esse caráter iconoclasta do desconstrutivismo faz com que os juristas tradicionais o percebam como uma postura inconsequente, na medida em que ataca a ordem instituída sem propor a sua substituição por uma ordem diversa e mais *justa*. Tal percepção torna-se ainda mais aguçada quando existe uma polarização do debate jurídico e político em torno de concepções contrapostas que se pretendem *fundadas na justiça*. E a situação torna-se ainda mais complexa quando, tal como ocorreu no século XX, as concepções hegemônicas contrapostas toma para si uma série de liberdades interpretativas que evocam e constituem sua proximidade para com ela.

Talvez se possa chamar essa estrutura, na esteira do que pioneiramente propôs Alexandre – articulando de maneira particularmente engenhosa uma proximidade que é explorada na fronteira das discussões sobre Kelsen, a exemplo de Lindahl (2002: p. 797-798) – ao aproximar Kelsen e Derrida – aproximação que, é importante dizer, causa desafios à narrativa que, fundamentando o direito na filosofia, propõe uma derivação da história do primeiro como que a partir daquela da segunda, ambas aproximadas pelo uso problemático do conceito de paradigma, (STRECK, 2014, p. 293) não só porque coloca em contato autores que, "paradigmaticamente", não o poderiam estar, mas também porque é Derrida quem denuncia que, fora da prática científica, e

eram variações da mesma matriz moderna, assentada em conceitos desconstrutíveis tais como propriedade, sujeito, igualdade, pessoa, consciência, vontade, liberdade.

Nesse contexto, o desconstrutivismo é tipicamente percebido como um niilismo, dado que, quando a credibilidade em um axioma é suspensa pela desconstrução, "pode sempre crer-se que não há mais lugar para a justiça, nem para a própria justiça, nem pa ra o interesse teórico que se orienta para os problemas da justiça" (DERRIDA, 2007: 34). Com isso, os pensadores que não se limitam a criticar apenas uma tentativa específica de fundamentação, mas atacam diretamente a própria fundamentabilidade do direito, são criticados pelos fundamentacionistas de todos os matizes, que formam a imensa maioria dos juristas.

O testemunho mais claro nesse sentido parece-me ser o oferecido por Kelsen acerca da recepção da sua teoria pura do direito, uma postura teórica mesmo nas distintas práticas que se organizam cientificamente, o uso do conceito mais esconde que tematiza a historicidade dessas práticas (2005a, p. 120, 128) – pelo nome de norma fundamental. Diante desse argumento, não poderia ser mais pertinente a metáfora proposta por Bert van Roermund. Com a paulatina cotidianização da perspectiva linear, originalmente introduzida pela pintura renascentista, a compreensão antecipativa do espaço como um contínuo organizado sistematicamente tem na noção de ponto de fuga o seu cerne. Segundo Roermund, a autoridade moderna se aproximaria da técnica da perspectiva linear de várias maneiras, sobretudo no que diz respeito a Kelsen, quanto ao ponto

2 Uma interpretação que consiga apreender a problemática apontada por Alexandre na primeira nota de rodapé desse texto me parece ser possível a partir da metafórica do ponto de fuga. De fato, a historicidade da categoria de norma parece escapar à apreensão, justamente em razão de sua generalização, motivada especialmente por seu uso retrospectivo, tal qual denunciado por Alexandre. De várias maneiras, o que parece regular esse uso é a mesma motivação historicista que permite Marx escrever, na introdução à Contribuição à crítica da economia política, o seguinte: "A sociedade burguesa é a organização histórica da produção mais desenvolvida, mais diferenciada. As categorias que exprimem suas condições, a compreensão de sua própria organização a tornam apta para abarcar a organização e as relações de produção de todas as formas de sociedade desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos se acha edificada e cujos vestígios, não ultrapassados ainda, leva arrastando, enquanto que tudo o que for antes indicado se desenvolveu, tomando toda sua significação etc."

que, ao sustentar a impossibilidade de fundamentar racionalmente o direito,[4] recebeu oposição de as orientações de fuga.[2-3] A norma fundamental seria o "ponto de fuga" do sistema jurídico,

(2008, p. 264) Uma lógica parecida, e se trata justamente de uma lógica, está de todo presente no esforço interpretativo que esquematiza com vistas à relevação da totalidade do Direito em sua racionalidade nos Princípios da Filosofia do Direito de Hegel, ao submeter o tempo cronológico a um tempo lógico que é encontrado na atualidade do Estado Moderno. (Cf. HEGEL, 2008; FINE, 2001, p. 28 e ss.) Contudo, mais uma vez, eu teria dificuldades em adscrever a Kelsen a prática dos enunciados normativos – ou, como Alexandre colocou de maneira muito mais precisa, "a exigência lógica de que, por trás de todo dever deve ser pressuposta uma norma." Essa exigência lógica é justamente o que Kelsen designa por "norma fundamental", e ao assim fazê-lo, ao menos da segunda edição da Teoria Pura do Direito em diante, entendo que o que se tem é justamente um esforço por colocar o limite dessa compreensão especificamente moderna ao mostrar seu aspecto fictício, – de véu que esconde a Górgona do poder – mas também a sua necessidade. De um lado, nas palavras resgatadas de um parecer de 1927 da autoria de Kelsen, ao se olhar para as "costas do direito positivo", "quem descobre o véu e não fecha os olhos é deslumbrado pela Górgona do poder." (Cf. LOSANO, 2016, p. 631; SOLON, 1997: 203) De outro, nas palavras de Solon, "não se pode prescindir de um 'principium unitatis' do sistema, que reconheça o fato da unidade do direito perseverar na diversidade da experiência jurídica e na heterogeneidade de suas fontes." Ao projetar na "descontinuidade material do direito" uma "identidade formal", para a ordem jurídica moderna "é como se o tempo não existisse, pois já se produziram todas as 'mudanças' de direito intertemporal na norma-origem (única). A norma origem é indiferente ao momento em que estas alterações ocorrem, desde que tudo venha nela se desembocar. Todos os conteúdos normativos potenciais já estão previstos in nuce na norma-origem que fixa as condições de variação do sistema." (1997: 201-202) Esse talvez seja o mais preciso comentário nunca escrito – inclusive por ser anterior ao texto ao qual o projeto como comentário, algo que não deixa de cometer certa injustiça ao seu autor e à potência de pensamento que se inscreve nessas frases – à enigmática frase de Antonio Negri de que "as constituições podem se suceder, cada tempo tem a sua constituição, mas o tempo deve ser constitucionalizado sempre. E a diversidade entre os tempos deve ser reduzida a zero. O dispositivo desta redução é temporal, a constituição é uma máquina temporal." (2002, p. 436) Sem esse dispositivo, não é possível projetar a certeza jurídica necessária ao desenvolvimento modernidade. Concomitantemente, na esteira do afirmado por Alexandre, torna-se evidente que existem modos de ser-em-comum que se organizam de outras maneiras, em que suas estruturas vinculativas - prefiro essa expressão, na esteira das indicações formais cunhadas por Heidegger, à utilizada por Alexandre, "elementos deônticos", porque a logicização das operações da comunidade na manutenção de sua identidade pressupõe a modernidade que ora se quer destacar como ínsita à clausura da modernidade – não assumem o papel de esquema interpretativo, (KELSEN, 1999: 3-4) interpretando-se e praticando-se de outras maneiras – é o caso dos gregos, por exemplo, que preferiam decisões discricionárias, voltadas para as particularidades das circunstâncias e envolvidos em cada situação prática trazida perante os tribunais da cidade, (Cf. LANNI, 2006) o que deixa vestígio na afirmação de Aristóteles de que a equidade seria um modo mais elevado de justiça que aquela das leis, corrigindo-as em suas deficiências. (1137b-1138a) Isso pressupõe, contudo, que nem tudo precisa ou pode estar, esquemática, prévia e totalmente, sobre controle. (RD)

3 Achei interessante que esta é a segunda vez que vejo Kelsen sendo interpretado à luz da ideia de fuga, mas em sentidos muito diversos. Luis Alberto Warat, o professor em que sempre me inspiro, certa vez deu um curso sobre Kelsen que se chamava exatamente: Teoria Pura do Direito – Sinfonia e Fuga. A fuga dita por Warat é uma metáfora musical, para tratar das variações que ele estabelecia a partir de Kelsen. Já Ricardo utiliza uma metáfora ligada à pintura. Mas creio que ambos também invocam a polissemia da palavra fuga para acentuar que o normativismo de Kelsen é uma espécie de escape e que nós devemos também escapar das bem montadas armadilhas da teoria pura do direito. (AC)

4 Para Kelsen, a validade das normas não passa de uma hipótese epistemológica, uma ficção necessária para o trabalho dos juristas, que pensam o direito como se ele fosse um conjunto de normas válidas, mesmo que essa validade não possa ser fundamentada por meio de argumentos racionais. (AC)

políticas, de tal forma que "os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais--democratas consideram-na um posto avançado do fascismo Do lado comunista ela é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado." (KELSEN, 1999, p. iv)[5]

Em sua época, Kelsen operou uma espécie de desconstrução epistemológica[6] em nome da *verdade*, o que o levou a negar cientificidade às construções jurídicas existentes e enveredar-se no desenvolvimento de uma teoria verdadeiramente científica sobre o direito. Como um bom relativista, ele não buscou afirmar que sua concepção pessoal de justiça é a *Justiça*, mas atuou vivamente contra a apropriação da idéia de *justiça* pelas ideologias jurídicas, na tentativa de justificar suas próprias opções políticas em um valor objetivo.

A separação kelseniana entre e seus oficiais, na medida em que aceitam o ponto de fuga, seus "especta-dores", ou se se permite um desvio à interpretação do autor, espectadores, sem dúvida, que se colocam de costas à pintura. (2002: 214-215)

Contra Kelsen, Joaquim Carlos Salgado (2006: 140-141) escreve que haveria uma "diferença essencial" entre "o produto do ato de autoridade que cria a norma" e a sua aplicação, de modo que, por exemplo, a superioridade esteja no poder constituinte, e não na norma constitucional: "A hierarquia é de órgão, portanto, consequentemente de competência, não de normas, a não ser em sentido figurado, por *sinédoque*." A "artificiosa construção" da qual o denuncia, contudo,

5 E Kelsen continua: "O seu espírito é - asseguram muitos - aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita." (AC)

6 Segundo Derrida, a desconstrução pratica-se segundo dois estilos, que o mais das vezes ela enxerta um no outro. Um assume o ar demonstrativo e aparentemente não-histórico de paradoxos lógico-formais. O outro, mais histórico ou mais anamnésico, parece proceder através de leituras de textos, interpretações minuciosas e genealogias. (2007, p. 37) Parece-me que a parte crítica do discurso de Kelsen se enquadra razoavelmente no primeiro grupo, que aponta as insuficiências lógicas dos discursos hegemônicos e acentua sua base ideológica e mítica. (AC)

justiça e direito, tão criticada pelos que pretendem oferecer um conceito material de direito, é o reflexo da ideia de que a identificação entre "direito e justiça conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva do Estado que constitui tal comunidade." (KELSEN, 1999, p. 75) Assim, qualquer discurso no sentido de afirmar que o direito é essencialmente justo somente pode ser fundado em um dogmatismo injustificado (quando apela para concepções materiais de justiça, as quais sempre são baseadas em escolhas valorativas não fundamentáveis) ou um discurso vazio (quando apela para um conceito formal de justiça, que a pretexto de dar a cada um o que é seu, apenas naturaliza os valores tradicionais).

Portanto, é a separação entre direito e justiça que mantém o espaço da crítica, na medida em que é essa distância que possibilita a permanente crítica do direito. E esta abertura não é apenas a uma crítica científica ou filosófica (porque a crítica filosófico-científica possível não passa de um desconstrutivismo que mostre a insuficiência de toda dogmática), mas também uma crítica política ou moral, baseada nos padrões valorativos que identificamos como justos.

Assim, a desconstrução que Derrida opera no campo do direito que sacrificaria a "realidade jurídica" me parece ser mais algo da modernidade no direito, a qual Kelsen interpreta rigorosamente, (SOLON, 1997, p. 53-62) acredito poder escrever com o autor ao lado.

Ou, sendo mais preciso, Kelsen interpreta o direito moderno da perspectiva do *schlemiel*, que não é senão o homem do campo de *Diante da Lei*, ou mesmo Joseph K., de *O Processo*. (ALBERTS, 2013, p. 186) O *schlemiel*, ou o pobre diabo, tem como sua principal característica, segundo Hannah Arendt, a inocência. Em sua inocência, o *schlemiel* na condição de pária, "excluído da sociedade formal e sem qualquer desejo de ser envolvido nela, se volta naturalmente para aquilo que entretém e encanta o povo comum. Compartilhando de seu ostracismo social, ele também compartilha de suas alegrias e tristezas, seus prazeres e suas tribulações.

conduz o seu pensamento por trilhas bastante aproximadas das ideias de Kelsen. Derrida tentou mostrar que o direito fundado é sempre desconstrutível, pois a sua fundação é histórica e seu fundamento é mitológico. Nessa medida, utilizando as chaves de leitura oferecidas por Derrida, podemos entender os jusnaturalismos como tentativas de construir mitologias específicas e os positivismos como uma espécie de construção de muros em torno do seu próprio fundamento, que é assumido como dogma e, portanto, não demanda justificação expressa, mas apenas proteção contra a crítica.

O desconstrutivismo, portanto, tal como a crítica kelseniana contra a ideologização da ciência jurídica, pode ser dirigido contra as duas concepções jurídicas mais tradicionais. Porém, contrariamente ao que podem pensar os juristas que têm seu discurso atacado pelos desconstrutivistas, Derrida afirma que o fato de o direito ser desconstrutível não é uma infelicidade, pois é justamente aí que se encontra a *chance política de todo o progresso histórico*, pois é sempre possível estabelecer contra-discursos apoiados nas fissuras e contradições do discurso jurídico-político hegemônico. Assim, a desconstrução gera um momento de "*suspensão da credibilidade dos dogmas*

Ele se volta, de fato, do mundo dos homens e seus costumes para a recompensa aberta e sem limites da terra" (2007, p. 278). Mais ainda, "os párias sempre representam, numa sociedade baseada em privilégios, orgulho do nascimento e arrogância do título, a verdadeira humanidade, o especificamente humano, o destacado da generalidade. A dignidade humana, o respeito à pessoa que o pária descobre instintivamente, é o único estágio preliminar natural para o conjunto da estrutural moral universal da razão." (1994, p. 176)

Gostaria de sugerir que essa relação do pária com a humanidade diante da desumanidade da sociedade continua e se intensifica, na verdade, ao invés de desaparecer quando os costumes que sustentavam a vida europeia dão lugar, ainda seguindo a metafórica de Arendt, ao deserto que permite a ascensão do totalitarismo.

e, com isso, abrindo o espaço *em que transformações, ou mesmo revoluções jurídico-políticas, têm seu lugar*." (DERRIDA, 2007, p. 33)

Mas o que move o desconstrutivista a promover esse discurso não é a simples consciência da inverdade, mas a exigência de um acréscimo de justiça, baseada na experiência de *uma inadequação ou de uma incalculável desproporção* entre direito e justiça. Por isso, Derrida se pergunta "por que, enfim, onde encontraria a desconstrução a sua força, o seu movimento ou a sua motivação senão neste apelo sempre insatisfeito, para além das determinações dadas do que se chama em contextos determinados, a justiça, a possibilidade da justiça?" (2007, p. 33)

A consciência de que o direito nunca é a realização do mundo da própria justiça pode conduzir tanto ao niilismo de um sono dogmático (de um relativismo que se torna conservador na medida em que justifica sua inércia pela possibilidade da justiça no mundo) quanto à exigência ativa de que o direito se torne mais justo (o que leva a um desconstrutivismo consciente e que se sabe engajado em uma concepção de justiça que não pode justificar, mas que mesmo assim o move). Como o desconstrutivismo propugnado por Derrida é sempre o do segundo tipo, (1973, p. 466; 2005, p. 344, 348) De imediato, a ilacionar Arendt e Kelsen, poder-se-ia evocar a franca constatação de Weber, uma fonte de leitura em comum para os dois autores, no tocante a burocracia: "A burocracia é desenvolvida mais perfeitamente o quão mais é 'desumanizada,' o quão mais completamente ela sucede em eliminar dos assuntos oficiais amor, ódio e todos os elementos puramente pessoais, irracionais e emocionais que escapem ao cálculo." (1978, p. 975) Em suma, quando a pessoa é transformada em um ponto de imputação. (KELSEN, 1999: 64-70) Weber continua, contudo, e destaca a importância do segredo para a construção da calculabilidade – a "tendência ao segredo" como uma consequência de sua "natureza objetiva": "A adminis-tração burocrática sempre tende a excluir o público, a esconder seu conhecimento e ação de qualquer criticismo o melhor que pode." (1978, p. 992)

ele chega mesmo a identificar desconstrução e justiça. (2007, 26)

Essa enigmática identificação me parece indicar as duas opções valorativas centrais do texto, cada um delas ligada com um dos polos da relação de igualdade. A primeira, centrada na ideia de que a *desconstrução é justiça*, tem a ver com o a noção de que o desconstrutivismo desejável tem por objetivo o incremento de justiça, em uma clara rejeição ao niilismo paralisante e uma vinculação do desconstrutivismo com o rompimento da inércia. Porém, também é preciso que nos concentremos na linha de que *a justiça é desconstrução*, pois é ela que nos leva mais longe, no sentido de estabelecer um conceito de justiça que não caia nem no vazio formalista nem no essencialismo dogmático. Derrida acentua reiteradamente que o direito é desconstrutível porque é *construído*, o que indica que a justiça não é desconstrutível porque ela própria *não é construída*.

A justiça que é desconstrução não pode ser reduzida a um sistema dogmático nem cabe em uma descrição fechada, pois ela é sempre abertura para o novo e para a diferença. Isso não quer dizer, porém, que não se possa praticar atos em nome da justiça: isso nós o fazemos a cada momento, pois a justiça

Ainda nesse sentido, é essa mesma objetividade que leva a burocracia a desprezar normas gerais e a preferir a "canonização da abstrata e 'objetiva' ideia de 'razão de estado.'" (1978, p. 979) Assim, ainda que decretos sejam hodiernamente usados por todos os governos em tempos de emergência, Arendt argumenta, sendo a emergência então sua "clara justificação e automática limitação", na burocracia os decretos aparecerem puramente despidos, como "a encarnação do poder ele próprio", envoltos tão somente com as circunstâncias sempre em mudança, de exclusivo domínio do especialista, a culminar na "ignorância cuidadosamente organizada" em que todos os administradores buscam deixar os administrados. (1973, p. 243-244) Essa estrutura, tal qual a própria tirania, termina por isolar o burocrata da realidade. Isolamento que rende vantagens notáveis e uma eficiência claramente superior do governo por decreto

pretende realizar-se em cada uma das nossas ações, especialmente naquelas que instituem ou aplicam normas jurídicas. Portanto, para que uma decisão jurídica seja justa, não basta que ele seja *conforme a lei*, mas é preciso que ela ponha em suspenso a validade da lei, para, "em cada caso, reinventá-la, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre do seu princípio." (2007, p. 38)

A aplicação da justiça, portanto, exige uma constante reinvenção que é incompatível com a sua redução a um sistema dogmático de normas e valores a ser aplicado. Assim, a redução da justiça a um sistema de direito natural, tanto quanto a redução positivista da validade à vigência, é uma espécie de negação da própria possibilidade de desconstrução, pois considerar que determinadas normas ou valores são intrinsecamente justos significa impedir a sua crítica a partir de um padrão exterior a eles mesmos: tais parâmetros não são medidos com a régua da justiça, mas são considerados os próprios critérios do justo.

Para usar uma metáfora de Deleuze e Guattari, a justiça é como movimento infinito, de tal forma que ela não pode ser retida em um determinado tempo histórico sem da burocracia se em comparação às demais formas. Isso se dá, na interpretação de Arendt, por um motivo simples: sua ignorância de todos os estágios intermediários entre promulgação e aplicação, somada à retenção de informação, constitutiva da aura pseudomítica de segredo tão característica das burocracias, em que o povo nunca pode saber o que está acontecendo, privado da possibilidade de qualquer interpretação racional e, então, da própria capacidade de pensar politicamente. (1973, p. 244-245)

A calculabilidade configurada pela burocracia exige sua absolutização – a exclusão de qualquer exterioridade, de qualquer fora, ou melhor dizendo, de qualquer contratempo. Ao ser lido cuidado-samente, é possível sugerir que Kelsen, mesmo e já na *Teoria Pura do Direito*, não faz nada senão inscrever um limite à máquina do direito moderno, ao inscrever "um

se desnaturar. Ela é o constante movimento no sentido do novo, uma exigência perpétua de uma justificação que se sabe de antemão impossível, pois nenhuma decisão pode se colocar como justa sem implicar a paralisia do movimento da justiça.

Dessa forma, nenhuma decisão que pretende realizar a justiça pode se dizer puramente justa. Em vez de "justo", pode-se dizer legal ou legítimo, em conformidade com o direito, regras e convenções que autorizam o cálculo, mas com um direito cuja origem fundadora mais não faz do que arremedar o problema da justiça. Porque no fundamento ou na instituição desse direito, o próprio problema da justiça terá sido posto, violentamente resolvido, quer dizer, enterrado, dissimulado, recalcado. (2007, p. 39)

A justiça desconstrutivista, portanto, é paradoxal, na medida em que exige o impossível, mas somente no processo de realização de sua impossibilidade é que ela se pode encontrar.

Essa justiça não se deixa aprisionar em sistemas dogmáticos de moralidade, de legitimidade ou de direito natural, o que a converteria em um construto social pseudo-fundamentado. Essa justiça sempre em aberto, portanto, está sempre a construir, e é mínimo de liberdade" na sua operatividade, enquanto subjetividade interpretativa que o sistema precisa e, não obstante, apaga em seu funcionamento – ao garantir a permanência absoluta do sentido objetivo jurídico. (1999: 32-39)

Essa subjetividade sempre se excede, contudo, e daí o "mínimo de liberdade" advogado por Kelsen, quer dizer, o fato de que estaria "sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito insto do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana." (1999, p. 30-31) Acredito ser difícil negar o

isso que a torna indesconstrutível. O direito é construído porque ele provém de um processo histórico que lhe atribui tanto forma quanto conteúdo, e é o caráter mitológico da fundamentação desse conteúdo que a desconstrução aponta a todo momento.

A justiça, porém "*infinita, incalculável, rebelde à regra, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica*" (2007, p. 36) não é conteúdo, mas puro movimento: ela é um não-construído porque é um não-lugar; ela não está em lugar nenhum porque está sempre além. Toda vez que afirmamos a identificação da justiça com um determinado grupo de valores, essa justiça será construída e histórica, tal como o direito. Porém, ela deixará de ser a justiça propriamente dita, na medida em que a abertura para a justiça implica uma abertura constante para a desconstrução.

Não obstante, a justiça pretende realizar-se no mundo, o que exige de nós que tomemos decisões justas, mesmo sabendo que isso é impossível, na medida em que a justiça é incalculável e, portanto, indecidível. Assim, é estilo messiânico dessas palavras inscritas no começo da *Teoria Pura do Direito*.

No mesmo sentido, gostaria de arriscar interpretá-las como a indicar algo que Weber, em um excurso imprevisto e posto no meio da discussão sobre a lógica da burocracia moderna, chama, entre aspas, de "justiça empírica." (1978, p. 976) Devo confessar sua ironia. Minhas investigações, como eu as compreendo, são exclusivamente filosóficas. Alexandre, muito embora pratique esse modo de ser em diversos textos, como foi o caso desse ao lado que ora se retoma, há algum tempo se destaca na comunidade jurídica como um crítico numerológico do Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, um árduo defensor da importância da pesquisa empírica no direito[7]. Como os recursos são finitos, o pesquisador empírico bem

7 O texto de Derrida contém uma instabilidade semântica no termo violência, que tanto pode significar violência mesmo quanto ser uma tradução de Gewalt, que é ao mesmo tempo violência e violência legítima, como já foi dito anteriormente. Nesta segunda parte do texto, a instabilidade se acirra, o que me levará a entender como autoridade alguns dos pontos que Derrida chama de violência, para facilitar a compreensão dos meus argumentos (o que implica, obviamente, o risco de distorcer demasiado o pensamento de Derrida, mas creio ser esse um risco que precisa ser corrido). (AC)

inescapável o decidir (porque sem uma decisão *nenhuma justiça se torna efectiva e se determina na forma do direito*), mas uma indecidibilidade essencial aloja-se em cada decisão como um fantasma, que "desconstrói do interior toda e qualquer segurança de presença, toda a certeza ou toda a pretensa criteriologia que nos asseguraria a justiça de uma decisão." (2007, p. 41)

As regras de hermenêutica, as regras de argumentação, a racionalidade do discurso, a literalidade da norma, a finalidade social, a vontade do legislador, nenhuma desses conceitos que buscam dogmatizar a justiça tem a capacidade de afastar a assombração da indecidibilidade essencial. Entretanto, é preciso enfrentar a aporia de decidir o indecidível, pois a desconstrução pretensões da certeza de uma justiça presente é feita *a partir de uma "ideia de justiça infinita", e infinita porque irredutível, e irredutível porque devida ao outro* como uma exigência pura e não como um cálculo de retribuição. (2007, p. 41)

Mais do que isso, é preciso decidir imediatamente, pois a justiça tem uma urgência aporética: a inadiabilidade da decisão indecidível e sem garantias de correção. Pode ser temível a consciência de que a decisão o sabe melhor que o filósofo, há uma preponderância cada vez maior, e as vezes até no próprio Alexandre, de preferir pesquisas empíricas a investigações filosóficas no mundo do Direito. Contudo, Weber assim escreveu, muito embora eu esteja claramente fazendo um seu uso catacrético, e articulá-la não deixa de querer admitir, de um jeito ou de outro, que o filosofar deve se pensar como interpretação, indo além da contraposição entre empiria e conceito, como interpretação desconstrutiva, (CAPUTO, 1997, p. 76) que se advoga liberdade, e também responsabilidade, muito maior para com seus textos do que pode se permitir o modo de ser paradigmático da ciência. Esse cuidado para com o problema dessa contraposição, bem como o lugar do filosofar no atual contexto acadêmico, se encontra articulado de maneira especial em Derrida (1998, p. 162): "A ruptura é radicalmente empiricista. Ela procede como um pensamento errante à possibilidade de itinerário e método.

é um salto no escuro, mas isso não justifica a sua postergação para um tempo futuro. Tampouco se justifica a negação do caráter cortante do decidir, por meio da instituição mitológica de critérios dogmáticos que tirem de nossas costas a responsabilidade pelo corte envolvido em cada decisão.

Esse é o motor inconfessável de toda dogmática: livrar nossa consciência do peso que a nossa decisão impõe aos outros, e com isso conquistar sua obediência passiva. Contra essa máconsciência Nietzsche se ergueu, no que foi seguido pelos existencialistas como Sartre (que praticamente elegem a má-fé como o único pecado mortal) e tudo isso reverbera no discurso de Derrida, que insiste na negação simultânea do niilismo e do dogmatismo. E é como se toda essa tradição gritasse: afirmar a indecidibilidade não é negar a decisão! E a ignorância sobre os critérios e as consequências não afasta a urgência do decidir!

A resposta relativista às acusações de conservadorismo (feitas a Derrida, como a Camus e a Sartre) é a de que as perspectivas modernas somente sabem agir justificando a violência em critérios ilusórios de justiça. Mas, como afirmou Lyotard em sua tese sobre pós-modernidade, Ela é afetada por um não-conhecimento bem como pelo seu futuro e se aventura fora deliberadamente. Eu próprio defini essa forma e vulnerabilidade desses empiricismo. Mas aqui o próprio conceito de empiricismo se destrói."

Por isso, aquilo que Derrida escreve e que Alexandre comenta a respeito, de um lado, da imediaticidade da justiça, e de outro, de sua imprevisibilidade, me parecem poder ser interpretáveis também como a indicar uma "justiça empírica" – especialmente se precedida da presente discussão que não deixa de inscrever de maneira mais marginal que sistemática, admito, *pace* Alexandre, a historicidade da força de pária e *schlemiel* que mobiliza a economia textual da obra assinada por Hans Kelsen. Ainda em meu favor, dificilmente o protocolo de leitura ora realizado estaria à mão de um historiador ou seria possível a partir de uma metodologia de história intelectual – como exatamente me indagou um

passou o tempo do luto, em que estávamos paralisados pela ausência de critérios objetivos que justificassem nossas intervenções nas vidas das outras pessoas. A inexistência de regras objetivas somente é fator de paralisia para quem ainda deseja exercer a violência com base em uma justiça ilusoriamente objetiva.

O que a consciência da artificialidade dos valores impõem não é o *niilismo*, mas um alto grau de *reflexividade*: a justiça relativista dos pós-modernos exige que a cada passo nós re-instituamos as regras em nome das quais decidimos, em um agir cuja justiça não pode ser garantida por nenhum saber enquanto tal. Não é o conhecimento e a racionalidade que nos conduzem à justiça, pois ela é sempre indecidível e o agir implica um salto sem garantias.

A incerteza não pode ser transformada em náusea paralisante. "Este excesso da justiça em relação ao direito e ao cálculo, este transbordamento do inapreensível em relação ao determinável, não pode e não deve servir com álibi para o alheamento das lutas político-jurídicas." (2007, p. 46) A justiça incalculável manda calcular, "negociar a relação entre o calculável e o incalculável, e negociar sem regra deles ao ouvir a proposta de que Kelsen e Kafka, como juristas, judeus e austríacos inseridos na estrutura administrativa do Império Austro-Húngaro, ganhariam algo com uma leitura contraposta, *"Kelsen and Kafka, isn't that a bit to much?"* À calculabilidade da ciência falta imaginação – como uma neces-sidade para que se possa falar em progresso, argumentou-o rigorosamente Gyorgy Markus. (1987, p. 9-14) *Pari passu*, o mínimo de liberdade e sua inscrição como justiça empírica se fazem em resistência, no contratempo, à falta de imaginação da permanência intemporal do direito moderno.

Essa interpretação pode ser, como de fato vem, anotada às margens das escolhas que Alexandre faz para retomar a leitura de Derrida no tocante à distinção, assim traduzida por Alexandre, entre autoridade mítica e autoridade divina. Afinal, prefere-se abordar essas categorias diretamente

que não esteja por re-inventar," (2007, p. 47) tanto ali onde estamos quanto para além das zonas identificáveis. Assim, as aporias da justiça devem ser encaradas como uma abertura desconstrutiva que possibilite a própria realização da justiça no mundo, para além de todas as metafísicas dogmáticas que buscam fundamentações míticas para suas certezas ilusórias.

Por tudo isso, Derrida afirma que se pode reconhecer na justiça uma espécie de loucura e talvez uma outra espécie de mística e que a desconstrução é louca por essa justiça. Louca por esse desejo de justiça. Uma tal justiça, que não é o direito, é o próprio movimento da desconstrução a operar no direito e na história do direito, na história política e na história "tout court", antes mesmo de se apresentar como o discurso que assim se intitula na academia ou na cultura do nosso tempo – o "desconstrucionismo".

Com isso, Derrida reafirma a identidade entre justiça e desconstrução para, com base nela, opor-se ao senso comum que tenta fundamentar dogmaticamente o direito na justiça, retirando da justiça o seu potencial desconstrutivo mediante a sua redução a um parâmetro de *fundamentação mitológica* da autoridade legítima. Em a partir de sua relação para com a realidade efetiva do Estado Moderno. Em outras palavras, acredito que Alexandre interprete Derrida interpretando Benjamin com vistas a desvelar a lógica da imperatividade do direito na modernidade.

Se se volta, mais uma vez, para a distinção proposta por Ferraz Jr. entre interpretabilidade e dogmaticidade, isto é, o fato de que o discurso jurídico é atravessado por uma "dupla ambiguidade", ao mesmo tempo "albergando múltiplos sentidos", mas "também imponível sem discussões", (2006, p. 47) ao contrastá-la com o tratamento oferecido páginas depois a respeito da imperatividade, enquanto "qualidade pragmática do discurso normativo, através da qual a norma se adapta a mudança e desvios em razão de uma estabilidade conhecida, constituindo um padrão de ordem superior caracterizado pelo rompimento e reconstrução de um padrão aplicável a maiores unidades

tempos de juízes neoconstitucionalistas que se enxergam como *vanguarda* e justificam suas próprias decisões em termos de sua "função iluminista", parece que a importância dessa crítica desconstrutivista é renovada.

C–ENTRE VIOLÊNCIA E AUTORIDADE

O direito se assenta na violência, mas não em qualquer violência.[8] No momento instaurador de uma ordem jurídica, que sempre é revestido de um caráter jusnaturalista, o que instaura o direito não é uma *pura força*, mas uma *força que se pretende legítima* e que, portanto, utiliza-se da violência como instrumento de realização da justiça.

A violência revolucionária é um meio, e não um fim em si mesmo, pois o que lhe confere sentido é justamente estar a serviço de uma determinada ordem valorativa. Assim, toda ruptura revolucionária é violenta, mas a violência revolucionária não pode ser julgada justa ou injusta, dado que a justiça não está no *meio* de ruptura (que é a força utilizada), mas nas razões e finalidades da revolução, as quais conferem de tempo," em que "qualquer desvio" é contrabalanceado a longo prazo (2006, p. 131) – ou, se se preferir uma metáfora mais corrente na atualidade da linguagem jurídica brasileira, quaisquer desvios desaparecem quando o Direito, em sua violência, é interpretado sob sua melhor luz (a indicar, justamente, a imperatividade do Império do Direito) – tem-se um valioso paralelo àquilo que Alexandre se projeta na terceira parte desse texto.

Paralelo que me suscita a destacar o que parece ser, no contexto de retomada desse texto, em volume que se insere em uma coleção voltada a entender as experiências jurídicas nos 30 anos da Constituição, a sua contribuição mais importante. De fato, o centro de meu comentário se dirigi a essa seção. Lê-se que os "representantes da ordem jurídica

8 O texto de Derrida contém uma instabilidade semântica no termo violência, que tanto pode significar violência mesmo quanto ser uma tradução de Gewalt, que é ao mesmo tempo violência e violência legítima, como já foi dito anteriormente. Nesta segunda parte do texto, a instabilidade se acirra, o que me levará a entender como autoridade alguns dos pontos que Derrida chama de violência, para facilitar a compreensão dos meus argumentos (o que implica, obviamente, o risco de distorcer demasiado o pensamento de Derrida, mas creio ser esse um risco que precisa ser corrido). (AC)

um sentido político e moral ao uso da força. Porém, como veremos adiante, tampouco a autoridade revolucionária não pode ser devidamente julgada ao seu tempo, embora por outros motivos.

Para os jusnaturalistas, o recurso violência legítima *não coloca qualquer problema, visto que os fins naturais são justos*. Ao positivismo, contudo, na medida em que pressupõe a legitimidade da ordem jurídica positiva, falta um critério jurídico capaz de avaliar a justiça do uso da força. Isso ocorre justamente porque o positivismo se limita a avaliar a legalidade da força (que converte a violência em coerção), atribuindo ao campo da política ou da moral o julgamento acerca da legitimidade da violência.

Todavia, apesar das diferenças de enfoque, positivismo e naturalismo partilham a mesma pressuposição dogmática de que *é possível atingir fins justos a partir de meios justos*. A diferença é que o jusnaturalismo se esforça para justificar os meios violentos através da justiça dos fins que lhe inspiram (assentando a legitimidade da força sobre a justiça dos pressupostos), enquanto o positivismo se esforça para garantir uma sociedade mais justa na medida em que permite apenas a aplicação da força legalmente permitida.

De um lado ou de outro, porém, hegemônica têm consciência de que ela foi instituída mediante um ato de violência fundadora." O que a norma fundamental faz, enquanto ponto de fuga, é justamente encobrir, de maneira antecipada e exclusionariamente, a possibilidade mesma dessa consciência. Na operação da imperatividade se transforma, sempre já, violência em razão. Alexandre tem toda razão ao escrever, com enorme precisão, que "poder constituinte originário" é nome que se dá não ao poder que cria a Constituição, mas ao poder que a criou. A lógica desse "futuro anterior" não é outra senão a do "pondo de fuga", que inscreve no evento fundador uma programação absoluta que o suspende na sua eventualidade – passa-se do extraordinário para o excepcional, em que a decisão deixa de ser enquanto tal e é apresentada, soberanamente, como uma possibilidade sempre já efetiva de manutenção da ordem. (DERRIDA, 2005b, p. 68-69)

a explicação somente é bem sucedida quando há uma presença concomitante de *fins justos* e *meios justificados*. Assim, por pressupor a justiça do direito natural, o jusnaturalismo é cego para o fato de que certos meios de sua aplicação não são hábeis a realizar justiça. Já o positivismo, ao pressupor a legitimidade dos meios, perde de vista que a aplicação de normas vigentes pode conduzir a injustiças flagrantes.

Nessa medida, ambas as perspectivas terminam por operar uma *fundamentação mítica* da autoridade, seja assentando a autoridade da lei em valores justos *em si* (e que, portanto, não podem ser questionados), ou pela simples vedação dogmática de seu questionamento jurídico (o que, no fundo, é uma espécie de jusnaturalismo manco, que coloca a obediência à lei como único valor em si, como único dogma). De um lado ou de outro, está presente o que Benjamin chama de *autoridade mítica*:[9] uma autoridade em nome do qual se justifica a validade de um direito, transmutando *pura força* em *força legítima*.

Essa autoridade mítica, que justifica o emprego legítimo da violência, tem uma potência fundadora,

Interpretar a imperatividade do direito moderno como "uma espécie de amnésia" é talvez a melhor maneira de apreender o fato de que o guardião da lei se encontra de costas para ela. Entretanto, a força dessa interpretação implica na correção da denúncia de parágrafos atrás. Os representantes da ordem jurídica hegemônica não tem, sequer, consciência. A desumanização da burocracia engendrada pelo direito moderno exclui a humanidade, seja dos governantes, seja dos governados, na medida em que instaura essa distinção de maneira absolutamente incontornável – em outras palavras, a "aquisição evolutiva" da Constituição implica no fim do direito de resistência, interpretado retrospectivamente, a partir do passado presente da atualidade do direito, como o problema que lançou a Europa em um século de guerras civis. A imperatividade opera reduzindo a multiplicidade de sentidos

9 Contrariamente à tradução portuguesa, optei por utilizar autoridade e não violência, por considerar que ela transmite melhor o sentido de Gewalt descrito por Derrida. (AC)

pois em seu nome se justificam não apenas atos voltados à manutenção de uma ordem jurídica, mas principalmente atos que visam a sua derrubada revolucionária. Isso faz com que o Estado reivindique o monopólio da autoridade fundadora, não para proteger alguns fins justos e legais, mas para proteger sua própria autoridade contra uma contestação radical.

O Estado lida relativamente bem com a violência cometida pelos criminosos, mesmo com aquela do crime organizado, pois a existência do crime inclusive reforça a autoridade estatal, na medida em que justifica a sua existência. A criminalidade pode lhe dar trabalho (no duplo sentido de exigir esforço e justificar sua existência), pondo em xeque a eficiência de alguns programas de governo, mas não a própria legitimidade da autoridade estatal.

Porém, o Estado suporta mal a prática de atos violentos quando a violência é justificada por uma autoridade que se pretende fundadora de direitos, tal como ocorre nas greves ilegais, nos movimentos separatistas ou no MST. Esses casos, na medida em que atacam a própria legitimidade estatal, fazem com que a ordem jurídica não os qualifique apenas como *criminoso*, mas também como no instante em que o sistema jurídico precisa se abrir para tanto por uma questão de legitimidade. Abre-se a porta para fechá-la, não sendo outro esse o movimento da soberania. A soberania é indivisível. Essa indivisibilidade, escreve Derrida, "é excluída, por princípio, de ser compartilhada, do tempo e da linguagem. Do tempo, da temporalização que ela infinitamente contrai e, assim, paradoxalmente, da história. De um certo modo, então, a soberania é ahistórica; ela é o contrato contraído com uma história que se retrai no evento instantâneo da exceção decisiva, um evento que é sem qualquer densidade temporal ou histórica. Como um resultado, a soberania se retira da linguagem, que sempre introduz um compar-tilhamento que univer-saliza." (2005a: 101) Diante dessa progra-mação absoluta, todo ato interpretativo assume, para terminar com Weber, um ar de ruptura profética. (1978: 976)

sub-versivo ou *terrorista*, na medida em que a pretensão de legitimidade torna o uso da força não apenas um desafio ao Estado, mas uma contestação das bases de sua autoridade.

Por isso, Derrida afirma que "o Estado tem medo da violência fundadora, isto é, capaz de justificar, de legitimar ou de transformar relações de direito, e portanto se apresentar como tendo um direito ao direito." (2007, p. 64) E esse temor vem justamente do fato que a violência fundadora que contesta a autoridade estatal tem exatamente a mesma natureza da violência fundadora que o constituiu.

Os representantes da ordem jurídica hegemônica têm consciência de que ela foi instituída mediante um ato de violência fundadora, que a mitologia constitucional contemporânea tipicamente chama de *revolução*, enxergando nela o exercício de um *poder constituinte originário* (conceito que permite o milagre da conversão da violência fundadora em autoridade jurídica). Porém, por mais que os atos revolucionários sejam praticados em nome do direito, não se trata do direito posto, mas de um direito do porvir, que uma vez instalado, *justifica retrospectivamente* a violência fundadora.

Assim, *poder constituinte originário* não é o nome que damos ao *poder de criar* uma constituição, mas ao *poder que criou* a constituição: portanto, a autoridade desse poder é medida pela sua eficácia, o que faz com que sua legitimação tenha sempre um caráter retroativo. Nessa medida, todo exercício de autoridade fundadora não tem lugar no presente, mas em uma espécie de *futuro anterior*, uma antecipação de um futuro que legitimaria retrospectivamente os atos revolucionários, que são sempre violentos, mesmo quando não são ocorrem os "genocídios, expulsões, deportações em espetaculares com que tão amiúde são acompanhadas a fundação dos Estados, grandes ou pequenos, antigos ou modernos, perto ou longe de nós." (2007, p. 95)

Essa antecipação do futuro é sempre incerta, mas sua presença fantasmagórica é constante nos períodos revolucionários, cuja violência instituinte é *ininterpretável e indecifrável*, justamente na medida em que é impossível justificá-la ou combatê-la a partir dos valores

presentes, dado que sua fundamentação é sempre retrospectiva. O momento revolucionário "*é, no direito, uma instância do não-direito"*, motivo pelo qual ninguém pretende que o poder constituinte originário seja um poder jurídico. Porém, toda a história do direito é atravessada por esses momentos de suspensão, "no qual a fundação do direito permanece suspensa no vazio ou por cima do abismo, suspensa de um ato performativo puro que não teria contas a dar a ninguém e diante de ninguém." (2007, p. 66) E é justamente porque essa violência originária não se deixa apreender no presente que sua fundação adquire um caráter místico: desta violência fundadora, "só o porvir produzirá a inteligibilidade ou a interpretabilidade".

Há casos em que esse momento de suspensão se prolonga por gerações, durante as quais não se sabe se *o ato performativo da fundação violenta de um Estado* foi efetivamente conseguido, mas é somente no momento da consolidação da ordem criada que se opera o milagre da fundamentação retrospectiva, que confere sentido jurígeno à violência fundadora. Uma tal interpretação será mediada sempre por uma espécie de autolegitimação, realizada por um discurso interpreta a violência originária como exercício de uma autoridade originária, e que nos Estados democráticos é feito mediante a conversão retrospectiva *da quebra da ordem* em *exercício de poder constituinte originário*.

Porém, a legitimação retrospectiva termina por gerar uma espécie de amnésia, caracterizada pela substituição da violência originária por uma representação de autoridade legitimada *ex post factum*, que faz com que as modernas democracias parlamentares vivam *no esquecimento da violência de que nasceram*, sempre em busca de criar modelos de legitimidade que ocultem a ligação direta entre direito e violência.

Mas ocorre que, uma vez instaurada, a *violência instituinte* converte-se em uma *violência conservadora*, cuja principal função é justamente evitar que uma nova violência fundadora seja perpetrada. Essa violência derivada, ao contrário da originária, é praticada em nome do direito, em nome da *força da lei*. O direito, assim, reverbera o imponderável da violência originária, de tal forma que a violência é parte

constitutiva de sua própria natureza. Portanto, o direito não é uma contenção da violência justificada pela justiça, nem como exercício de uma autoridade fundada em uma autoridade fundante, mas como um prolongamento da violência originária, representada pela violência conservadora. Portanto, "na sua origem assim como no seu fim, na sua fundação e na sua conservação, o direito é inseparável da violência, imediata ou mediata, presente ou representada" (2007, p. 85)

E todo esse processo de desconstrução das relações entre direito e violência leva Walter Benjamin a afirmar contundentemente que "*é preciso rejeitar toda a autoridade mítica, a autoridade fundadora do direito, que se pode chamar autoridade governante. É também preciso rejeitar a autoridade conservadora do direito, a autoridade governada que está ao seu serviço*." (2007, p. 85) É preciso rejeitar essa autoridade que é apenas meio, na medida em que ela contribui para fundamentar mítica e retrospectivamente os valores constitutivos de uma ordem jurídica violentamente instituída.

Até esse ponto, o argumento desconstrói a própria possibilidade de se pretender que haja uma revolução justa, o que contraria o caráter revolucionário do pensamento do próprio autor. Assim, realizada a desconstrução da autoridade mítica fundadora, Walter Benjamin realizar uma reviravolta, apontando ser possível romper a identificação entre direito e autoridade que está na base da fundamentação mitológica. "Se, para além do direito, a autoridade vê seu estatuto assegurado como autoridade pura e imediata, isso provará então que a autoridade revolucionária é possível." (2007, p. 96)

Essa autoridade pura, como a justiça pura, precisaria ser infinita e indecidível, o que torna impossível ao homem saber se, em um caso específico e presente, a autoridade revolucionária é *pura*, se ela é uma autoridade *em si*, para além de uma autoridade derivada de um direito mítico. Uma tal autoridade se aproximaria da autoridade divina, que é a mais justa, a mais efectiva, a mais histórica, a mais revolucionária, a mais decidível ou a mais decidinte. Mas enquanto tal, ela não se presta a nenhuma determinação humana, a nenhum conhecimento

ou certeza decidível de nossa parte. (2007, p. 97)

Essa autoridade pura, como a autoridade divina, é a única que pode ser chamada de soberana, na medida em que "*é insígnia e selo, e nunca meio de execução*." (2007, p. 97) Essa autoridade não é uma construção mítica retrospectiva, mas uma afirmação em si mesma, que existe para além e contra o direito instituído, significando o exercício de uma autoridade presente e não o exercício de falsa representação de autoridade.

E aqui novamente uma aporia como a apontada na desconstrução das relações entre direito e justiça: a autoridade autêntica é pura, mas sobre ela não temos conhecimento certo, nunca sabemos o que está presente em um determinado movimento histórico é a autoridade pura ou apenas o seu simulacro. A certeza somente está no campo da autoridade mítica, mas esse é um conhecimento seguro sobre um campo estruturalmente indecidível, pois trata-se apenas de uma segurança acerca do que é misticamente fundado.

Assim, *sob uma ou outra forma, o indecidível está de cada lado, e é a condição violenta do conhecimento ou da ação*: a ação revolucionária é feita sem a certeza de que se trata do exercício de uma autoridade pura e o conhecimento sobre a autoridade estatal mística e, portanto, indecidível. Portanto, a conclusão do argumento desconstrutivo de Walter Benjamin não é a negação da possibilidade da revolução justa, nem a afirmação de critérios para identificá-la, e sim um desvelamento do indecidível que permeia sempre o nosso posicionamento acerca de praticarmos ou julgarmos um ato de instituição violenta de uma ordem simbólica.

Porém, o estilo desconstrutivo vale mais pelo que ele descortina em seu caminho do que pelas conclusões que afirma, especialmente porque, como afirma o próprio Derrida, "os discursos desconstrutivos, tais como eles se apresentam na sua irredutível pluralidade, participam de forma impura, contaminante, negociada, bastarda e violentam em todas as filiações da decisão e do indecidível." (2007, p. 98) E, na

travessia desconstrutiva construída ao retraçar os passos Walter Benjamin, Derrida aponta as aporias contidas nas teorias hegemônicas de justificação do poder jurídico, especialmente a miraculosa transmutação de *violência* em *autoridade*, que constitui a fundamentação mística de toda ordem jurídica constituída.

REFERÊNCIAS

ALBERTS, Paul. Knowing Life Before the Law: Kafka, Kelsen, Derrida. In: MORAN, Brendan; SALZANI, Carlo. (eds.) *Philosophy and Kafka*. Londres: Lexington Books, 2015, p. 179-197.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Nova Iorque: Harcourt, Brace & Jovanovich, 1973.

ARENDT, Hannah. *Rahel Varnhagen: a vida de uma judia alemã na época do Romantismo*. Trad. de Antônio Trânsito e Gernot Kludasch. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ARENDT, Hannah. On the nature of Totalitarianism: An essay in Understanding. In: *Essays in Understanding, 1930-1954: Formation, Exile and Totalitarianism*. Ed. Jerome Kohn. Nova Iorque: Schocken, 2005, p. 328-360.

ARENDT, Hannah. The Jew as Pariah: A hidden tradition. In: *The Jewish Writings*. Ed. por Jerome Kohn. Nova Iorque: Schocken, 2007, p. 275-297.

BENNIGTON, Geoffrey; DERRIDA, Jacques. Jacques Derrida/Circumfession. Trad. de Geoffrey Bennigton. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

CAPUTO, John. A Commentary: Deconstruction in a Nutshell. In: *Deconstruction in a Nutshell: A conversation with Jacques Derrida*. Ed. por John D. Caputo. Nova Iorque: Fordham University Press, 1997.

CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. Introduction. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. (eds.) *Deconstructions and the possibility of justice*. Nova Iorque: Routledge, 1992.

CHUERI, Vera Karam. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 58, p. 25-36, 2013.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad. de Leyla Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DERRIDA, Jacques. Forza e significazione. In: *La Scrittura e la differenza*. Trad. De Gianni Pozzi. Torino: Giulio Einaudi editore, 1990.

DERRIDA, Jacques. Before the law. In: *Acts of Literature*. Ed. por Derek Attridge. Nova Iorque: Routledge, 1991, p. 181-220.

DERRIDA, Jacques. *Of Grammatoloy*. Trad. de Gayatri Chakravoty Spivak. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1998.

DERRIDA, Jacques. *Rogues: Two essays on Reason*. Trad. de Pascale-Anne Brault e Michael

Nass. Stanford: Stanford University Press, 2005a.

DERRIDA, Jacques. *The Politics of Friendship*. Trad. de George Collins. Nova Iorque: Verso, 2005b.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

HEGEL, G. W. F. *Outlines of the Philosophy of Right*. Trad. de T. M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.

HODDER-WILLIAMS, Richard. The strange story of Judge Robert Bork and a vacancy on the United States Supreme Court. *Political Studies*, v. 36, n. 4, p. 613-637, 1988.

FINE, Robert. *Political Investigations*: Hegel, Marx, Arendt. Londres: Routledge, 2001.

KELSEN, Hans. O problema da justiça. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LANNI, Adriaan. *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEGENDRE, Pierre. The Lost Temporality of Law: An interview with Pierre Legendre. Trad. de Alain Pottage. *Law and Critique*, v. 1, n. 1, p. 3-20, 1990.

LINDAHL, Hans. Dialetic and Revolution: confronting Kelsen and Gadamer on legal interpretation. *Cardozo Law Review*, v. 24, p. 769-798, 2003.

LOSANO, Mario. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil – Parecer em alemão, espanhol e italiano. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 14, p. 624-648, 2016.

MARKUS, Gyorgy. Why is there no hermeneutics of natural sciences? Some preliminary theses. *Science in context*, v. 1, n. 1, p. 5-51, 1987.

MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. de Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Popular, 2008.

RICOEUR, Paul. *Time and Narrative*. v. 3. Trad. de Kathleen Blamey e David Pellauer. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

ROERMUND, Bert van. Instituting Authority. Some Kelsenian Notes. *Ratio Juris*, v. 15, n. 2, p. 206-218, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARTRE, Jean-Paul. Existentialism is a humanism. Trad. de Philip Mairet. In: KAUFMAN, Walter. (ed.) *Existentialism from Dostoyevsky to Sartre*. Wirral: Meridian Publishing Company, 1989.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEBER, Max. *Economy and Society*. Ed. e trad. por Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.

ENFRENTANDO A IMPUNIDADE: AS LEIS DE ANISTIA NA ARGENTINA, NO BRASIL E NO CHILE, E SUA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO EM NOME DO DIREITO À MEMÓRIA

Jonatan de Jesus Oliveira Alves[1]

Diego Nunes[2]

1. INTRODUÇÃO

Após a década de 60 do século passado, Argentina, Brasil e Chile tiveram seus governos tomados pelas forças armadas, eram os chamados "anos de chumbo", com a justificativa de contenção do comunismo no mundo, verdadeiras atrocidades foram cometidas, violando-se os direitos dos cidadãos em nome da mantença do poder das elites. (FERNANDES, 2010, p. 1675).

Esse cenário de intensa violação dos direitos humanos iniciou-se em tempos distintos nos já citados países, pertencentes ao cone sul da América Latina: o Brasil foi o primeiro, em 1964, seguido do Chile, em 1973, e posteriormente Argentina, que teve seu governo democrático derrubado em 1976.

Assim como os golpes autoritários, a abertura política desses países também ocorreu em momentos diversos, o que demonstra as singularidades existentes nos processos de transição de cada Estado;

1 Licenciado e Bacharel em História pela Universidade Federal de Uberlândia; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo; Pós-graduado em Processo Civil pelo Centro Universitário Internacional; Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: jonatanhistoriador@hotmail.com

2 Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Ciências Jurídicas (currículo História do Direito) pela Universidade de Macerata (Itália). Líder do "Ordo iuris"–Grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica. *E-mail*: diegonunes@ufu.br

porém, em meio às especificidades, pode-se notar um ponto em comum, que foi a elaboração de leis de anistia, na busca de uma não responsabilização de militares e civis pelas inúmeras afrontas aos direitos humanos durante a existência dos governos ditatoriais.

As leis de anistia apresentam-se como fruto de uma espécie de transição negociada (OLSEN; PAYNE; REITER, 2013, p. 243), formadoras de uma política de esquecimento que entende-se ser desrespeitosa e violenta, capaz de negligenciar, dentre outros, o direito à memória.

Ocorre que as marcas do passado são profundas e indeléveis, não se pode simplesmente esquecer, pelo que se problematiza: quais os diferentes contornos das leis de anistia da Argentina, do Brasil e do Chile? Seria realmente importante a superação dessas leis para a efetivação do direito à memória?

Objetiva-se com o presente artigo refletir sobre a transição para a democracia da Argentina, do Brasil e do Chile; porém, como trata-se de tema demasiadamente longo, opta-se por pensar um ponto que se entende por ser comum, a questão da elaboração das leis de anistia, na busca de analisar se a superação das marcas autoritárias são importantes para a consolidação da democracia, tendo como um dos pilares o direito à memória com importante elemento da reconstrução e formação da identidade nacional.

O presente artigo realizar-se-á através de estudo dogmático, tendo como método de abordagem o indutivo, que parte de análises de casos particulares para uma inferência universal, adotando como método de procedimento o histórico comparativo.

O primeiro tópico tratará dos contornos das leis de anistia na Argentina, no Brasil e no Chile; em último momento, será feito tópico específico para pensar-se o direito à memória e sua ligação com a democracia.

2. AS LEIS DE ANISTIA NO BRASIL, CHILE E ARGENTINA

Utiliza-se dos exemplos do Brasil, Chile e Argentina, dentro do contexto da América Latina, por apresentarem semelhanças entre si no

processo de elaboração de leis de anistia. Ambos os países foram marcados pela implantação de regimes autoritários em contexto histórico semelhante, e sofreram influências externas comuns (PEREIRA, 2010, p. 40), sendo importante o estudo comparativo dos casos para pensar a relevância do direito a memória na formação da identidade nacional.

2.1. O CASO BRASILEIRO

Em terras brasileiras, a última experiência ditatorial decorreu do golpe de Estado deflagrado em 31 de março de 1964 e consolidado em 1º de abril do mesmo ano, com a "colaboração" de parte do congresso nacional, e que acabou por depor o presidente João Goulart, instalando um regime de opressão nos moldes do que se passou a denominar no cone sul da América Latina como "ditaduras militares", porém com amplo apoio dos setores empresariais e suas lideranças civis. (TORELLY; ABRÃO; 2013, p. 113).

Havia no plano interno uma influência daquilo que ocorria no cenário internacional, a chamada "Guerra Fria", uma disputa político-ideológica entre Capitalismo (tendo como principal defensor os Estados Unidos) e o socialismo (tendo à frente a União Soviética), surge nesse contexto a chamada "doutrina de segurança nacional", partida sobretudo da Escola Superior de Guerra, com laços estreitos com os militares norte-americanos. (BARBOSA; ALCÂNTARA; AGUIAR, 2014, p. 6).

Com a doutrina de segurança nacional, o inimigo não mais estava necessariamente fora das fronteiras do Estado, mas poderia estar em qualquer lugar, em toda parte, bastava ir contra os anseios do governo repressor. Em nome da segurança nacional, vários cidadãos tornaram-se presos políticos, foram exilados e assassinados por não se submeterem aos ditames estatais. (BARBOSA; ALCÂNTARA; AGUIAR, 2014, p. 8).

Em meio à dura atuação estatal, iniciaram-se movimentos contestatórios, que ganharam diversos contornos, e, já em meados da década de 70, dentre as várias bandeiras, traziam a da anistia, conforme poderá ser analisado.

Alguns acontecimentos foram importantes para que a luta pela anistia ganhasse força; dentre eles, pode-se citar a morte do jornalista Vladimir Herzog no Destacamento de Operações de Informação–Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) de São Paulo em 25 de outubro de 1975, que demonstrou de maneira dura que a ditadura não escolhia classe social. (PORTO, 2009, p. 46).

Outro sinal do desejo de mudança ocorreu com a morte do presidente João Goulart, em 1976; em seu velório, a filha do ex-presidente estendeu uma faixa sobre o caixão do pai, com a palavra "anistia", demonstrando o descontentamento com o governo que havia exilado Jango, que veio a óbito na Argentina. (MEMORIAL da Democracia, 2015).

O Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), sob a liderança da advogada Therezinha Zerbine, foi de fundamental importância na luta pela anistia, sendo pioneiro como movimento legalmente constituído para o enfrentamento do regime militar. (PORTO, 2009, p. 47).

Em 1978 foi criado o Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), sendo formado por diversos grupos sociais, tais como advogados, jornalistas, estudantes, artistas e outros, que se uniam na luta pela anistia, que a partir daquele ano parece ter ganhado um maior vigor. (PORTO, 2009, p. 47).

A transição brasileira foi produzida por dentro do regime militar. O Congresso Nacional, controlado pela ditadura, inclusive com a figura do senador "biônico" (eleitos indiretamente), aprovou uma lei de anistia ambígua; o sonho de uma anistia ampla e irrestrita não foi materializado, mas, naquele momento, apesar de não ser tudo aquilo que reivindicava-se, a sociedade a acolheu como uma vitória inicial das forças sociais pró-democráticas (ABRÃO; GENRO, 2010, p. 111).

Nesse contexto surgiu a lei 6.683/79, a lei da anistia brasileira, que se encontra em vigência até os dias atuais, fruto da mobilização da sociedade civil, mas que ganhou contornos autoritários do legislativo brasileiro, que pugnava por uma transição "lenta, segura e gradual",

o que se pode observar em seu conteúdo, conforme expõe-se:

> [...] a lei de anistia aprovada pelo regime militar em 22 de agosto de 1979 não atendia plenamente aos objetivos dos movimentos que lutavam por ela: primeiro, não era uma anistia ampla e geral porque não englobava todos os punidos pelo regime militar, eram excluídos por volta de 195 "terroristas" (Art. 1°, § 2°, lei nº 6.683/79, Legislação Federal Brasileira), conforme a definição do governo com base na Lei de Segurança Nacional vigente. Além disso, também não era uma medida irrestrita porque o retorno ou reversão às antigas atividades e aos postos ocupados pelos afastados ou aposentados pelo regime militar (civis e militares) dependia de aprovação da administração competente pelo respectivo cargo, devendo o anistiado requerer oficialmente esse deferimento (Art. 2° e 3°, lei nº 6.683/79, Legislação Federal Brasileira). (PORTO, 2009, p. 50).

A lei de anistia demonstra a existência de uma espécie de abertura democrática controlada, não permitindo que após o florescimento da democracia houvesse uma punição dos responsáveis por inúmeras violações dos direitos humanos, pois a lei prevê um perdão a "todos"[3], interpretado como extensivo aos militares e civis envolvidos em crimes de lesa-humanidade do período de 1961 a 1979.

Essa espécie de acordo pela abertura do regime parece de certa forma ter sido eficaz para um recuo dos militares, sendo que em 1985 houve eleições indiretas para a presidência brasileira, elegendo-se Tancredo Neves para presidente.

Sobretudo a partir da década de 90, houve um desenvolvimento teórico global sobre o tema, relacionado à violação de direitos humanos por governos ditatoriais, demonstrando-se a necessidade da punição dos responsáveis dos crimes ocorridos durante regimes autoritários, em nome da verdade, da memória e da não repetição; nesse sentido, importante é destacar os trabalhos da Corte Interamericana

3 Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

de Direitos Humanos. (OLSEN; PAYNE; REITER, 2013, p. 245).

Porém, apesar do dito, a doutrina e a jurisprudência nacional têm tido certa dificuldade em acolher os importantes apontamentos internacionais, o que sem sombra de dúvida é um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

Corrigindo interpretação atual de nosso Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153[4] (STF, 2010), a Corte Interamericana de Direitos Humanos manifestou-se sobre o caso Gomes Lund x Brasil, julgado em 2010[5] (CIDH, 2010), meses após a decisão acima citada, que deixou claro o fato de não se poder alegar a lei de anistia como escudo para julgar os crimes de lesa humanidade.

Até o momento o Brasil não seguiu a decisão da Corte Interamericana, e, na busca de tentar resolver tal situação, o Partido Socialismo e Liberdade ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 320[6], pedindo a efetividade da sentença da Corte no Caso Gomes Lund x Brasil; a petição foi protocolizada no dia 15/05/2014, porém ainda não houve decisão sobre o caso.

Da análise do caso brasileiro, pode-se concluir que a transição para a democracia em nossa realidade tem suas caracterizações específicas, pois o processo de abertura foi criado e sacramentado pelo governo anterior, que estabeleceu as diretrizes para seu acontecimento, e, como afirma Torelly (2012), tem-se inclusive uma dificuldade para se colocar o espaço temporal definitivo para o fim do governo repressor:

> No caso brasileiro em concreto, mesmo existindo clareza sobre a data limite para marcar o final do regime militar, com a eleição de

4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 foi impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pelo entendimento de que o parágrafo 1º. do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979, que dava anistia ampla e irrestrita a aqueles que haviam cometido crimes políticos e de natureza política durante a ditadura militar, seria incompatível com a Constituição Federal de 1988, tal ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

5 O caso Gomes Lund x Brasil, julgado na corte interamericana de Direitos Humanos, que afirmou que a normas internas não podem ser utilizadas a título de alegar prescrição ou qualquer tipo de escusa para julgar os crimes de lesa-humanidade.

6 ADPF 320, aguardando julgamento, relator Luiz Fux.

> um presidente civil por via indireta em 1985, persiste na literatura uma razoável divergência sobre a data-chave marcou o início da democracia: se esta mesma, em 1985, ou se a promulgação da nova Constituição. Recentes notícias na imprensa nacional, dão conta de que os aparelhos de segurança seguiram monitorando autoridades civis mesmo durante a década de 90 [...] (TORELLY, 2012, p. 76).

Nota-se que o processo de transição brasileiro, levado adiante pelo próprio regime ditatorial, demonstra seus interesses em influir no conteúdo, cronologia, limites, enfim, na conformação da futura democracia que sucederia a ditadura, na medida em que os mecanismos transicionais acabaram por levar a formulação de um sistema que na sua gênese acobertou as atrocidades do governo ditatorial, acabando por gerar uma sensação de impunidade.

As lideranças civis e militares da ditadura propugnavam uma "abertura, lenta, segura e gradual", evitando o enfrentamento das questões relativas ao passado, na busca da formação de uma memória que identificasse os autores e as circunstâncias das atrocidades cometidas. Buscavam lançar a "culpa" dos acontecimentos ao contexto histórico, tornando assim, em tese, dispensável a punição dos infratores, em especial sob o argumento da "reconciliação" nacional que identificava anistia com esquecimento, renegando a conclusão óbvia de que somente se pode perdoar aquilo que é conhecido.

Conforme já afirmado anteriormente, não só o Brasil viveu a aspereza do regime militar, a Argentina também passou por esse processo de carência de democracia, pelo que se expõe o próximo tópico.

2.2. LEIS DE ANISTIA NA ARGENTINA

A Argentina viveu, assim como o Brasil, um recente período ditatorial; apesar de uma duração mais curta (1976-1983), o governo autoritário na Argentina foi capaz de deixar cicatrizes em seu povo e sua história. Nesse sentido, afirma Alejandro Andreassi:

> El propósito de los golpistas de 1976 era fundar una nueva legalidad, una nueva escala de valores y de normas sociales que redujera el exterminio del disidente político a la categoría de procedimiento

> político rutinario, como método fundamental de ejercicio del poder en un nuevo orden que sustituyera la discusión y la crítica abierta de lo político y lo social por la obediencia ciega, en una nueva pirámide de rígidas jerarquías coronadas por una elite integrada por los comandantes golpistas y sus socios civiles. (ANDREASSI, 2010, p. 1).

Nesse propósito de fundação de uma nova legalidade, os subversivos deveriam ser eliminados, não se suportava ouvir a voz controversa; sendo assim, os extermínios eram frequentes, tendo um caráter secreto; não se expunha a prática criminosa, como forma de ocultar da opinião pública a forma como estava sendo feito o "controle", mas, ao mesmo tempo, era certa a existência desse "controle", gerando uma sensação de insegurança e, logo, de submissão da população (ANDREASSI, 2010, p. 2-3).

Para além do extermínio, a prática da tortura também era frequente; os militares argentinos organizavam centros de detenção clandestinos, onde os prisioneiros eram submetidos aos mais diversos tipos de atrocidades, em meio a interrogatórios, para que delatassem suas supostas práticas subversivas. (KRAUT; LORENZETTI, 2011, p. 80).

Os centros de detenção clandestinos eram verdadeiros campos de concentração, onde o cidadão era despido de todos seus direitos. Vale lembrar que, muitas das vezes, mulheres eram detidas, torturadas, e em muitos casos tinham suas crianças sequestradas e entregues a simpatizantes do regime militar. (KOIKE, 2013, p. 2).

Poder-se-ia elencar uma série de atrocidades; foram cerca de sete anos de intensa violação dos direitos humanos na Argentina, e a intensa mobilização popular fez com que houvesse o fim desses tempos sombrios e eleições diretas no ano de 1983.

O candidato eleito em 1983 foi Raúl Ricardo Afonsín. Dentre as primeiras medidas tomadas pelo presidente, teve-se a preocupação em enviar projeto ao congresso para a inclusão da pena de tortura na mesma pena do crime de homicídio e ratificar vários tratados sobre direitos humanos; nascia assim a possibilidade da reparação dos males cometidos à população argentina.

Raúl Afonsin criou a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, e tal comissão produziu um informe que apontou que, durante os anos da ditadura, cerca de mil pessoas desapareceram; porém, calculava-se um valor muito maior de desaparecidos, na medida em que muitos dos familiares não denunciavam por medo. (KRAUT; LORENZETTI, 2011, p. 87).

Tão logo o julgamento dos militares iniciaram, começaram também as pressões sobre o governo, que acabou por ceder com a elaboração da chamada "Lei do ponto final". A primeira lei, n. 23.492, assim afirmava:

> *Artículo. 1º.- Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley Nº 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.* (ARGENTINA, 1986).

Tal lei então fixou um prazo de 60 dias para a prestação de denúncias pelos crimes cometidos durante a ditadura militar e as denúncias que já estivessem em curso seriam desconsideradas, a menos que o tribunal competente tomasse providências durante esse lapso. (ARGENTINA, Lei 23.492/86, art. 3º) [7].

A lei era uma verdadeira afronta à memória e, conforme afirmam Kraut e Lorenzetti (2011, p. 104), foi duramente combatida por organizações de direitos humanos, que observavam o retrocesso que poderia ser tal dispositivo.

Os militares negavam-se a todo custo a serem julgados, e as

7 ***Artículo. 3°-****Cuando en las causas en trámite se ordenare respecto del personal en actividad de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, cualquiera sea su rango, la detención o prisión preventiva previstas en los artículos. 363 a 375 del Código de Procedimientos en Materia Penal o en los artículos 309 a 318 del Código de Justicia Militar, tales medidas se harán efectivas bajo el régimen del inc. 2° del artículo 315 de este último Código; a petición del jefe de la unidad en que prestare servicio aquel personal, o de cualquier otro oficial superior de que dependiese. En este caso el superior será responsable de la comparecencia inmediata del imputado todas las veces que el tribunal lo requiera.* (ARGENTINA, 1986).

pressões sobre o governo levaram à elaboração da lei de número 23.521[8], conhecida como lei de "obediência devida", que apontava para uma presunção de inocência daqueles que eram militares de baixa patente e que haviam atuado sob mando, e aqueles que exerceram comando de chefia, porém não foi provado que haviam atuado seguindo ordens.

Pode-se afirmar, a grosso modo, comparando com a legislação criada no Brasil, que essas leis foram espécies de leis de anistia, pois acabaram por evitar uma punição mais dura aos militares.

Para além da lei de obediência devida e a lei do ponto final, após o governo Raúl Afonsin também houve indutos presidenciais na Argentina. Ricardo Luiz Lorenzetti e Alfredo Jorge Kraut (2011, p. 99) afirmam que o presidente Carlos Saúl Memem emitiu cerca de dez decretos[9] dando indutos a militares, sendo que aqueles que não

8 ***Artículo. 1º -****Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley Nº 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida*
La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta dias de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.
En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.
Artículo. 2°-*La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles.*
Artículo 3º-*La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco (5) días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite dictará, respecto del personal comprendido en el artículo 1º, primer párrafo, la providencia a que se refiere el artículo. 252 bis del Código de Justicia Militar o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere.* (ARGENTINA, 1987).

9 Decreto 1002/89: Indulta a todos los jefes militares procesados que no habían sido beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, excepto el ex-general Carlos Guillermo Suárez Mason, que había sido extraditado de los Estados Unidos.
Decreto 1003/89: Indulta a líderes y miembros de los grupos guerrilleros y otras personas acusadas de subversión, entre ellas personas que se encontraban muertas o "desaparecidas". También indulta a militares uruguayos.
Decreto 1004/89: Indulta a todos los participantes de las rebeliones militares carapintadas de Semana Santa y Monte Caseros en 1987 y de Villa Martelli en 1988.
Decreto 1005/89: Indulta a los ex-miembros de la Junta de Comandantes Leopoldo Galtieri, Jorge Isaac Anaya y Basilio Lami Dozo, condenados por los delitos cometidos en la conducción de la Guerra de las Malvinas.
Decreto 2741/90: Indulta a los ex miembros de las juntas de comandantes condenados en el Juicio a las Juntas de 1985 Jorge Rafael Videla, Emilio Massera, Orlando Ramón Agosti,

foram contemplados pela lei de obediência receberam tal benefício, um verdadeiro desrespeito ao poder judiciário.

As leis ora referidas e os indultos acabaram por gerar consequências terríveis àqueles que desejam o direito à verdade e à memória. Pode-se citar o caso 12.059, Carmem Lapacó x Argentina. Em março de 1977, em Bueno Aires, doze homens armados invadiram a casa da senhora Lopacó, levaram sua filha Alejandra juntamente com alguns familiares para uma detenção denominada "Clube Atlético", e foi neste lugar que a senhora Lopacó entrou em contato pela derradeira vez com sua filha, tendo em consideração que foram liberados todos os familiares com exceção de Alejandra. (CIDH, 2000).

Em 1983, o caso passou a fazer parte de uma série de outros que foram denunciados, relativos ao "Clube Atlético", e, quando o processo estava chegando ao seu fim, chega a lei da obediência obrigatória, retirando do rol uma série de acusados; por fim, vieram os indultos que terminaram por eliminar todos os algozes que fizeram parte dessa fatalidade. (CIDH, 2000).

Após esgotar todas as vias judiciais internas, a senhora Carmem Aguiar Lopacó, alegando uma afronta à verdade, à justiça e a memória, recorre, junto às Avós da Praça de Maio (organização argentina de direitos humanos), à Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando o Estado argentino resolve por fazer um acordo.

O caso levado adiante pela senhora Carmem acabou por criar jurisprudência a respeito, gerando a elaboração de uma série de leis referentes à violação dos direitos humanos durante a ditadura militar argentina.

Deve-se também ter em mente que, com o desenrolar dos anos,

Roberto Viola, y Armando Lambruschini. Indulta también a los militares condenados en crímenes de lesa humanidad Ramón Camps y Ovidio Riccheri.
Decreto 2742/90: Indulta a Mario Eduardo Firmenich, líder de la organización guerrillera Montoneros.
Decreto 2743/90: Indulta a Norma Kennedy, procesada por malversación de fondos públicos.
Decreto 2744/90: Indulta a Duilio Brunello, condenado a inhabilitación absoluta y perpetua por el delito de malversación de fondos públicos.
Decreto 2745/90: Indulta al ex-ministro de Economía José Alfredo Martínez de Hoz procesado por participación en los delitos de lesa humanidad (secuestro y torturas) contra Federico y Miguel Ernesto Guthein.
Decreto 2746/90: Indulta al ex militar Guillermo Suárez Mason por delitos de lesa humanidad.

consolidou-se uma legislação internacional sobre o tema, de forma que muitos países, como Itália, Alemanha e Espanha, começaram a pedir pelo julgamento de crimes cometidos, alegando a nacionalidade passiva, por envolver cidadãos ligados a esses países. Em meio à situação, o governo argentino negava-se a aceitar tal interferência, alegando não compatibilidade com a Constituição. (KRAUT; LORENZETTI, 2010, p. 119).

Em meio às questões, em 2003, foi editada a lei 25.779, que declarou a nulidade das leis de obediência devida e do ponto final e abriu espaço para o sistema judicial poder trabalhar em prol do fim da impunidade de tantos anos, e muitos processos voltaram ao seu curso. Quanto aos indultos, muitos juízes os declararam inconstitucionais; outros alegaram a existência de coisa julgada, e a corte suprema acabou por adotar o entendimento da imprescritibilidade nos crimes de lesa humanidade.

A justiça de transição argentina parece então ter chegado em um ponto de valorização dos direitos humanos, de forma a permitir a investigação em busca da verdade, e, se não se conseguir resolver todas as situações, então que ao menos crie-se um direito à memória voltado à reparação.

Observando-se então o caso brasileiro e o argentino, passa-se então ao Chile, que também apresenta aspectos interessantes.

2.3. LEI DE ANISTIA NO CHILE: DECRETO LEI 2191

A ditadura chilena foi implantada em 11 de setembro de 1973. Com a derrubada do governo democrático de Salvador Allende, assumiu o poder o general Augusto Pinochet. O Chile, assim como Brasil e Argentina, viveu dias sombrios; a experiência ditatorial chilena também contou com inúmeras violações aos direitos humanos, torturas, assassinatos e vários atentados às liberdades dos indivíduos. Assim, observa-se:

> Uno de los objetivos centrales de los discursos y medidas impulsadas y llevadas adelante a contar del 11 de septiembre de 1973, fue–parafraseando un trabajo de Pedro Oliver Olmo–la "estructuración del orden y respuesta al desorden", en otras palabras, disponer de un cuerpo legal, jurídico y punitivo, no sólo tendiente a la "legalización"

> del miedo, el terror y la represión, sino también a su "legitimación". (ARENADA, 2012, p. 4).

Essa suposta "resposta à desordem" parece ter sido um ponto comum entre os países ora aqui estudados; tal discurso sem dúvida alguma era a legitimação da repressão.

No Chile, conforme aponta Danny Gonzalo Arenada (2016, p. 16), tinham três caminhos aqueles que eram considerados pelo governo Pinochet como "inimigos internos", sendo eles: o cárcere, o exílio ou a morte. Tal afirmativa aponta que existia uma grande semelhança entre as ditaduras da Argentina, do Brasil e do Chile no que concerne à atuação Estatal em desfavor dos subversivos.

Essa semelhança inclusive pode ser visualizada no momento da elaboração da legislação sobre anistia; em 1978 houve a criação do decreto-lei 2191, que nas suas considerações iniciais indicava que o Chile vivia em uma tranquilidade geral, desfrutando de ordem, gerando a possibilidade então da anistia, sobretudo em nome de uma unidade nacional[10].

Diferente da lei brasileira, que é extremamente técnica, o decreto-lei de anistia chilena traz considerações iniciais, apontando para uma espécie de conciliação nacional, feita pelas mãos dos militares. Cabe considerar ainda que, ao contrário da lei de anistia brasileira, elaborada pelo legislativo, no caso da "lei de anistia" chilena temos a criação pelo executivo, o que talvez demonstre uma manipulação ainda maior por parte do Estado.

O decreto-lei 2191 proporcionou uma anistia controlada, não permitindo àqueles que tivessem sido processados retornarem para o Chile, demonstrando que os opositores do regime Pinochet não eram bem-vindos[11]. Porém, de outro lado, o texto do decreto deixa claro

10 Considerações iniciais, decreto lei chileno 2191: 1°- La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;

11 Artigo 1º. do decreto-lei chileno: Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de

que Pinochet eximia seus subordinados das atrocidades cometidas.

Após 10 anos da criação do decreto de anistia, a Corte Suprema do Chile decidiu que este não mais se aplicaria nos casos de violação dos direitos humanos, havendo um grande avanço nas investigações relativas a desaparições forçadas, torturas e execuções. Tal decisão foi lançada no caso Pedro Poblete Córdova[12], processo N° 469-98, em que se afirmou a necessidade de respeito aos tratados e convenções de direitos humanos assinados pelo país.

No ano de 1998, o mesmo da sentença da Corte Chilena, o general Augusto Pinochet foi preso em Londres, sendo tal fator ponto importante para a nova política judiciária a ser implementada. Evento de suma importância também foi a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Almonacid Arellano[13] e outros vs Chile (CIDH, 2006), em que se decidiu pela condenação do Estado Chileno pela violação dos direitos humanos cometidos no caso.

A partir do dito, observa-se que o decreto-lei de anistia do Chile ainda encontra-se em vigor; todavia, a judiciário chileno tem encontrado formas de "driblar" tal lei, na busca de condenar aqueles que após o devido processo legal forem considerados culpados por crimes de lesa-humanidade durante a ditadura militar desse país.

Ocorre que a anulação do decreto-lei 2191 é questão latente no Chile, conforme demonstram notícias jornalísticas (MARENGO, 2015). Nesse contexto, talvez brote a pergunta no sentido de que, se as investigações e condenações são feitas, se o decreto-lei não é levado em consideração nos casos dos crimes contra os direitos humanos desde 1998, qual então a importância de revogar tal instituto.

A revogação desse instituto é nada mais que uma prestação de contas com o passado, é uma busca de reconciliação, é não possibilitar

Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

12 Pedro Enrique Poblete Córdova, dirigente sindical, militante da MIR, foi detido por agentes da Direção de Inteligência Nacional (DINA) em 19 de julho de 1974, às 10:30 horas e depois conduzido para a morte.

13 Militante do Partido Comunista, foi detido em casa e posteriormente morto por integrantes do governo em 1973.

que as marcas do autoritarismo continuem vivas, é fazer com que o direito humano e fundamental à memória seja respeitado.

3. O NECESSÁRIO RESPEITO AO DIREITO À MEMÓRIA

Pode-se pensar a memória como versão do passado, sendo essencial à construção da identidade nacional, podendo ser inclusive instrumento de dominação, na medida em que as classes dominantes historicamente buscam a formação de uma memória hegemônica para esmagar versões dissidentes. Assim caminha o pensamento de Pierre Nora:

> A memória é a vida, sempre carregada por grupos vivos e, nesse sentido, ela está em permanente evolução, aberta à dialética da lembrança e do esquecimento, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todos os usos e manipulações, suscetível de longas latências e de repentinas revitalizações. (NORA, 1993, p. 9).

A partir dos conceitos de Pierre Nora, pode-se entender que a memória é parte essencial dos direitos humanos e fundamentais, na medida em que não esquecer os acontecimentos do passado pode gerar exemplos para o futuro, que, materializados, surgem como direitos.

Existe uma multiplicidade de memórias; como afirma Halbwachs (2006, p.29-30), existem tantas memórias como grupos existem. Essas diferentes versões do passado se confrontam no presente, e esse embate, se devidamente aproveitado, pode ser respaldo para diferentes direitos; como nota-se no caso do nazismo, a memória das atrocidades cometidas durante período tão terrível à humanidade são fontes de luta para consubstanciação de direitos que busquem a não repetição.

Com toda certeza afirma-se que o direito é fruto de uma construção temporal, estando em constante adequação; sendo assim, a memória é pilar importante nessa formação, pois permite a atualidade e funcionalidade do direito às necessidades atuais.

Pelos argumentos acima, advoga-se na tese de que a memória é um direito e seu desrespeito gera consequências afrontosas à estrutura de direitos vindouros, e direitos humanos e fundamentais já estabelecidos.

Observa-se que, ao permitir que outras versões do passado

possam ser levadas em conta, impede-se que a cristalização de uma memória autoritária possa ser efetuada, a exemplo das ditaduras já citadas (Brasil, Argentina e Chile), ao se levar em consideração as diferentes vozes sobre o passado, impede-se a formação de uma memória baseada em um discurso da intervenção militar como necessidade para reestrutura de governos caóticos. (ABRÃO; GENRO, 2010, p. 16).

A possibilidade de memórias divergentes é essencial à democracia, um dos problemas das jovens democracias dos já citados Estados latino-americanos está na sua constituição, que negligenciou as atrocidades do passado autoritário, não respeitando o direito à memória. Assim se observa:

> A sucessão de regimes repressivos e autoritários, ditatoriais e/ou totalitários que avassalaram a América Latina, entre meados dos anos 60 e 80, ainda não foi tratada de forma sistemática por nenhum regime democrático em processo de afirmação do continente. Isso se justifica, de uma parte, porque todas as transições políticas para a democracia foram feitas sob compromisso. De outra porque a democracia expandiu-se mais como "forma" do que como "substância". (ABRÃO; GENRO, 2010, p. 18).

Essa ideologização da memória, que marca as ditaduras como regimes salvacionistas, impede uma reconciliação com o passado, na medida em que impõe a verdade daqueles que eram beneficiados pelos regimes autoritários. No caso brasileiro, por exemplo, tenta-se impor a ideia de necessidade do regime militar, que foi período de paz civil e prosperidade econômica, sendo um caminho essencial à democracia. (ABRÃO; GENRO, 2010, p. 19).

Logicamente que não se está a falar da construção de uma visão maniqueísta que confronte o "bem" contra "mal", o "certo" contra o "errado", senão cair-se-ia no risco da desconstrução de uma memória do autoritarismo por uma memória de vitimização total. A grande preocupação está em identificar, nas entranhas do Estado, o tipo de ordem jurídica e política capaz de instrumentalizar os homens para transformá-los em máquinas de destruição de seus semelhantes. (ABRÃO; GENRO, 2010, p. 19).

O que se tem de fazer, sobretudo nos estados pós-autoritarismo, é exercitar a memória, para a construção de uma identidade nacional voltada à democracia; rememorar é preciso, por mais doloroso que seja, o passado não pode ser negligenciado, principalmente em países que estão consolidando suas democracias. Esse exercício talvez não esteja apenas ligado à não repetição, mas também à ideia de fazer justiça às vítimas que tiveram suas vozes caladas.

Quando se traz ao debate a elaboração de leis de anistia na transição para a democracia em países como Argentina, Brasil e Chile, é necessário pensar que tais leis foram afrontosas ao direito à memória, na medida em que formaram uma barreira à justiça e à possibilidade de verdadeira compreensão do que seja uma ditadura militar.

Nos vizinhos Chile e Argentina, conforme dito alhures, essas leis já estão sendo superadas, e talvez em caminho inverso encontre-se o Brasil, que até o presente momento ainda não revogou a lei de anistia de 1979.

Entende-se que a revogação de tais leis para além da concretude, tem o valor simbólico de demonstrar que o autoritarismo não é o melhor caminho.

Superar as leis da anistia nada mais é do que respeitar o direito à memória como direito humano e fundamental, possibilitando a formação de uma identidade nacional marcada pelo apego à democracia e à dignidade da pessoa humana, deixando de lado a ideia de um homem brasileiro cordial avesso a rupturas, é demonstrar que não se deve esquecer, e que ainda resta um longo processo político e jurídico para a consolidação da democracia tanto do Brasil como dos demais países já citados.

4. CONCLUSÃO

A partir do que já foi mencionado nas linhas anteriores, já pode-se elaborar uma conclusão, primeiramente tratando das leis de anistia da Argentina, do Brasil e do Chile, e posteriormente trazendo à reflexão o direito à memória.

No Brasil a lei de anistia foi responsável pelo não julgamento e condenação de militares envolvidos em crimes de lesa humanidade no período de 1964 a 1985 e, apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos já ter se manifestado para que o Brasil mude seu posicionamento, até o momento nenhuma atitude efetivamente foi tomada, demonstrando-se uma total falta de compromisso com o Estado Democrático de Direito.

Na Argentina, houve uma variação na tratativa, o governo democrático iniciou uma política de investigação a atitudes que violaram os direitos humanos durante a ditadura, e posteriormente houve a criação da "lei do ponto final", posteriormente a "lei de obediência" e os indultos, o que fez com que houvesse uma interrupção inclusive nos processos em trâmite naquele país. Com a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao longo da década de 90, logo as leis conhecidas como leis de anistia acabaram sendo declaradas inconstitucionais, e o posicionamento dos tribunais começaram a mudar no sentido de possibilitar a condenação dos autores de atrocidades.

No Chile, o trabalho da Corte Nacional e da Corte Interamericana dos direitos humanos fez com que o decreto-lei de anistia 2191 não fosse aplicado para os casos de violação dos direitos humanos desde 1998, porém até o presente momento tal decreto não foi revogado, o que faz com que uma importante marca do governo Pinochet ainda perdure diante da democracia.

Através dos casos citados, pode-se afirmar que a Argentina foi o país que melhor superou a legislação de anistia, em seguida o Chile; o Brasil parece estar longe ainda de chegar à realidade dos vizinhos, os laços das instituições ligadas à ditadura parecem estar muito mais apertados em terras brasileiras.

A partir do dito, busca-se pensar que a superação de tais leis de anistia é importantíssima para a efetivação do direito à memória, na medida em que a continuidade de legislações nesse sentido acarreta a impossibilidade de se fazer justiça a vítimas do passado e afasta a consciência da necessária não repetição.

Devemos então mirar nos vizinhos argentinos e chilenos; não que tais países tenham alcançado um patamar máximo de superação de seu passado autoritário, mas ao menos já deram os primeiros passos na busca da superação de tais leis e na efetivação do direito à memória.

Deve-se ficar claro que a mantença das marcas autoritárias custa caro aos mantenedores, sendo verdadeiras ervas daninhas dentro do Estado Democrático de Direito, podendo brotar a qualquer momento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. *Os direitos da transição e a democracia no Brasil:* estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. Memória histórica, justiça de transição e democracia sem fim. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo *et al.* (Org.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro:* estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão deAnistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

ARENADA, Danny Gonzalo Monsálvez. Chile, la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet y el exilio como dispositivo de control social: El caso de la ciudad de Concepción. *Jornadas de trabajo:* Exilios Políticos del Cono Sur en el siglo XX. 2012. Disponível em: <http://jornadasexilios.fahce.unlp.edu.ar/i-jornadas/ponencias/MONSALVEZ_ARANEDA.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2016.

ADPF 320. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>. Acesso em: 07 dez. 2016.

ANDREASSI, Alejandro. Dictadura militar en Argentina (1976-1983): naturaleza y antecedentes del Estado genocida. 2010. 11p. Disponível em: <http://www.elortiba.org/pdf/andreassi_dictadura.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2016.

ARGENTINA. *Lei Ponto Final (Lei 23.492/86).* Buenos Aires, 1986.

BARBOSA, Xênia de Castro; ALCÂNTARA, Mauro Henrique Miranda de; AGUIAR, Verônica Aparecida Silveira (Org.). *História, memória e direitos humanos:* 50 anos da ditadura militar no Brasil. Salvador: Pontocom, 2014.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Direito à verdade e à memória:* Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRITO, Alexandra B. de. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição.* Brasília: Ministério da Justiça, n. 1. jan. / jun. 2009.

CHDI–Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.* Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

CIDH–Comissão Interamericana de Direitos humanos**.** *Caso 12.059.* Carmem Lopacó, Argentina. 2010. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Soluci%C3%B3n%20Amistosa/Argentina12059.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

CHILE – Decreto Ley 2191 de 1978.

FERNANDES, Pádua. Ditadura Militar na América Latina e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: (in)justiça de transição no Brasil e Argentina. In: REY TRISTÁN, Eduardo; CALVO GONZÁLEZ, Patricia. *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles:* congreso internacional, Sep 2010, Santiago de Compostela, Spain. Universidade de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp.1674-1692, Cursos e Congresos; 196.

GRAUS, Eros. Supremo Tribunal Federal. *Decisão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153.* Brasília, DF, 29 de abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em: 3 set. 2016.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2006.

KOIKE, Maria Lygia. O sequestro de crianças pela ditadura militar Argentina e atuação das Avós da Praça de Maio pelo direito à verdade (jurídica e biológica) e à memória. *Revista Gênero & Direito,* v.2, n.1, 2013. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/16945/9645>. Acesso em: 07 dez. 2016.

KRAUT, Alfredo Jorge; LORENZETTI, Ricardo Luís. *Derechos humanos:* justícia y reparación. Buenos Aires: Sudamericana, 2011.

MARENGO, Guadalupe. Chile: La Ley de Amnistía mantiene vivo el legado de Pinochet, *El País Internacional*, 11 sep. 2015. Disponível em: <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/11/actualidad/1441979718_729682.html>. Acesso em: 07 dez. 2016.

MEMORIAL da Democracia, 2015. Disponível em: <http://www.memorialdademocracia.com.br/card/jango-morre-no-exilio-argentino>. Acesso em: 06 dez. 2016.

MEMORIA Viva. Desaparecidos: Luis Alfredo Almonacid Arellano. <http://www.memoriaviva.com/Ejecutados/Ejecutados_A/luis_alfredo_almonacid_arellano.htm>. Acesso em: 07 dez. 2016.

MEMORIA Viva. Desaparecidos: Pedro Enrique Poblete Cordova. <http://www.memoriaviva.com/Desaparecidos/D-P/pedro_enrique_poblete_cordova.htm>.

NORA, Pierre. *A problemática dos lugares, entre memória e história*. Tradução de Yara Ahun Khoury. São Paulo: Projeto História, 1993.

NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. *A ditadura militar na Argentina. 1976-1983*. São Paulo: Edusp, 2007.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). *Justiça de Transição*

nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, ANTHONY W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina.* Tradução Patrícia de Queiroz. São Paulo. Paz e Terra, 2010.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. Terror Ampliado: a ditadura civil-militar argentina de 1976 e a repressão patronal. *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História* – ANPUH–São Paulo, julho 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (coord.) *Justiça de transição nas Américas:* olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOUZA, Jessie Jane Vieira. In: PAINE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Org.). *Anistia na era da responsabilização:* o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição e estado constitucional de direito:* perspectiva teórico comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira, A terceira fase da luta pela anistia. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Org.). *Justiça de transição nas Américas:* olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

AVALIAÇÕES DE IMPACTO COMO FORMA DE APERFEIÇOAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Diego da Silva Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF88), a chamada Constituição Cidadã, é definitivamente um marco para a consolidação do Estado de Bem-Estar Social brasileiro (SILVA, 2013). É graças a ela que uma série de Direitos Fundamentais relacionados à proteção social e ao desenvolvimento econômico se tornaram deveres do Estado, que passa a ter a responsabilidade de promovê-los através de ações positivas. Nessa Constituição, a fim de garantir os princípios da igualdade e dignidade humana, estão expressos fundamentos e disposições relativos à, por exemplo, superação da miséria–como em artigo 6º, que explicita a importância da proteção dos desamparados.

A partir daí, o Estado de Bem-Estar Social brasileiro passou a se equipar de uma série de instrumentos universalistas para a garantia da dignidade humana e a promoção da igualdade, como a expansão da cobertura da seguridade social a todos os cidadãos do país (cuja maior expressão é o Benefício de Prestação Continuada), o estabelecimento de um sistema universal de saúde, e mesmo a criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, já no ano 2000.

Passadas três décadas da promulgação da CF88, no entanto, muitos dos princípios e diretrizes lá estabelecidos permanecem inatingidos no Brasil. Uma parcela significativa de brasileiros continua, apesar do que determina a CF88, à margem dos benefícios

considerados fundamentais à sua dignidade, como saúde, educação e renda. Apesar dos avanços inegáveis propostos pela CF88 no que tange à construção de um Estado de Bem-Estar Social generoso, o Estado brasileiro ainda é incapaz de cumpri-la em sua plenitude ou, pelo menos, em um nível que atenda minimamente as necessidades de uma quantidade significativa de cidadãos socialmente desfavorecidos.

Essa situação se explica parcialmente pelo contexto econômico em que a CF88 foi promulgada. A década de 1980, período em que a Constituição Cidadã começa a articular a formação do Estado de Bem-Estar Social brasileiro, é chamada de "década perdida" por ser marcada pelo esgotamento do modelo de substituição de importações e, consequentemente, por baixas taxas de crescimento econômico. É nesse período que igualmente se torna evidente o problema fiscal do Estado brasileiro, cujo principal sintoma foram as altas taxas de inflação vividas pelo país principalmente entre 1986 e 1994. A urgência de estabilizar a economia trouxe consigo a necessidade de controlar os gastos públicos no exato momento em que o Estado de Bem-Estar Social brasileiro se formava – dilema que, de certa forma, permanece até os dias atuais.

Dado esse cenário, o Brasil opta, então, pela busca da igualdade substancial e da promoção da dignidade humana através de políticas públicas focalizadas em grupos sociais cada vez mais restritos, frequentemente em detrimento de políticas universalistas. Exemplos dessas políticas públicas focalizadas são as ações afirmativas (dentre as quais se destaca a política de cotas raciais para o ingresso de estudantes nas universidades públicas) e as políticas de transferência de renda condicionada (onde o destaque é o Programa Bolsa Família). Portanto, em um contexto de carências sociais graves e crise fiscal do Estado, as políticas públicas focalizadas passaram a exercer um papel protagonista, mais que as políticas universalistas, para o cumprimento das determinações impostas pela promulgação da CF88, há trinta anos.

Com as políticas públicas focalizadas tendo uma função tão relevante no Estado de Bem-Estar Social brasileiro, um componente importante de seu processo de implementação deveria ser seu monitoramento e avaliação. Porém, o Brasil ainda carece de sistemas rigorosos de monitoramento e avaliação de suas políticas públicas a fim de averiguar se estas de fato atingem os objetivos a que se propõem. A falta desses sistemas implica na eventual implementação de políticas públicas ineficazes e no desperdício de recursos públicos, além de deslegitimar a ação do Estado perante a sociedade e deixar o debate acerca das políticas públicas à mercê da demagogia e proselitismo.

No arcabouço de métodos de monitoramento e avaliação de políticas públicas, um merece destaque: a avaliação de impacto. Quando corretamente conduzida, a avaliação de impacto é capaz de identificar e medir a relação causal entre a ação exercida por uma política pública e um potencial resultado observado. Assim, a implementação de avaliações de impacto no Brasil teria a capacidade de aperfeiçoar a forma como as políticas públicas são implementadas e, logo, fazer com que as ações do Estado se tornem mais eficientes no atingimento das diretrizes determinadas pela CF88.

Portanto, o objetivo desse trabalho é apresentar e discutir os principais componentes de uma avaliação de impacto, e as contribuições que esta pode prover à implementação de políticas públicas no Brasil. Inicialmente, uma discussão acerca de implementação de políticas públicas à luz dos Direitos Fundamentais e das restrições de recursos do Estado é apresentada; posteriormente, os principais conceitos e componentes de uma avaliação de impacto, e quais respostas ela oferece às limitações do Estado brasileiro no atingimento do que é proposto pela CF88, são discutidos; a trabalho prossegue com o debate acerca das limitações e dificuldades da implementação de uma avaliação de impacto, passando pela apresentação de alguns exemplos de avaliação de impacto aplicados ao caso brasileiro, e terminando com suas conclusões.

2. O ESTADO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

No Brasil, um dos grandes dilemas sociais é o fato de que as determinações impostas pela CF88 em relação ao bem-estar social e ao desenvolvimento não se observam empiricamente de forma plena. As limitações administrativas e de recursos do Estado brasileiro impedem que uma série de direitos estabelecidos pela atual Constituição do país sejam, de fato, levados a cabo.

Nesse contexto, a eficácia das políticas públicas implementadas pelo Estado no Brasil é uma questão fundamental de análise de todos que se preocupam com a efetividade do Estado de Bem-Estar Social do país, pois um de seus elementos estruturantes é a promoção da democracia econômica, social e cultural, que dá legitimidade à estrutura estatal para propiciar, em caráter universal, serviços relacionados à seguridade social e ao desenvolvimento, além de vedar qualquer alteração nas disposições já existentes de promoção da dignidade humana.

A questão central nessa discussão é a transformação do princípio da igualdade de sua face isonômica de igualdade legal (ou formal) para a sua face de igualdade substancial (ou material) (BREUS, 2006). Em outras palavras, não basta a igualdade perante a lei, é necessário que o Estado provenha condições para que a igualdade se dê de forma prática entre os cidadãos, com foco das ações estatais naqueles cidadãos menos favorecidos. A consequência é que nas mais diversas constituições nacionais da atualidade, particularmente nas elaboradas a partir da II Guerra Mundial, como a CF88, há elementos explícitos acerca da busca pelo desenvolvimento e a erradicação da pobreza através de políticas públicas.

Com foco nas políticas públicas voltadas à saúde, Rosa, Saes e Abuleac (2012) tratam da necessidade de se compreender as relações entre o Estado brasileiro e o indivíduo, em sua atuação, deveres e direitos. Foi a CF88 que definiu uma política de proteção social abrangente e que garantiu a saúde como um direito social da cidadania, obrigando o

Estado a promover políticas públicas como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). O Estado passou a ser responsável pela elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas, que deveriam ser condizentes com as necessidades e princípios expressos na CF88.

A efetivação dos Direitos Fundamentais determinados nessas constituições, no entanto, permanece um problema social e teórico, sobre como dar efetividade às normas que definem a ordem constitucional social. Frischeisen (2000), por exemplo, questiona as formas pelas quais se pode dar validade a direitos que não se realizam imediatamente, fugindo de definições meramente programáticas, em pontos que se podem cair na inconstitucionalidade ou ilegalidade.

De acordo com Breus (2006), a solução passaria pela formulação de políticas públicas efetivas, que depende de opções políticas e dispêndio de recursos escassos. Porém, Frischeisen (2000) também sugere um aprofundamento teórico acerca de políticas públicas para a realização de Direitos Fundamentais, haja vista que a natureza jurídico-política das políticas públicas é de difícil formulação.

O conceito de políticas públicas é um tema de análise recente do Direito por se tratar de um tema complexo e por se derivar de um âmbito de preocupação de ordem política, de sentido dinâmico. Bucci (2002) argumenta que caberia ao Direito Administrativo estudar as políticas públicas porque esse é o campo do Direito que se preocupa com a vertente executiva da instituição estatal, enquanto o Direito Constitucional se volta aos Direitos Fundamentais e à organização do aparato estatal. No sentido oposto, pode-se argumentar que as políticas públicas cabem ao Direito Constitucional porque se referem à ação do Estado para a implementação de escolhas públicas, feitas, em sua maioria, pelo poder legislativo.

Breus (2006) argumenta que não se deve restringir a análise de políticas públicas a um campo jurídico, todavia, pois estas transcendem os instrumentos normativos. Há certamente um paralelo entre formulação e planejamento, mas as escolhas de suas diretrizes

não se constituem somente em princípios de ação pois requerem a articulação com as ações estatais.

Política pública pode ser definida, então, como o principal instrumento do Estado a fim de realizar direitos sociais, econômicos e culturais, sendo um veículo privilegiado na realização desses direitos e a finalidade do Estado Constitucional. Trata-se, assim, de um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais. Comparato (1997) argumenta que uma insuficiência da Teoria dos Direitos Humanos é não ter percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. Não há uma determinação nem possibilidade de que o Estado providencie imediatamente um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em uma creche etc. Por sua vez, Rosa, Saes e Abuleac (2012) definem como política pública a ação estatal que visa a realização de seus objetivos definidos, com a seleção de prioridades e a reserva de meios para o atingimento de suas metas, em um determinado período de tempo.

No caso brasileiro, há uma carência enorme ainda de políticas públicas universais relativas a direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem que o Estado aja de forma congruente, universal e articulada. O resultado dessas políticas depende de sua coerência jurídica e institucional. Quando essas ações não são efetivas, mais que uma crise de eficácia, o Estado enfrenta uma crise de legitimidade. As políticas públicas são utilizadas comumente de forma não convergente, não integrada e desarticulada na realização dos Direitos Fundamentais.

A melhoria das condições sociais dos brasileiros é um dos objetivos da República no Brasil, que pelo Estado deve ser buscado. Políticas públicas bem articuladas, portanto, para a satisfação de direitos econômicos, sociais e culturais, é uma imposição, através de metas e diretrizes para o Estado determinadas pela CF88.

A crise do Estado de Bem-Estar Social vivida no fim do século XX, no entanto, agravou essa problemática. No caso do Brasil, particularmente, a CF88 foi implementada em um período agudo de

crise do Estado de Bem-Estar Social, após o fim do ciclo de crescimento proporcionado pelo processo de substituição de importações. A CF88 garantia direitos sociais, sendo traduzidos em deveres do Estado por meio da realização de políticas públicas, com a interação da sociedade civil. Isso se deu, porém, em um período de crise fiscal do Estado, em que essas diretrizes não puderam ser seguidas plenamente. Desde então, o Brasil vive um conflito entre a expectativa pela realização daqueles direitos e as restrições políticas e econômicas impostas pela crise do Estado.

O fundamento das políticas públicas se dá pela existência de direitos sociais que precisam se concretizar via prestações positivas do Estado. Breus (2006) argumenta que, enquanto direitos individuais consistem em liberdades, os direitos sociais consistem em prestações. Essa definição não engloba, todavia, todas as formas de políticas públicas, não se restringindo somente aos Direitos Fundamentais, mas também ao desenvolvimento econômico – que também não deixa de ser abordado pelo Estado Constitucional contemporâneo.

Um ponto importante é que o enunciado de uma política pública pelo Direito, ou sua organização de forma que o Executivo possa realizá-la, não garante a competência de sua implementação. São elementos como a qualidade do processo administrativo, as informações sobre a realidade, a capacidade técnica e a disciplina jurídica que determinam a efetividade da política pública como instrumento de desenvolvimento.

A efetividade de políticas públicas realizadas pelo Estado também depende da escassez de recursos econômicos para a sua implementação. A escassez, ou limitação de recursos, faz com que muitos dos Direitos Fundamentais não sejam efetivados. A solução dada pelo Direito a essa questão cai no argumento da reserva do possível, para a qual a salvaguarda dos Direitos Fundamentais deve considerar o contexto social, político, jurídico e econômico. Essa abordagem surge da necessidade de se levar em conta o valor econômico em que a realização de determinado direito pode implicar, adequando as pretensões sociais às restrições orçamentárias do Estado.

Um argumento a favor da ideia da reserva do possível é que ela pode se configurar como um limite externo à efetivação dos Direitos Fundamentais, não se constituindo, assim, em um princípio. A reserva do possível seria uma condição da realidade que se aplica ao Direito, na possibilidade ou não de efetivação dos Direitos Fundamentais pelo Estado (BREUS, 2006).

Por outro lado, Barreto (2003) faz críticas a essa abordagem, afirmando que ela nos leva à conclusão de que os Direitos Fundamentais são secundários aos políticos e civis, negando a eles o papel legitimador da segurança, liberdade e continuidade da sociedade humana. Além disso, argumenta que a efetivação de Direitos Fundamentais depende da escolha do Estado perante a escassez de recursos e que, em última instância, a efetivação de quaisquer direitos implica em custos – o que ameaçaria a concretização de todos os direitos, em última instância. Holmes e Sunstein (1999) explicam que mesmo direitos civis e políticos, que exigem a não intervenção do Estado na esfera da autonomia e liberdades individuais, requerem uma estrutura estatal cara para serem efetivados.

A preocupação em torno desse argumento é se a reserva do possível se refere à inexistência de recursos ou a escolhas feitas pelo Estado. No caso da CF88, é clara a preferência pela destinação de recursos à efetividade de Direitos Fundamentais através de políticas públicas (artigos 195, 204 e 212, por exemplo) (BREUS, 2006). Consequência disso são os vínculos que determinados gastos têm com o orçamento do Estado, que independem dos agentes políticos. Assim, antes do argumento da escassez de recursos, se deve discutir se as despesas se encontram de acordo com a Constituição. A ideia de reserva do possível pode levar à preferência pela questão econômica, deixando de lado o papel da escolha política. O argumento da reserva do possível deve ser antecedido pela verificação se os recursos de fato são escassos ou se se tornaram escassos devido à prioridade de outras áreas em detrimento do cumprimento dos Direitos Fundamentais.

A questão que se impõe a partir daí é por que uma política pública deve ser prioritária em detrimento de outra, haja vista que a escolha por políticas públicas implica em conflitos entre os grupos sociais interessados que têm, comumente, objetivos distintos. Breus (2006) argumenta que a efetivação de Direitos Fundamentais se deve unicamente às escolhas do Estado – e não necessariamente à escassez de recursos. Barcellos (2005) conclui que as políticas públicas devem se balizar pela identificação dos parâmetros de controle (quantidade de recursos públicos disponíveis), pela garantia de acesso à informação (a fim de verificar o resultado final esperado da atuação estatal e suas prioridades constitucionais, legitimando o Estado Democrático de Direito) e pela elaboração de sistemas de controle.

Dessa forma, Breus (2006) explicitamente defende que, pelo fato da Constituição determinar a quantidade de recursos, mas não a sua forma de uso, cabeia à administração pública eliminar os meios comprovadamente ineficazes no atingimento dos fins constitucionais – quais sejam, as políticas públicas incapazes de atingirem seus objetivos. Porém, Fernandes, Ribeiro e Moreira (2011) relata a inexistência de uma prática regular de avaliação das políticas públicas no Brasil, haja vista que a própria CF88 não determina essa prática.

Nesse cenário, a avaliação de impacto pode exercer um papel fundamental para o aperfeiçoamento das políticas públicas implementadas no Brasil, via os sistemas democrático e republicano. Mais que verificar se os recursos estão sendo devidamente alocados, trata-se de verificar se os gastos são eficazes na promoção dos direitos a que se destinam, o que aumentará a capacidade do Estado de Bem-Estar Social brasileiro de consolidar o que está estabelecido na CF88.

3. O QUE É AVALIAÇÃO DE IMPACTO?

As políticas públicas são geralmente implementadas para atingir um determinado resultado, como na renda, saúde ou educação de seus beneficiários. Em geral, elas são avaliadas pela medição de seus insumos (se os recursos orçados estão sendo implementados ou se os insumos

da política pública estão sendo corretamente distribuídos) ao invés de sua eficácia no atingimento de seus objetivos (GERTLER et al, 2018).

A avaliação de impacto de políticas públicas é, juntamente com o monitoramento, uma das abordagens de avaliação baseadas em evidências (*evidence-based evaluation*). Essas abordagens procuram avaliar as políticas públicas através da geração e análise de dados empíricos, que podem ser quantitativos e/ou qualitativo, obtidos de fontes primárias e/ou secundárias. A mudança de foco consiste não somente na averiguação se a política pública está sendo implementada conforme o planejamento, mas se ela atinge os resultados almejados. Esse tipo de foco tem sido cada vez mais requerido por gestores de políticas públicas e pela sociedade civil a fim de legitimar a implementação e mesmo a existência de determinadas políticas.

O monitoramento consiste no acompanhamento do processo de formulação e implementação das políticas públicas, se utilizando principalmente de dados administrativos. Ele analisa a execução orçamentária e a sua correta implementação, com base no planejamento.

A avaliação de impacto, por sua vez, é geralmente utilizada para responder perguntas específicas quanto aos resultados das políticas públicas, sua implementação e/ou desenho, de forma objetiva, com a política pública em andamento ou já concluída. O elemento que caracteriza a avaliação de impacto, no entanto, é a busca e mensuração da relação causal entre a ação da política pública avaliada e um determinado resultado potencial observado, isolando-a dos demais fatores que podem ter contribuído para a obtenção daquele resultado. Ou seja, uma avaliação de impacto estima as mudanças observadas que podem ser atribuídas a uma política pública, com foco na análise dos resultados. O desafio central é averiguar a relação causal entre a política pública e os potenciais resultados de interesse.

Por exemplo, o Estado e/ou a sociedade civil podem estar interessados em avaliar o impacto de uma política de reforço escolar que visa melhorar os indicadores dos alunos em exames de proficiência

internacionais. Após a implementação dessa política, constata-se que os indicadores dos alunos de fato melhoraram, mas ainda não se pode garantir que a política pública de reforço escolar é que foi responsável por essa melhora–pois ela pode ter ocorrido em virtude de outros fatores, como melhoria da renda das famílias dos alunos, melhorias na infraestrutura das escolas, troca dos professores etc. O objetivo da avaliação de impacto seria, isolando todos os demais fatores, determinar o efeito unicamente da política de reforço escolar nesse processo.

Portanto, a avaliação de impacto é um tipo específico de avaliação que procura responder a uma pergunta de causa e efeito, acerca do efeito causal da política pública sobre um resultado de interesse. A busca pela causalidade é uma marca das avaliações de impacto e, nesse caso, é necessário estimar sempre o efeito *contrafactual* ao da política pública. Em outras palavras, a avaliação de impacto requer a comparação da realidade em que a política pública atua com um cenário hipotético em que todas as condições sejam semelhantes, exceto pelo fato da política pública não atuar. É a comparação entre essas duas situações que permite a estimação do efeito causal da política pública sobre o resultado de interesse.

Para que essa comparação possa ser feita, é imprescindível a construção de grupos de controle em relação àquele sobre o qual a política pública será implementada. Grupo de controle é um grupo de potenciais beneficiários da política pública em avaliação com características idênticas às do grupo de beneficiários, exceto pelo fato de não terem sido tratados pela política. A diferença de resultados observados entre o grupo de beneficiários e o grupo de controle é que determinará o impacto da política pública avaliada.

Além do mérito em si da determinação da relação causal entre a ação de uma política pública e um determinado resultado observado, uma avaliação de impacto também impõe condições que fazem com que a implementação de uma política pública se torne mais clara e objetiva (GERTLER et al, 2018). Por exemplo, para que uma

boa avaliação de impacto possa ser feita é necessário que a programa tenha regras claras de implementação, que possibilitem a prestação de contas. Além disso, é necessário que a avaliação de impacto já seja incluída de início no planejamento da política pública, de forma que os avaliadores possam acompanhar a implementação desde o começo de forma a evitar situações que prejudiquem a avaliação de impacto da política no futuro.

A vantagem do acompanhamento dos avaliadores desde o começo da implementação da política pública é que dados de base podem ser coletados, averiguando a semelhança entre os grupos de beneficiários e de controle e a efetividade da focalização da política pública (ou seja, se a política pública atenderá o grupo de beneficiários de fato planejado). Além disso, esse acompanhamento contribui para a determinação de metas claras a serem atingidas pela política pública que, depois, podem ser cobradas objetivamente pela sociedade civil.

Além disso, avaliações de impacto permitem as análises de custo-benefício e de custo-efetividade das políticas públicas. A análise de custo-benefício estima o total de benefícios esperadas de uma política pública em comparação a seus custos, verificando se os primeiros são maiores que os últimos. Isso torna possível que uma série de políticas públicas alternativas tenham seus custos-benefícios comparados, de forma que o Estado possa escolher aquelas que geram o maior benefício a um menor custo possível.

Semelhantemente, a análise de custo-efetividade é capaz de mensurar a efetividade de uma política pública dado uma restrição orçamentária. Com ela, é possível verificar qual política pública gera a maior taxa de retorno e permite que Estado e sociedade tomem suas decisões sobre quais políticas públicas preferem, embasados em mais informações.

Assim, as políticas públicas se tornam influentes não somente pelo seus objetivos e eventuais inovações de desenho, mas também por sua capacidade de gerar evidências robustas acerca de seus resultados. Isso permite compreender os canais pelos quais a política

pública gera seus efeitos, desde que consideradas para avaliação desde o início de sua implementação.

A avaliação de impacto permite melhorar a eficiência dos recursos públicos e a qualidade e efetividade das políticas públicas, pois ajuda a determinar quais são os desenhos de políticas que oferecem um maior custo-benefício e demonstra quais deles são mais efetivos no atingimento dos resultados a que se propõem. Ou seja, além de abordar a questão primordial acerca de uma política pública (se ela é eficaz ou não no atingimento de suas metas), a avaliação de impacto também pode testar diferentes formas de implementação e inovações no desenho das políticas, comparando políticas públicas diferentes que tenham objetivos semelhantes. Em um ambiente de recursos escassos como o em que vive o Estado de Bem-Estar Social brasileiro, essas evidências podem promover a transparência e a prestação de contas à sociedade – além de promover o aprendizado acerca do funcionamento das políticas públicas. Uma avaliação de impacto bem-sucedida pode gerar informações para a tomada de decisões acerca das políticas públicas, moldar a opinião pública sobre elas e melhorar sua execução.

4. VIÉS DE SELEÇÃO E ALEATORIZAÇÃO DA AMOSTRA

O maior desafio para a realização de uma avaliação de impacto é encontrar um grupo de controle que represente o *contrafactual* do grupo de beneficiários da política pública. O grupo de controle deve ser idêntico ao grupo de beneficiários exceto pelo fato de não ter sido tratado pela política pública, de forma que a comparação possa ser perfeitamente realizada.

O desafio existe porque frequentemente o grupo de beneficiários de uma política pública tem características específicas que o fizeram alvo da ação do Estado que demais grupos sociais não têm. Por exemplo, programas de transferência de renda costumam ser focados em grupos sociais de menor renda em média quando comparados ao

restante da sociedade, o que implica geralmente em menores níveis educacionais e mesmo piores indicadores de saúde. Há, portanto, um viés de seleção na escolha do grupo social beneficiário, o que impede que ele seja simplesmente comparado com os demais grupos sociais, que lhe serviriam de grupo de controle.

Viés de seleção também costuma ocorrer quando os indivíduos se autosselecionam para se tornarem beneficiários de uma política pública. Para fins de exemplo novamente, é provável que indivíduos que busquem alguma política pública de aperfeiçoamento profissional tenham características que os diferenciem daqueles que não buscam, como pró-atividade ou mesmo motivação de se aperfeiçoarem como profissionais. Novamente, isso impede que os não-beneficiários se tornem seu grupo de controle, a fim de que a política pública de aperfeiçoamento profissional possa ter seu impacto avaliado.

Uma forma de eliminar o viés de seleção do grupo de beneficiários de uma política pública e, assim, permitir a existência de um grupo de controle para a realização de uma avaliação de impacto é através da aleatorização desses grupos (FOGUEL, 2017). Ou seja, a escolha dos indivíduos participantes do grupo de beneficiários e do de não beneficiários (grupo de controle) deve ocorrer através de um sorteio. Isso faz com que os integrantes de ambos os grupos sejam estatisticamente idênticos, exceto pelo fato de um ser tratado pela política pública e o outro não.

A aleatorização dos beneficiários pode ser um argumento positivo em caso de escassez de recursos em que nem todos os elegíveis podem se tornar beneficiários ao mesmo tempo. Além disso, na prática, aleatorização dos grupos de beneficiários e de controle pode ocorrer internamente em pequenos grupos ou, ainda, somente entre os elegíveis que demonstrarem interesse em se tornar beneficiários da política. Ou seja, a aleatorização pode ser de alguma forma inserida no próprio desenho de implementação da política pública de forma a, posteriormente, permitir sua avaliação de impacto de forma metodologicamente mais simples.

Dessa forma, o grupo de controle passa a representar com perfeição o *contrafactual* do grupo de beneficiários, permitindo a comparação entre eles e, logo, a avaliação de impacto. Quando os grupos de beneficiários e de controle são escolhidos de forma aleatória, a diferença observada em seus potenciais resultados da política pública é causada unicamente pela implementação da política, que é, em última instância, o seu efeito causal. Portanto, a aleatorização dos beneficiários de uma política pública garante a identificação da validade interna da política (causalidade), o que o tem feito um método popular (também chamado de método experimental) para a avaliação de impacto de políticas públicas em diversos casos no mundo.

5. DIFICULDADES DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO

Apesar de ser um método de avaliação metodologicamente rigoroso e de trazer inúmeros benefícios para o aperfeiçoamento das políticas públicas, a realização de avaliações de impacto ainda é rara e pouco disseminada. As razões para isso frequentemente se referem às dificuldades práticas para a implementação desse tipo de avaliação.

Primeiramente, a aleatorização dos grupos de beneficiários e de controle costuma dispender uma quantidade considerável de recursos, o que limita a aplicação de avaliações de impacto a políticas públicas de orçamento pequeno. Comumente, a avaliação de impacto por aleatorização requer o emprego de um corpo técnico, pesquisa de campo e tempo para que a linha de base de daos seja formulada–além da coleta de dados em mais um período do tempo, a fim de que os resultados possam ser verificados (GERTLER et al, 2018).

Mesmo quando a aleatorização dos grupos é feita, a avaliação de impacto requer o acompanhamento rigoroso dos indivíduos presentes em ambos os grupos (beneficiários e controle). É comum, por exemplo, o não comparecimento de parte dos indivíduos de um ou ambos os grupos ao longo da avaliação, o que pode comprometer

a aleatorização. Além disso, durante a avaliação, frequentemente os indivíduos do grupo de controle costumam buscar políticas alternativas àquela de que não puderam participar, por não terem sido sorteados. Isso faz com que esses indivíduos deixem de ser o grupo de controle ideal sobre o qual se comparar o desempenho obtido pelo grupo de beneficiários da política pública em avaliação. A manutenção da aleatorização dos grupos de beneficiários e de controle, portanto, que permita a realização da avaliação de impacto, é um processo que costuma ser tecnicamente difícil e financeiramente oneroso, o que impede a sua realização para uma vasta gama das políticas públicas implementadas.

Além disso, a aleatorização dos indivíduos entre os grupos de beneficiários e de controle pode ter implicações éticas (GERTLER et al, 2018). Políticas públicas que visam amenizar situações de crise, como as de pobreza ou amenização de consequências de catástrofes naturais, são difíceis de serem justificadas quando implementadas de forma aleatória sobre somente parte dos potenciais beneficiários. Igualmente, algumas políticas públicas, ou a ausência delas, podem ter efeitos irreversíveis, como as de saúde e as direcionadas à primeira infância. Nesses casos, sua implementação sob aleatorização também se torna eticamente controversa. Por fim, na prática, a implementação de muitas políticas públicas não pode ser adiada somente para atender os pré-requisitos técnicos de uma eventual avaliação de impacto precisam ser cumpridos, como a aleatorização e a montagem dos dados da linha de base.

Ademais, há a questão ética de se fazer "experimentos" com seres humanos. Avaliações de impacto comumente necessitam atender a conselhos de ética, de forma que o bem-estar dos envolvidos, independentemente se participantes do grupo de beneficiários ou de tratamento, sejam atendidos.

Uma questão que tem se tornado importante nas avaliações de impacto é a de que seus resultados sejam reproduzíveis por outros pesquisadores, com os dados e métodos deixados públicos. Se se

argumenta que a avaliação de impacto deva exercer um papel primordial para as escolhas do Estado entre políticas públicas alternativas, é fundamental que os resultados dessas pesquisas sejam claros, abertos e acessíveis a outros pesquisadores. Uma avaliação de impacto pode levar ao redesenho de políticas públicas, a ajustes, expansão e mesmo seu encerramento. Logo, a possibilidade de troca de experiências entre pesquisadores contribuiu para a melhoria dessas políticas e o melhor atendimento de seus beneficiários.

Uma limitação relevante das avaliações de impacto é a capacidade de seus resultados erem replicáveis em outros contextos sociais – o que é conhecido, por sua vez, como validade externa (FOGUEL, 2017). Esse questionamento importa para responder a questões de efetividade e escalabilidade das políticas públicas testadas.

Mesmo quando a validade interna é assegurada, a validade externa pode estar comprometida. Isso pode ocorrer quando a amostra sobre a qual se faz a avaliação de impacto não é representativa de todos os beneficiários da política pública. A forma de evitar isso é garantir que a amostra estudada seja uma sub-amostra aleatória representativa do público-alvo da política. Todavia, e similarmente, a validade externa de uma avaliação de impacto não garante validade interna, pois mesmo se a amostra analisada seja representativa do público-alvo da política pública, se a participação nela não for aleatória, a validade interna pode estar comprometida.

Essas dificuldades, no entanto, não diminuem o potencial de aperfeiçoamento das políticas públicas que as avaliações de impacto podem gerar. Cabe aos formuladores das políticas e a seus pesquisadores superá-las para que, dentro do possível, as avaliações de impacto se tornem mais frequentes e de fato contribuam para os avanços sociais de que o Brasil necessita.

6. AVALIAÇÕES DE IMPACTO NO BRASIL

Pela sua complexidade de realização, as avaliações de impacto

são ainda incipientes no Brasil, embora estejam ocorrendo de forma crescente. A maioria dessas avaliações ainda ocorrem de forma *quasi*-experimental, o que significa que os grupos de beneficiários e de controle têm seus vieses de seleção corrigidos através de recursos estatísticos, e não de aleatorização. Ainda assim, essas avaliações já têm contribuído para o aperfeiçoamento das políticas públicas no país.

Por sua dimensão, um programa que recebe especial atenção é o Programa Bolsa Família, que é o principal programa de transferência de renda condicionada do país. Os efeitos desse programa podem ir muito além de seu impacto imediato sobre a pobreza, mas também sobre outros indicadores que perpassam o objetivo inicial do programa, principalmente no longo prazo.

Um exemplo é Santos, Leichsenring, Menezes Filho e Silva (2017), que verificam o impacto do Programa Bolsa Família sobre a duração dos empregos dos beneficiários. Utilizando dados do Cadastro Único e da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), os autores constatam que o risco de desligamento do emprego por parte dos beneficiários do Bolsa Família é entre 7% e 10% menor que o daqueles do grupo de controle.

Outro exemplo é Cechin, Carraro, Ribeiro e Fernandez (2015), que avaliam o impacto do Bolsa Família sobre a fecundidade das mulheres. Os autores verificam que o programa gera um pequeno incentivo à geração do segundo filho nas famílias do grupo de beneficiárias em comparação com as do grupo de controle, particularmente nas regiões Centro-Oeste e Nordeste do Brasil. Esse resultado, no entanto, contradiz os encontrados por Signorini e Queiroz (2011), que, contrariamente, não encontraram diferenças significativas entre os grupos de beneficiários do Bolsa Família e de controle no que tange às taxas de fecundidade das mulheres.

Uma outra área que tem recebido a atenção dos avaliadores de impacto no Brasil é a da educação. As dificuldades que o país enfrenta nessa área, principalmente no campo da Educação Básica, e as mais

diversas práticas e políticas públicas que têm sido adotadas a fim de superá-las, fazem da educação um campo fértil para a verificação da eficácia dessas práticas para a melhoria de seus indicadores.

Um exemplo é o trabalho realizado por Barros, Carvalho, Franco e Rosalém (2012), que avaliou o impacto do Projeto Jovem do Futuro sobre uma série de indicadores. Esse projeto, focado no ensino de nível médio, garante recursos às escolas atendidas além de acesso a metodologias de ensino que permitam o aumento do aprendizado por parte dos alunos. A pesquisa verificou que os alunos beneficiados pelo projeto aprenderam quase 60% que os do grupo de controle, com uma relação de custo-benefício do projeto bastante favorável.

Barbosa Filho, Porto e Liberato (2015), por sua vez, avaliam o impacto do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) sobre a reinserção do trabalhador no mercado de trabalho formal. Os autores observam que, apesar de crescimento considerável no número de matrículas no programa observado a partir de 2011, não há evidências de que o programa aumente a empregabilidade de seus participantes quando comparados ao grupo de controle.

Pesquisas como essas são capazes de verificar o real efeito das mais diversas políticas públicas sobre potenciais resultados de interesse. Apesar das dificuldades de realização e a sua ainda incipiência, elas podem aperfeiçoar a forma como as políticas públicas são implementadas no Brasil, de forma a otimizar as ações do Estado de Bem-Estar Social do país e a otimização dos recursos públicos utilizados nas mais diversas áreas sociais.

7. CONCLUSÕES

Esse trabalho visou apresentar e discutir o método de avaliação de impacto como forma de aperfeiçoar a implementação de políticas públicas no Brasil. Esse método, que visa identificar e mensurar a relação causal entre a ação de determinada política pública e um resultado potencialmente observado, é apresentado como um

procedimento importante para o aperfeiçoamento do Estado de Bem-Estar Social do país.

A avaliação de impacto é particularmente relevante em um contexto de crise fiscal em que vive o Estado brasileiro. Com tantas restrições financeiras e dificuldades de logística para a implementação mesmo das políticas públicas universais, a verificação do real impacto das diferentes políticas públicas implementadas e, em última instância, das que de fato funcionam e das que não, se torna imperativo. Sob a restrição orçamentária tão severa em que vive o Estado no Brasil particularmente desde a CF88, a verificação da eficácia das políticas públicas em prol da promoção dos Direitos Fundamentais é relevante para própria legitimação de suas ações.

No entanto, esse trabalho também discutiu as dificuldades e limitações em torno da implementação de uma avaliação de impacto. Inegavelmente, avaliações de impacto requerem a superação de elementos técnicos e financeiros que permeiam as diferentes políticas públicas. Além delas, as questões éticas certamente impõem limitações às avaliações de impacto que devem ser consideradas no momento em que sua implementação é sugerida, como nesse trabalho.

Essas dificuldades e limitações, no entanto, não têm impedido que a avaliação de impacto tenha se popularizado no Brasil. Os exemplos apresentados nesse trabalho, com foco no Programa Bolsa Família e em políticas públicas educacionais, evidenciam o esforço que pesquisadores brasileiros têm empenhado na compreensão dos efeitos que essas políticas exercem sobre diferentes indicadores sociais.

De todo modo, esse esforço seria potencializado se as políticas públicas brasileiras fossem implementadas já levando em consideração suas avaliações de impacto. A aleatorização na determinação dos grupos de beneficiários e de controle, sempre que possível, seria uma contribuição inestimável para essa agenda de pesquisa. Finalmente, a

popularização desse método de avaliação, com o seu conhecimento por parte de todos interessados em políticas públicas, permitiria o aperfeiçoamento das ações empenhadas pelo Estado de Bem-Estar no Brasil e, consequentemente, da garantia dos Direitos Fundamentais a todos os brasileiros – como determina a CF88.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda; PORTO, Rogério; LIBERATO, Denísio. Pronatec Bolsa Formação: uma avaliação inicial sobre a reinserção no mercado de trabalho formal. Encontro ANPEC. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: Revista de Direito Administrativo. n.240. Renovar. 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Renovar. 2003.

BARROS, Ricardo; CARVALHO, Mirela de; FRANCO, Samuel; ROSALÉM, Andreza. Impacto do projeto Jovem do Futuro. Estudos em Avaliação Educacional. vol. 23. n. 51. 2012.

BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional – A problemática da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela administração pública brasileira contemporânea. Dissertação de Mestrado. UFPR. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. Saraiva. 2002.

CECHIN, Luis Antônio Winck; CARRARO, André; RIBEIRO, Felipe Garcia; FERNANDES, Rodrigo Nobre. O impacto das regras do Programa Bolsa Família sobre a fecundidade das beneficiárias. Revista Brasileira de Economia. vol. 69. n. 3. 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) Malheiros. 1997.

FERNANDES, Fernando Manuel Bessa; RIBEIRO, José Mendes; MOREIRA, Marcelo Rasga. Reflexões sobre avaliação de políticas de saúde no Brasil. Cadernos de Saúde Pública. vol. 27. n. 9. 2011.

FOGUEL, Miguel N. Método de aleatorização. In: Avaliação econômica de projetos sociais. Itaú Social. 2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do ministério público. Max Limonad. 2000.

GERTLER, Paul J.; MARTÍNEZ, Sebastián; PREMAND, Patrick; RAWLINGS, Laura B.; VERMEERSCH, Christel M. J. Avaliação de impacto na prática. Segunda edição. BID. Grupo Banco Mundial. 2018.

HOMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. W.W. Norton & Company Inc. 1999.

SANTOS, Danilo Braun; LEICHSENRING, Alexandre Ribeiro; MENEZES FILHO, Naercio; SILVA, Wesley Mendes Da. Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a duração do emprego formal dos indivíduos de baixa renda. Revista de Administração Pública. 51(5). 2017.

SILVA, Walfrido Vianna Vital. A Constituição de 1988 e a nova ordem social – A efetivação dos princípios da igualdade da pessoa humana. Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 200. 2013.

ROSA, Thabata Cristina Silveira; SAES, Sueli Gonzales; ABULEAC, Fernanda Lessa. A Constituição de 1988 e as políticas públicas em saúde no Brasil. Revista de Gestão em Sistemas de Saúde. p. 35-49. 2012.

SIGNORINI, Bruna Atayde; QUEIROZ, Bernardo Lanza. The impact of Bolsa Família Program in the beneficiary fertility. Texto para discussão n. 439. Cedeplar. UFMG. 2011.

A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, SITUAÇÃO FÁTICA ATUAL, CONSEQUÊNCIAS TEÓRICAS E JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 18ª REGIÃO.

Amauri Cesar Alves[1]

Roberta Castro Lana Linhares[2]

Thiago Henrique Lopes de Castro[3]

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República consagra no inciso XXXIII do seu artigo 7º direito fundamental social consistente em proibição de qualquer trabalho a menores de 16 anos, ressalvada a condição de aprendiz, que pode se dar a partir dos 14 anos. Não obstante a clareza, relevância e centralidade da norma constitucional, seu preceito ainda é gravemente inobservado em todo o país.

O presente artigo tem por objetivo central analisar a situação jurídica do trabalhador menor de 14 anos ou menor de 16 anos que não é aprendiz e que tem sua força produtiva ou seu saber-fazer explorado por alguém. A pretensão é indicar a possibilidade ou não do

1 Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (Graduação e Mestrado). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Professor Substituto da Universidade Federal de Juiz de Fora (Campus Governador Valadares).

reconhecimento de direitos trabalhistas decorrentes da exploração do trabalho do menor. Para tanto há análise da realidade social brasileira, da normatização heterônoma sobre a matéria, da doutrina trabalhista em três perspectivas e da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

Além de incentivar o debate sobre o tema neste momento em que a Constituição da República completa 30 anos, pretende o estudo trazer instrumentos para que a Advocacia possa exigir a realização da justiça para as crianças e os adolescentes que têm seu trabalho explorado. A efetiva justiça do caso concreto exigirá nova compreensão dos efeitos do trabalho infantil, com preservação das normas jurídicas sobre o tema, sobretudo de matriz constitucional, e que ao mesmo tempo traga ao menor explorado a devida reparação do dano sofrido.

2. TRABALHO DO MENOR NO BRASIL

De início segue a análise da realidade fática atual da exploração do trabalho de crianças e adolescentes no Brasil. É importante compreender que o tema tem relevância social e não só jurídica, pois ainda há muita exploração ilegal de trabalho no país, competindo à família, à sociedade e ao Estado coibir os abusos. Após análise dos dados estatísticos referentes ao trabalho do menor no Brasil seguirá estudo referente à normatização heterônoma sobre a matéria, que não obstante seja bastante clara e objetiva é reiteradamente descumprida.

2.1. DADOS ESTATÍSTICOS

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou em novembro de 2017 uma pesquisa que aferiu que o Brasil possui mais de 1,8 milhões de crianças e adolescentes trabalhando. Por crianças e adolescentes o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística considerou aqueles com idade entre 5 (cinco) e 17 (dezessete) anos.

Os números obtidos pelo IBGE são resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), que pesquisou 3.464 municípios brasileiros. Sobre o tema, o Instituto Brasileiro de

Geografia Estatística esclarece:

> Além de informações conjunturais sobre as tendências e flutuações da força de trabalho brasileira, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios–PNAD Contínua investiga trimestralmente outros indicadores relacionados aos demais temas suplementares da pesquisa. A PNAD Contínua visita os domicílios selecionados por cinco trimestres consecutivos, uma vez a cada trimestre, cabendo destacar que, para o presente tema, foram acumulados os dados da quinta visita, com detalhamento geográfico para Brasil e Grandes Regiões.
>
> Nesta oportunidade, o IBGE traz a público seu primeiro informativo de indicadores da PNAD Contínua sobre o trabalho infantil das pessoas de 5 a 17 anos de idade, considerando como tal aquele realizado por crianças com idade inferior à mínima permitida para a entrada no mercado de trabalho, segundo a legislação em vigor. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 admite o trabalho, em geral, a partir dos 16 anos, exceto nos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, para os quais a idade mínima se dá aos 18 anos. A Constituição admite, também, o trabalho a partir dos 14 anos, mas somente na condição de aprendiz.
>
> O informativo aborda o trabalho infantil sob duas perspectivas: o desenvolvido em atividades econômicas e o destinado à produção para o próprio consumo e aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos, que constituem outras formas de trabalho. Na primeira abordagem, os comentários buscam analisar as crianças de 5 a 17 anos de idade por sexo; grupos de idade; cor ou raça; média de horas semanais efetivamente trabalhadas; situação de ocupação e respectiva posição na ocupação; condição de estudante; atividade econômica exercida; existência de registro na carteira de trabalho; nível de instrução das mulheres responsáveis pelos domicílios com crianças na faixa etária considerada; e rendimento médio mensal real habitualmente recebido de todos os trabalhos pelas crianças ocupadas com rendimento de trabalho. A segunda abordagem enfoca as outras formas de trabalho desse grupo populacional, com comentários que contemplam a condição de estudante, a média de horas semanais destinadas a tais trabalhos, e a realização simultânea de atividades econômicas pelas crianças. Os comentários são ilustrados graficamente e destacam os principais aspectos observados em cada uma dessas características, segundo as Grandes Regiões, no período considerado. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016)

Os números são impactantes, conforme se depreende das informações básicas trazidas pelo IBGE em 2017, segundo dados levantados em 2016:

> No Brasil, em 2016, segundo dados da PNAD Contínua, de um total de 40,1 milhões de crianças de 5 a 17 anos, 1,8 milhão estava ocupada na semana de referência da pesquisa, ou seja, o nível de ocupação dessa população foi de 4,6%, majoritariamente concentrado no grupo de 14 a 17 anos de idade. Dentre as crianças de 5 a 9 anos de idade, 0,2% (aproximadamente 30 mil crianças) encontrava-se ocupada em 2016, enquanto no grupo de 10 a 13 essa proporção era de 1,3% (aproximadamente 160 mil crianças). De 14 ou 15 anos de idade, 6,4% das crianças estavam ocupadas, e de 16 ou 17, 17,0%. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016)

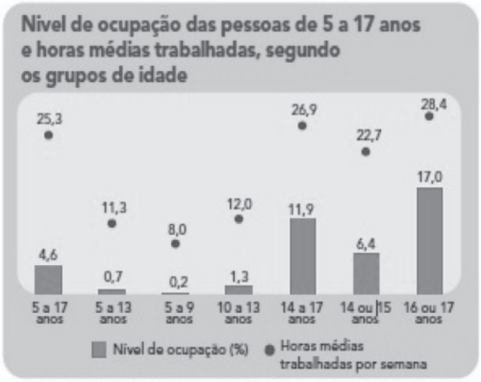
Um país que se pretende civilizado não pode ser assim reconhecido enquanto quase 5% de suas crianças e adolescentes estão sendo explorados no trabalho. Não pode ser civilizado enquanto há 30.000 crianças entre 5 e 9 anos de idade trabalhando! Não é um país justo pois 160.000 crianças entre 10 e 13 anos trabalham, e algumas delas até se acidentam no exercício do seu labor, conforme será visto ao final deste estudo.

A pesquisa constatou que a principal atividade exercida pelas crianças com idade entre 5 e 13 anos é a agricultura, como explica o IBGE:

> No Brasil, 47,6% das pessoas de 5 a 13 anos de idade exerciam atividade agrícola em 2016, enquanto 21,4% das pertencentes ao grupo de 14 a 17 anos de idade encontravam-se ocupadas nessa atividade. A literatura aponta que, na agricultura tradicional, crianças e adolescentes realizam trabalhos sob supervisão dos pais como parte integrante do processo de socialização, ou seja, como meio de transmissão, de pais para filhos, de técnicas tradicionalmente adquiridas. A situação de trabalho como parte do processo de socialização, no entanto, não deve ser confundida com aquela em que as crianças são obrigadas a trabalhar, regularmente ou durante jornadas contínuas, em troca de alguma remuneração ou apenas para ajudar suas famílias, com consequentes prejuízos para seu desenvolvimento educacional e social. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016)

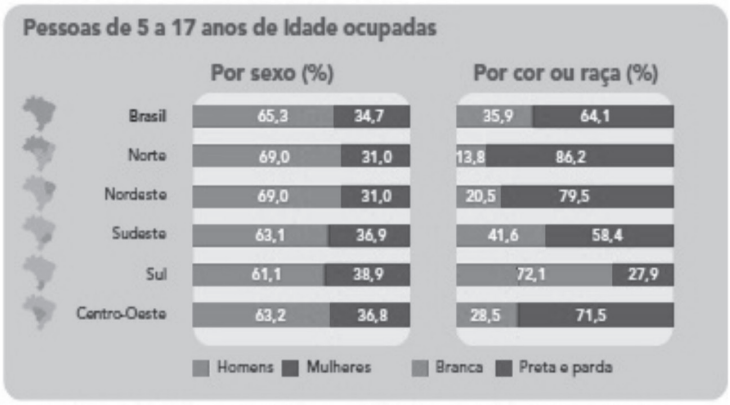
Recentemente em Goiás, segundo noticiou o Portal G1 com base nos dados do IBGE, eram 24.000 crianças e adolescentes trabalhando em 2017 nas mais diversas atividades econômicas (MAIS DE 24 MIL CRIANÇAS... 2017). Cada cidadão deste país deve se preocupar com as estatísticas e, mais do que isso, deve fazer a sua parte para pôr fim a esse mal que é um dos pilares da desigualdade social brasileira. É preciso ter empatia com cada criança e com cada adolescente que se vê privado da formação inicial para produzir a riqueza de poucos.

O IBGE divulgou gráficos com as informações obtidas. Em seguida os mais relevantes para os fins do presente estudo:



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.
Nota: Exclusive pessoas de cor ou raça amarela, indígena ou sem declaração.

Os gráficos divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística permitem inferir que a maioria das crianças e adolescentes (idade entre cinco e dezessete anos) que estão ocupados é negra e do sexo masculino. Além disso, também é de fácil constatação que algumas crianças e adolescentes trabalham em média vinte e oito horas por semana. Isso, além de prejudicar a saúde física e mental das crianças, também significa óbice ao comparecimento à escola, o que representa duplo prejuízo para elas. A região Norte é a que mais possui crianças com idade entre cinco e treze anos trabalhando.

Os dados analisados impõem reflexão sobre a necessidade de efetivação da regra constitucional que proíbe o trabalho de crianças e adolescentes no Brasil, o que exige principalmente políticas públicas de proteção integral às famílias envolvidas. O cerne do presente estudo, como visto anteriormente, é outro, entretanto. O que se pretende é analisar os reflexos jurídicos da exploração já consolidada no planto fático, conforme será visto adiante.

2.2. CAPACIDADE LABORATIVA: C.R., E.C.A., C.L.T. E O.I.T.

A primeira Constituição Brasileira a tratar da restrição ao trabalho dos menores de idade foi a Constituição de 1934. Essa

Constituição buscava a proteção da criança e do adolescente ao proibir o trabalho aos menores de 14 anos e também a proibição do trabalho noturno aos menores de 16 anos. Além disso, o trabalho em ambientes insalubres somente era permitido para maiores de 18 anos.

Em 1946 a Constituição trouxe uma flexibilização dos direitos da criança e do adolescente ao permitir que os juízes concedessem permissão para o trabalho infantil "sem se importar com as reais consequências que o trabalho poderia trazer a estas." (PAGANINI, 2008, p. 6)

Hoje, a Constituição Federal de 1988, estabelece a norma central sobre o tema, que em razão da sua importância para o presente estudo será excepcionalmente transcrita:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> (...)
>
> XXXIII–proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (BRASIL,1998)

Não deve haver dúvidas do ponto de vista técnico-jurídico de que se trata de um direito fundamental social que consagra a dignidade da pessoa humana (Constituição da República, artigo 1º, inciso III), mas é importante que seja além disso vivência cotidiana dos brasileiros, com destaque neste estudo para as crianças e os adolescentes.

Proteger o menor em relação à exploração do seu trabalho é garantir dignidade da pessoa humana em formação. Parece intuitiva a afirmação, que não demandaria maior esforço argumentativo. Inobstante tal percepção é sempre importante trazer ao debate compreensões doutrinárias quando o assunto é dignidade da pessoa humana, até mesmo para afastar o risco da banalização (em sentido negativo) do instituto. José Afonso da Silva, dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, sustentava que a "eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e

geral que inspiram a ordem jurídica." (2008. p. 89). Dizia ainda que é "um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida" (2008. p. 89).

Sendo um valor universal, vale aqui trazer lições do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho sobre a dignidade da pessoa humana:

> Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo com o limite e fundamento do domínio político da República. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Talvez seja mais relevante e eficiente para a Advocacia, em sua indispensável atuação no caso concreto, identificar o que não é dignidade da pessoa humana, pois a percepção da violação fica mais clara e a exigência da prestação jurisdicional terá argumentos mais objetivos. Neste sentido as lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2010. p. 67-68) sobre o que não é dignidade da pessoa humana.

> O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (da exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.

Recentemente tem havido tal exasperação de posições antagônicas no Brasil que falar em dignidade da pessoa humana, da mesma

forma que falar em direitos humanos, soa para alguns incautos como comunismo, socialismo ou proteção excessiva a quem não merece ou carece. Alguns cidadãos pensam que garantir dignidade no trabalho tem como decorrência agredir o sistema capitalista, ferir direito de propriedade, distribuir renda de modo impróprio ou indevido. Infelizmente, mesmo no plano acadêmico, é hoje importante lembrar que a ideia de dignidade do ser humano nas relações de trabalho é consagrada pela Igreja Católica pelo menos desde 1891, com a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII. A referida encíclica, quase 100 anos antes da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, além de referir-se à dignidade humana também admoestava os exploradores no que se refere ao trabalho da criança:

> Enfim, o que um homem válido e na força da idade pode fazer, não será equitativo exigi-lo duma mulher ou duma criança. Especialmente a infância — e isto deve ser estritamente observado — não deve entrar na oficina senão quando a sua idade tenha suficientemente desenvolvido nela as forças físicas, intelectuais e morais: de contrário, como uma planta ainda tenra, ver-se-á murchar com um trabalho demasiado precoce, e dar-se-á cabo da sua educação. (IGREJA CATÓLICA, 1891).

Enfim, versa a Constituição da República sobre a proteção à criança e ao adolescente no tocante à relação de trabalho, fixando dever da família, da sociedade e do Estado, respeitadas as idades mínimas estabelecidas como direito fundamental, conforme disposição de seu artigo 227. A ordem constitucional pretende afirmar amplamente a vedação da exploração do trabalho da criança e do adolescente, sendo norma central e referencial para a legislação infraconstitucional brasileira sobre o tema, conforme adiante desenvolvido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990) define em seu artigo 2º que é criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Além disso, segundo as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, é proibido o trabalho de menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz. O referido Estatuto também define regras para o trabalho

empregatício de adolescentes, como proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre, nos termos das regras contidas nos artigos 60 e 67. No que tange à remuneração e ao trabalho educativo, o Estatuto também define algumas regras para auxiliar no processo de formação educacional e social dos jovens, conforme previsão do seu artigo 68.

Também a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe de capítulo específico para tratar da proteção ao trabalho do menor. E para isso, define a capacidade laborativa nas regras celetistas dos artigos 402 e 403. A legislação estabelece que os adolescentes de 14 a 16 anos devem ser aprendizes e que os jovens até 24 anos podem sê-lo, conforme regra do artigo 428 da CLT. O trabalho permitido para adolescentes é de caráter educativo e supervisionado por profissionais qualificados. Trata-se de um contrato de emprego protegido, com as respectivas regras justrabalhistas aplicáveis ao menor.

Muito importante no que concerne à normatização sobre proteção do trabalho do menor é a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, e que estabelece as piores formas de trabalho infantil. Vale aqui a transcrição dos principais pontos:

> Artigo 1: Todo Membro que ratifique a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, em caráter de urgência.
>
> Artigo 2: Para efeitos da presente Convenção, o termo «criança» designa toda pessoa menor de 18 anos.
>
> Artigo 3: Para efeitos da presente Convenção, a expressão "as piores formas de trabalho infantil" abrange:
>
> a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
>
> b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;
>
> c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e

> o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e,
>
> d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças. (Convenção 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

Percebe-se que no Brasil ocorre frequente desrespeito à legislação nacional e internacional postas em relação ao trabalho do menor. Como visto não só família e Estado são responsáveis por combater a exploração do trabalho infantil. Cabe também à sociedade, com destaque aqui para a Advocacia, o combate com as armas disponíveis, de matriz processual, sendo importante conhecer quais são os efeitos decorrentes da exploração ilegal do trabalho do menor, com vistas a impor ao explorador punição que tenha não só caráter ressarcitório, mas também dissuasor.

3. EFEITOS JURÍDICOS DO TRABALHO DO MENOR

Não obstante a clareza das normas proibitivas do trabalho do menor de 14 ou 16 anos no direito brasileiro é inegável, como visto, que na prática a conduta ilícita do contratante ainda é recorrente. Diante da situação fática, que não se conforma à normatização jurídica, é necessário que o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho ofereçam respostas àqueles que tiveram sua força de trabalho explorada precocemente. Três basicamente são as possibilidades de resposta jurisdicional à busca do menor por seus direitos em juízo trabalhista. A primeira delas, desde logo rechaçada como será visto, preconiza a impossibilidade de reconhecimento de qualquer direito, dada a incapacidade laborativa absoluta. A segunda delas, majoritária, estabelece o reconhecimento de direitos trabalhistas. A terceira delas, que aqui se apresenta como ideal, é de reconhecimento de direitos decorrentes de um dano causado por ato ilícito, que exige reparação fundada no direito comum no âmbito da jurisdição especial trabalhista. Todas elas estão adiante analisadas.

3.1. AUSÊNCIA DE DIREITOS TRABALHISTAS. NULIDADE ABSOLUTA.

Parece ultrapassada a compreensão de que a incapacidade absoluta do trabalhador menor de 14 anos ou menor de 16 anos não pode gerar nenhum efeito no âmbito do Poder Judiciário trabalhista, pois seria apenas "caso de polícia". Tal teoria, inobstante encontre respaldo técnico ou tecnicista nas regras celetistas sobre capacidade laborativa (CLT, artigos 402 e 403) não contempla a realidade fática de exploração do trabalho infantil. Aqui a incapacidade decorrente da menoridade trabalhista afastaria a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício e, consequentemente, de direitos a serem garantidos pela Justiça do Trabalho. Trata-se de valorizar a regra proibitiva e de afirmar a nulidade absoluta do contrato em decorrência de ausência de requisito jurídico-formal. A Professora Vólia Bomfim Cassar analisa a doutrina e leciona:

> A primeira corrente, no sentido de que o menor não tem nenhum direito. Russomano, em posição radical e isolada, sustenta que o menor sequer tem direito aos salários, por se tratar de nulidade absoluta, com efeitos *ex tunc* e que o art. 182 do CC se aplica apenas às nulidades relativas. (CASSAR, 2016, p. 534)

A Professora Vólia Bomfim Cassar comenta a teoria que reconhece apenas o salário, em razão de seu caráter contraprestativo direto, mas sem que se afirmem direitos trabalhistas decorrentes do contrato de emprego. É expansão apenas pontual da aplicação da nulidade absoluta do contrato:

> Defendendo posição diferente, a segunda corrente, capitaneada por Arnaldo Sussekind e Pontes de Miranda, considera absolutamente nulo o contrato de trabalho do menor de 16 anos. Mas, como não é possível restituir as coisas ao *status quo ante*, pois não há como devolver o trabalho despendido, o menor terá direito aos salários ainda não pagos (art. 182 do CC). (CASSAR, 2016, p. 534)

Embora possa ser razoável e fundamentada a resposta jurídica acima destacada, não parece efetivar a justiça do caso concreto, pois privilegia o aspecto formal em detrimento da pessoa que efetivamente trabalhou.

3.2. RECONHECIMENTO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NULIDADE RELATIVA.

Possibilidade que vem recebendo destaque doutrinário e jurisprudencial nos últimos anos é referente ao reconhecimento de todos os direitos trabalhistas ao menor de 14 anos ou ao menor de 16 anos que tem seu trabalho explorado fora de um contrato de aprendizagem. Aqui o destaque é para a impossibilidade de aplicação da teoria geral das nulidades no plano da exploração de trabalho, razão pela qual mesmo sendo incapaz se garantem direitos trabalhistas ao menor.

De início é importante compreender a lição doutrinária do Professor Maurício Godinho Delgado sobre as especificidades justrabalhistas da teoria das nulidades, que é diferente daquela própria do Direito Civil:

> O Direito do Trabalho é distinto, nesse aspecto. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sociojurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante da decretação da nulidade – que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado. (DELGADO, 2018, p. 626)

Especificamente sobre a exploração do trabalho do menor, mais uma vez a Professora Vólia Bomfim Cassar trata da teorização

> ... no sentido de considerar a nulidade absoluta do contrato apenas no campo teórico, mas seus efeitos equiparam-se aos da nulidade relativa.
>
> Consequência: pagam-se todos os direitos do trabalhador até a declaração de nulidade ou a extinção do contrato. O bem a se proteger nesse caso é a incapacidade. (CASSAR, 2016, p. 534)

Na mesma linha leciona o Professor Maurício Godinho Delgado (2018, p. 356) sobre a "contratação empregatícia da criança e

do adolescente":

> Como se sabe, tal pactuação é proibida antes de 16 anos (ou 14, se se tratar de *aprendiz*), a teor do art. 7º, XXXIII, da Constituição de 1988. Também é proibida a contratação de menores de 18 anos nas atividades referidas na lista TIP, regulada pelo Decreto n. 6.481/2008, em conformidade com a Convenção n. 182 da OIT. Ora, se existente, na prática, contrato irregular, pagar-se-ão ao empregado menor *todas as parcelas cabíveis;* contudo, imediatamente deve-se extinguir o vínculo, *ope judicis*, em face da vedação constitucional. Neste caso, a *capacidade* obreira é que não foi respeitada. Não obstante o grave vício em um dos elementos jurídico-formais do contrato, *todos os efeitos trabalhistas devem ser reconhecidos à pessoa humana trabalhadora,* em face da tutela justrabalhista ter sido construída exatamente para proteger a criança e o adolescente – e não para ampliar a perversidade de sua exploração. (DELGADO, 2018, p. 356-357)

Percebe-se então correta valorização da dignidade da pessoa humana, em razão da impossibilidade de se restituir ao menor seu tempo de trabalho entregue. Aparentemente esta é a expressão doutrinária prevalecente no país e que fundamenta a também majoritária jurisprudência.

3.3. INCAPACIDADE LABORATIVA ABSOLUTA. INDENIZAÇÃO DOS DANOS

Muito embora louváveis as fundamentações anteriores, uma no sentido da melhor técnica e outra no sentido da plena realização de direitos trabalhistas, há uma terceira via, que não sacrifica a técnica e também efetiva o direito no caso concreto. Trata-se de reconhecer que não há direitos trabalhistas em decorrência de não haver elemento jurídico-formal imprescindível, que é a capacidade laborativa, mas que há ato ilícito praticado contra trabalhador vulnerável, capaz de gerar dano que exige reparação fundada no direito comum.

Uma terceira perspectiva então é possível, com a preservação dos textos normativos sobre capacidade e da estrutura jurídico-formal do Direito do Trabalho: o Juiz do Trabalho, ao perceber, na análise fática, que o trabalhador explorado é (ou era ao tempo dos fatos) menor de 14 anos ou menor de 16 anos sem contrato de aprendizagem não reconhecerá direitos trabalhistas, mas percebendo o dano condenará

quem explorou o trabalho à devida indenização (ALVES, 2013).

No mesmo sentido as lições de Jorge Luiz Souto Maior, que trata exatamente do problema aqui trazido como objeto central do presente estudo:

> Diz a Constituição Federal que é proibido o trabalho da pessoa com idade inferior a 16 anos, salvo na condição de aprendiz. Na hipótese da prestação de um serviço, fora dos limites do contrato de aprendizagem, por uma pessoa com idade inferior a 16 anos, surgirá o problema de dizer qual a questão de ordem pública deve ter prevalência: a que diz respeito à configuração da relação de emprego, para incidência de todas as normas de proteção ao trabalhador, ou a que proíbe que uma pessoa desta idade se integre a uma relação de emprego?
>
> Solucionar esse confronto, como dito, não é simples. Dizer que o defeito não gera nulidade ou que a nulidade, mesmo declarada, deve preservar todos os efeitos jurídicos produzidos, para evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes (o empregador), é uma saída atraente, mas que deixa sem resposta o comando constitucional que fixa a idade de 16 anos como limite para ingresso em uma relação jurídica de emprego (excepcionando, apenas, o contrato de aprendizagem).
>
> Não haverá a incidência do Direito do Trabalho em tal situação fática e isto se dará, exatamente, pela agressão a outro preceito de ordem pública. Não se trata, portanto, apenas da invalidação de um negócio jurídico, até porque a relação de emprego não é negocial. Trata-se, isto sim, de uma ilegalidade, uma agressão a um valor constitucional.
>
> Vista por esse ângulo, a questão não se resolve simplesmente dizendo que não houve a formação, em concreto, da relação de emprego, negando a aplicação das normas trabalhistas á hipótese. Configurando-se uma ilegalidade, com tal deve ser tratada.
>
> Isso significa dizer que haverá, necessariamente, a geração de efeitos jurídicos pela produção do ilícito, tanto em nível individual quanto coletivo. Ou seja, tanto a sociedade, por intermédio do Ministério Público do Trabalho, poderá (deverá) ressarcir-se dos danos sofridos pela agressão ao bem jurídico, infância, assim como o próprio agredido, por intermédio de seu representante, que poderá ser, igualmente, o Ministério Público do Trabalho, terá direito a ressarcir-se do dano sofrido. (SOUTO MAIOR, 2008, p. 72)

Parece ser mais acertada a teoria aqui defendida como terceiro gênero, que não reconhece direitos trabalhistas mas realiza a justiça

do caso concreto. Não sacrifica a teoria do direito e nem tampouco o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, aqui tratado em síntese e genericamente como afirmação de direitos fundamentais na realidade fática da vida de cada pessoa. O ressarcimento, aliás, como bem sustenta o Professor Souto Maior, deve ser não só ao menor explorado diretamente mas também a toda a sociedade, vista a gravidade da ofensa à pessoa em formação e à Constituição da República.

No que concerne especificamente aos interesses de crianças e adolescentes explorados haverá sempre danos materiais indenizáveis, quase sempre danos morais decorrentes do ilícito e em muitas situações fáticas também o dano existencial.

O dano material decorre diretamente da disposição de trabalho do menor em favor de alguém que dela se apropriou com finalidade onerosa. Cabe então, em compreensão básica de reciprocidade ou sinalagma, o ressarcimento direto pelo esforço da criança ou adolescente direcionado a alguém. O ilícito e o prejuízo são claros, diante de todo o exposto, sendo facilmente perceptível também o nexo de causalidade entre o descumprimento da Constituição da República e os danos suportados pelas crianças e adolescentes. Muito embora o valor do dano fique ao arbítrio do julgador a sugestão que aqui se faz é para que se aproxime ao máximo daquilo que seria devido se contrato de emprego houvesse. Não há aqui contradição, mas, mais uma vez, busca da justiça do caso concreto. Não se reconhece emprego válido. Não há contrato. Não há capacidade laborativa. Mas na fixação especificamente do dano material pode o juiz, ainda que tal não expresse em seu julgado, se basear naquilo que seria devido ao menor se emprego válido houvesse.

O dano moral decorre do impacto que o trabalho tem na formação principalmente da criança e também no tempo suprimido de outras atividades importantes para a construção do sujeito. Casuisticamente deverá o menor alegar agressão a esferas de subjetividade que lhes são próprias. O ilícito é claro, o prejuízo dependerá da experiência de vida de cada um e o nexo de causalidade decorrerá da constatação dos dois primeiros requisitos. Com relação ao quantum deve o Juiz do Trabalho

observar quais implicações negativas o trabalho trouxe para a vida do menor, fazendo com que a reparação seja suficiente para minimizar os danos sofridos e para dissuadir o explorador de insistir na prática.

Importante também a reflexão acerca do dano existencial. Em situações mais graves o trabalho da criança e do adolescente poderá impactar negativamente seu projeto de vida, o que exigirá reparação específica, somada às anteriores. O dano existencial vem sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência trabalhistas no Brasil e tem como característica mais marcante a frustração de um projeto de vida em decorrência de ato ilícito decorrente de limitações impostas à plena realização de direitos de personalidade (ALVES, 2015). A reparação do dano impõe a comprovação de ilícito trabalhista (relacionado ao trabalho da criança e do adolescente para fins do presente estudo), prejuízo referente a projeto de vida e o nexo de causalidade entre ambos. Na prática o principal ponto distintivo do dano existencial é o prejuízo ao projeto de vida do menor que trabalhou, sendo aqui essencial a análise da imposição do trabalho à criança ou adolescente. Possível afirmar, ainda que em tese, que se o trabalho da criança ou adolescente impediu seu acesso à escola haverá dano existencial a ser reparado, exemplificativamente. Com relação ao quantum deve ser superior àqueles fixados para a reparação dos danos material e moral, dada a gravidade dos prejuízos ao projeto de vida do menor. O Poder Judiciário deverá estabelecer um juízo de valor para prever em que medida o trabalho prejudicará a vida futura da criança ou do adolescente, para fixar um valor que minimamente possa melhorar suas expectativas de inserção social nos próximos anos.

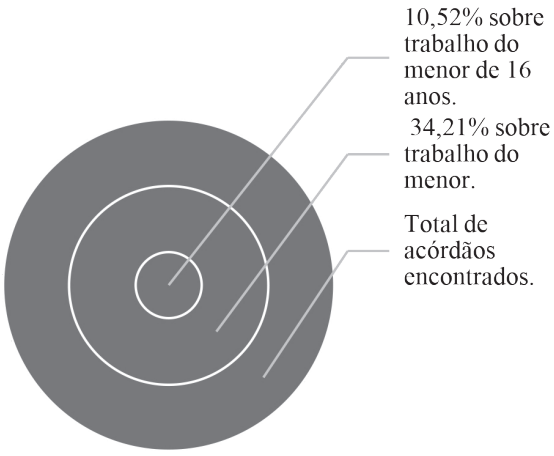
Não são essas, entretanto e como visto, as respostas do Poder Judiciário Trabalhista nos dias de hoje. Possível, adiante, analisar em qual perspectiva decide o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

4. JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 18ª REGIÃO SOBRE TRABALHO INFANTIL

Em que pese a repercussão da matéria e o estigma produzido

por tal forma de exploração do trabalho infantil, a jurisprudência no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região tem se afigurado relativamente escassa. A estratégia foi pela busca na página do TRT com duas expressões separadamente: "trabalho do menor" e "trabalho infantil" e os resultados estão nas representações gráficas abaixo e na sucinta análise que segue.

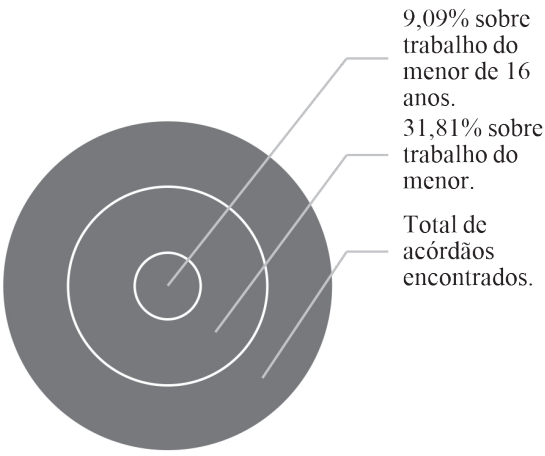
Gráfico 1 – "Trabalho do Menor" na Jurisprudência do TRT da 18ª Região:



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados colhidos em www.trt18.jus.br.

Ao se buscar pela expressão "trabalho do menor" no endereço eletrônico do TRT 18, foram encontrados 38 acórdãos. Ocorre que, conforme se depreende da representação gráfica, apenas 34,21% dessas decisões obtidas versavam sobre o trabalho do menor de 18 anos, totalizando um conjunto de 13 decisões. Dessas 13 decisões, apenas 10,52% dos julgados tratavam especificamente do trabalho do menor de 16 anos, percentual equivalente a 4 decisões de um total de 38 inicialmente encontradas.

Gráfico 2 – "Trabalho Infantil"
na Jurisprudência do TRT da 18ª Região:



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados colhidos em www.trt18.jus.br.

Ao se pesquisar pelo termo "trabalho infantil" no sistema daquele mesmo Tribunal, foram localizados 22 julgados de segunda instância. Desse total, somente 7 das decisões obtidas abordavam de fato o tema relativo ao trabalho infantil, o que representa 31,81% do total de julgados encontrados. Desse número, apenas 2 julgados versavam acerca do trabalho do menor de 16 anos, o que representa apenas 9,09% dos acórdãos obtidos.

Em ambos os levantamentos, fazendo-se uma estimativa aproximada, para cada 10 acórdãos obtidos com a busca exata das expressões mencionadas, 3 de fato tratavam sobre o trabalho do menor, sendo que apenas 1 deles tratava do trabalho realizado por menor de 16 anos. Saliente-se que nas estatísticas mencionas estão incluídas as hipóteses em que o trabalho do menor fora exercido na condição de aprendiz, o que, de início, não é vedado pelo ordenamento pátrio. Aparentemente há certa discrepância entre a realidade fática laboral e o número de casos relativos à matéria que chegam a ser discutidos em 2ª instância.

Tal situação poderia ser justificada tanto pela hipossuficiência financeira e informacional, característica de populações marginalizadas da lei, quanto pela hipossuficiência processual do menor.

Fato é que a matéria não tem sido suficientemente julgada no âmbito do TRT 18 e de outros tribunais regionais, pelo menos comparativamente à grave realidade social contemplada pelo IBGE. Muito embora sejam poucos os julgados, significativa é a preocupação do TRT da 18ª Região com o tema, vista exemplificativamente sua atuação no Programa Regional de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem, sob a Coordenação da Juíza Silene Aparecida Coelho e do Juiz Platon Teixeira de Azevedo Neto e que pode ser acessado no site da instituição. De qualquer modo há, nos mais diversos tribunais, casos significativos que merecem análise.

Tome-se como exemplo a relação laboral levada ao conhecimento do Poder Judiciário Trabalhista da 18ª Região, em que a parte reclamante, contratada quando ainda contava com 15 anos de idade e sem que fosse aprendiz, pleiteia o recebimento de verbas contratuais trabalhistas em decorrência da extinção laboral, que restou assim julgada em primeira instância:

> É incontroversa a existência de vínculo empregatício e a data de admissão, persistindo a divergência quanto à forma de rescisão, à data do término do contrato de trabalho e ao salário.
>
> (...)
>
> Condeno, ainda, a Ré a pagar à Autora saldo de salário (22 dias), décimo terceiro salário proporcional de 2012 (3/12) e 2013 (5/12) e férias proporcionais (8/12) com terço constitucional, observada a média mensal de R$1.100,00, ante a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. (BRASIL, 2013)

Devolvida a matéria ao conhecimento da segunda instância, decidiu o TRT 18 nos seguintes termos:

> Começo destacando que a reclamante é menor–nasceu em 31/10/1996 (CTPS juntada em 25/06/2013), sendo incontroverso que o vínculo mantido com a reclamada, que não foi registrado na CPTS, teve início em 25/09/2012 e encerrou-se em 22/05/2013.

> (...)
>
> A tudo isso, some-se que, sendo a reclamante menor, a rescisão de seu contrato demanda assistência de seus responsáveis legais (artigo 439 da CLT).
>
> Nesse passo, reformo a sentença para reconhecer que a reclamante foi injustamente dispensada e condenar a reclamada a pagar aviso-prévio indenizado, 13º proporcional, férias proporcionais acrescidas de um terço e indenização pela despedida injusta, bem como a liberar o TRCT no código 01 e as guias CD/SD para habilitação no benefício do seguro-desemprego. (BRASIL, 2014)

É possível concluir que a corrente que fixa o reconhecimento dos direitos trabalhistas, com declaração de nulidade relativa do contrato de trabalho do menor de 16 anos e que não se enquadra como aprendizagem é a que tem prevalecido nas aparentemente poucas oportunidades em que o TRT 18 enfrentou a matéria. Tal posicionamento confere maior rapidez e pragmatismo às ações que visem discutir o recebimento de tais verbas por parte do menor. Há a opção pela abordagem da matéria de forma tangencial, ignorando-se a repercussão social da relativização dessa nulidade, o que talvez se justifique, também, por ausência de pedido, por parte da Advocacia, de repercussões mais amplas.

É o que se observa da ação judicial levada ao conhecimento do TRT 18 em razão de acidente de trabalho envolvendo criança de 10 anos:

> A Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXXIII) admite o trabalho, em geral, a partir dos 16 anos, exceto nos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nos quais a idade mínima se dá aos 18 anos. A Carta Magna admite, também, o trabalho a partir dos 14 anos (art. 227, § 3º, I), mas somente na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII).
>
> De acordo com os ensinamentos doutrinários acerca da matéria, o menor tem direito a uma educação integral e a uma infância saudável, que lhe proporcione uma boa formação, o que não ocorre quando ele acresce à sua vida escolar uma jornada de trabalho.
>
> Não obstante a proibição constitucional ao trabalho do menor, uma vez configurada a prestação do trabalho, há de lhe ser assegurado

> as reparações legais decorrentes do contrato de trabalho havido entre as partes. E, no presente caso, a relação de emprego restou evidenciada nos autos.
>
> (...)
>
> Por todo o exposto, mantenho a r. Sentença que declarou a existência do vínculo empregatício entre as partes, no período de 17-10-2014 a 24-10-2014, na função de serviços gerais, percebendo o salário mínimo legal. (BRASIL, 2017)

Na oportunidade, restou o "empregador" da criança condenado ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e estéticos, tendo como fundamento o acidente que resultou na incapacidade laborativa parcial e permanente do menor. Tanto na primeira quanto na segunda instâncias sequer foi aventada a responsabilização do empregador pelo ilícito concernente na contratação do menor, a despeito da vedação imposta pela Constituição da República. Por suposto, em decorrência dos princípios processuais da Adstrição e da Congruência, na hipótese de serem formulados pedidos tão somente para a condenação da parte ao pagamento de verbas concernentes à contraprestação laboral ou à reparação civil decorrente do acidente havido, estaria o Órgão Julgador impossibilitado de decidir de forma diversa. No entanto, havendo ilícito concernente no trabalho do menor de 16 anos fora do contexto da aprendizagem, a agressão ao bem jurídico "infância" deveria ensejar, só por isso, reparação de danos. Seria afastada a relativização da nulidade do contrato de trabalho que vem prevalecendo na jurisprudência. Igualmente, poder-se-ia arbitrar condenação capaz de suprir não apenas os danos materiais, decorrentes das contraprestações devidas, como também os danos morais, concernentes no prejuízo quanto à formação educacional do menor.

O desenvolvimento da jurisprudência que se propõe deve ser preocupação do Órgão Julgador, embora esteja, consoante doutrina processual majoritária, diretamente condicionado à atuação da Advocacia no interesse da criança. É imperioso que o pedido de condenação formulado na inicial fomente o enfrentamento da matéria na amplitude devida, ou forneça, de forma subsidiária, alternativas

mais adequadas à reparação dos danos resultantes dessa prática odiosa.

5. CONCLUSÃO

Menores de 14 anos trabalham. Muito e muitos. Menor, com 10 anos de idade, sofre acidente em decorrência do seu trabalho. No que concerne ao Direito do Trabalho e especificamente à Justiça do Trabalho a reflexão que se impõe diz respeito aos efeitos jurídicos de tal exploração indevida. Inobstante a jurisprudência majoritária se filie à corrente doutrinária que reconhece capacidade relativa do menor (ou incapacidade relativa) o melhor resultado jurídico tende a ser aquele que não reconhece validade do contrato, tendo em vista a incapacidade absoluta. Ao invés de se extinguir o processo com tal resultado, deve reconhecer o Poder Judiciário Trabalhista, preferencialmente por provocação da Advocacia, a existência de danos impostos ao menor por seu contratante, o que dará ensejo à reparação em duas ou três perspectivas: material, moral, existencial. Tal solução preserva a regra constitucional de vedação ao trabalho do menor de 14 anos, preserva as regras celetistas sobre incapacidade e invalidade do contrato de trabalho e realiza a justiça do caso concreto. Fica aqui o convite para que Advogados, Ministério Público e Magistrados pensem na responsabilidade que têm, constitucionalmente, com a infância e com a adolescência dos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. *Direito do Trabalho Essencial.* São Paulo: LTr., 2013.

ALVES, Amauri Cesar. Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 31. N. 2: 153-186, jul./dez. 2015.

BRASIL, 16ª Vara do Trabalho de Goiânia, Goiás. Processo no TRT-RO-0010970-28.2013.5.18.0018. Publicação em 17/02/2017, disponível em www.trt18.jus.br, consulta em 27/04/2018.

BRASIL, 18ª Vara do Trabalho de Goiânia, Goiás. Processo no TRT-RO-0010970-28.2013.5.18.0018. Publicação em 19/12/2013, disponível em www.trt18.jus.br, consulta em 27/04/2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região, 3ª Turma, Goiânia, Goiás. Processo no

TRT-RO-0010970-28.2013.5.18.0018. Publicação em 21/08/2014, disponível em www.trt18.jus.br, consulta em 27/04/2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em www.planalto.gov.br/legislacao. Consulta em 04/05/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho.* 12. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 17. ed. São Paulo: LTr., 2018.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903) Leão XIII. *Carta Encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII "Rerum Novarum" sobre a condição dos operários.* Disponível em http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínuos, PNAD Contínua, IBGE, 2016. Disponível em https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=trabalho%20infantil&searchphrase=all. Consulta em 30/04/2018.

MAIS DE 24 MIL CRIANÇAS E ADOLESCENTES TRABALHO EM GOIÁS, DIZ IBGE. Copyright 2017. Disponível em https://g1.globo.com/goias/noticia/mais-de-24-mil-criancas-e-adolescentes-trabalham-em-goias-diz-ibge.ghtml. Consulta em 04/05/2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação.* Genebra, 17 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/ topic/decent_ work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Consulta em 02/05/2018.

PAGANINI, Juliana. *O trabalho infantil no Brasil: uma história de exploração e sofrimento.* 2008. Disponível em: < http://periodicos.unesc.net/amicus/article /viewFile/520/514 > Acesso em 01 de maio de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68.

SILVA, José Afonso da. A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR SUPREMO DA DEMOCRACIA. *Revista de Direito Administrativo.* 212:89-94, abr./jun. 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho.* vol. II. São Paulo: LTr., 2008.

OS REFUGIADOS NO BRASIL: O CAOS DA ATUALIDADE

Mariana Luri Shimada[1]

Edith Costa Antunes Machado Giolo[2]

1. INTRODUÇÃO

As pessoas sempre migraram de um lugar a outro desde que a humanidade existe, seja por questões naturais, tais como a oscilação sazonal, seja pela procura de uma vida melhor ou até mesmo por fugindo de uma perseguição visando proteção que lhes faltam, com isso o termo refugiado se desenvolveu ao longo do tempo.

Essa proteção que as pessoas buscavam era a palavra "asilo", do grego *asylon* que significa "não arrebatar, não tirar, não extrair". A prática do asilo vem desde a antiguidade e inicialmente era revestido com um caráter espiritual, religioso, um exemplo é o Egito, quando os templos de adoração eram destinados aos estrangeiros perseguidos, escravos fugitivos, soldados derrotados, inclusive a acusados de crime, contudo no Império Romano, o asilo adquiriu um caráter jurídico, limitando sua concessão aos perseguidos injustamente, excluindo os

1 Acadêmica de Direito na Universidade Paulista, campus Flamboyant-Goiânia. Estagiária no Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Email: malurishi@gmail.com

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista-UNIP (2009). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET (2010). Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC Goiás (2015). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito do Consumidor. É advogada, atuando principalmente nas áreas cível, processual civil e consumidor. Professora Universitária da Universidade Paulista, campus Flamboyant-Goiânia, ministrando as matérias de Direito Internacional, Direito Empresarial e Direito Civil. Membro da comissão do Advogado Professor da Ordem dos Advogados do Brasil, sessão Goiás. Integrante do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Goiana de Futebol como auditora do Tribunal Pleno. Email: edithgiolo@hotmail.com

infratores da lei, entretanto os templos continuavam concedendo abrigo a todos que pediam.

No século XVII e XVIII a autorização deixa de ser competência somente da Igreja, pois ocorre uma laicização do Direito Natural, inclusive no instituto do asilo. Assim, no início do século XIX, pouco a pouco a diferença que Hugo Grotius indicou entre ofensa política e crime comum, fazendo com que o asilo alcançado somente a perseguidos políticos e religiosos começa a ser aceito e os transgressores da lei são devolvidos ao seu Estado de origem. No final desse mesmo século ocorre a fragmentação normativa do gênero asilo em duas espécies: o asilo político/diplomático e o refúgio.

Em meados de 1920 com o fim da Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, muitas pessoas se deslocaram de seu país e necessitavam de uma proteção estatal e que não se encaixavam na proteção dos asilados pois fugiam não por perseguição política ou religiosa, assim a Liga das Nações em conjunto com a comunidade internacional criaram o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, afim de solucionar o problema desses refugiados, que naquela época ainda não tinha um conceito definido. Para ser o Alto-Comissário do órgão, foi nomeado o norueguês Dr. Fridjof Nansen, que criou o Passaporte Nansen, utilizado como um Certificado de Identidade para os Refugiados, e devido aos seus avanços com a auxílio aos refugiados ele foi contemplado com o Prêmio Nobel da Paz em 1923.

Em 1930, há um ano da extinção do Alto Comissariado para os Refugiados Russos, o Dr. Nansen falece e a Liga das Nações cria um órgão descentralizado, mas sob sua responsabilidade, o Escritório Nansen para os Refugiados, cujo deu abertura a positivação do Direito Internacional dos Refugiados com a elaboração da Convenção de 1933, que cita o princípio do *non-refoulement*.

Simultaneamente ocorre o ganho de poder dos governos fascista e nazista, assim dezenas de milhões de judeus alemães fugiram de sua região e a Liga das Nações criou em 1936 o Alto Comissariado para o Refugiados Judeus provenientes da Alemanha, porém a afim

de unificar o tratamento aos refugiados, em 1938 a Liga das Nações aprova o término do Escritório Nansen para os Refugiados e do Alto Comissariado para o Refugiados Judeus provenientes da Alemanha e cria o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados que teve eclodiu com a Segunda Guerra Mundial, pois essa gerou dez vezes o número de refugiados que a Primeira Guerra Mundial, mas permaneceu até 1946, quando a Liga das Nações foi extinta.

Assumindo suas responsabilidades, o Comitê Intergovernamental para os Refugiados teve uma vida de 1938 a 1947, quando no final partilhou tais tarefas com a Administração das Nações Unidas de Socorro e Reconstrução, os quais foram sucedidos pela Organização Internacional para Refugiados (OIR), órgão da ONU, que teve vigência até 1952, até a criação do novo organismo capacitado para tratar de tal assunto, seria ele o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que também tinha um prazo de três anos, contudo vem sendo renovado a cada cinco anos, dada a crise dos refugiados.

Apesar dessas importantes proteções que eles haviam recebidos havia ainda um carência legal sobre isso, o que veio acontecer em 1951, quando foi criada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, chamada comumente de Convenção de 1951 das Nações Unidas ou Carta dos Direitos dos Refugiados, logo em seu artigo 1º definiu o termo refugiado àquele que , "em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa", temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões política se deslocaram de seu país e não possa, ou com fundado temor, não queira voltar ao país de sua habitual residência, como nota-se a Convenção restringiu a critérios geográficos e temporais, devido ao contexto histórico político em que foi elaborada.

Protocolo "adicional" relativo ao Estatuto dos Refugiados entrou em vigor no final de 1967 e com ele foram eliminadas as limitações impostas pela Convenção no conceito de refugiados, suprindo a data limite (antes de 1º de janeiro de 1951) e o espaço geográfico (na Europa), assim ampliando o alcance do termo.

Com o continente africano lutando pela descolonização nos anos 60 um novo grande fluxo de deslocamento em massa apareceu, contudo não se encaixavam na descrição da Convenção de 1951 para serem refugiados, assim em 1969, os Estados africanos fizeram a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) expandindo a proteção internacional àqueles que fugiram de seu país motivados, além das hipóteses já conhecidas, por uma agressão externa, ocupação, domínio estrangeiro ou fatos que perturbem gravemente ordem pública.

Outro avanço no âmbito de aplicação do termo refugiado ocorreu nos anos 80 na América Latina, com a Declaração de Cartagena de 1984, que aumentou o alcance da palavra, se estendendo a todos que cruzaram fronteira internacionais visando proteger sua vida, segurança ou liberdade pois foram ameaçadas pela "violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação em massa dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública".

Ambas definições a da Convenção da OUA e da Declaração de Cartagena de 1984 não substituem a da Convenção de 1951, apenas ampliam e atualizam a descrição de refugiado para o mundo hodierno, sem afastar o marco jurídico da Convenção de Genebra de 1951, e a importância de abranger outros grupos de beneficiários é que um migrante não recebe a mesma assistência que um refugiado.

A distinção também é importante para os governos. O migrante é aquele que se desloca em busca de uma vida melhor, por uma reunião familiar ou por outras razões, que a qualquer momento pode regressar ao seu país e que continua recebendo a proteção de seu governo. E esses são tratados conforme a legislação e procedimentos de imigração.

Nota-se nitidamente a diferença do refugiado, que forçadamente estão fora de seu país de origem devido a fundamentado temor de perseguição, conflito, violência ou outro motivo que agitam gravemente a ordem pública, já esses não podem ser expulsos e nem "ser devolvido" a sua terra, pois eles estão amparados pelas normas de proteção ao refugiado, e além disso, receberão ajuda dos países, da ACNUR e outras

organizações relevantes. Os países têm responsabilidade séria com aqueles que pedem refúgio em seu território ou em suas fronteiras.

Importante também é diferenciar asilo e refúgio, já que ambos estão associados a proteção da pessoa humana perseguição humana e não permitem a extradição. Pode-se dizer que direito de asilo é um gênero no qual "asilo diplomático e territorial" e o refúgio são espécies.

Enquanto o refúgio é um instituto reconhecido mundialmente, o asilo diplomático é um instituto regional, característico da América Latina, não acolhido como instituto de Direito Internacional. Outra distinção importante é que para o refúgio tem de haver um temor de perseguição e para o asilo há a necessidade de uma perseguição atual e presente contra uma pessoa.

Também é notório que o refúgio ocorre fora de seu país de origem, visto que ele ocorre devido intensa agitação na ordem pública de um país, movendo muitas pessoas amedrontadas, com seus direitos humanos ameaçados, e o asilo pode ocorre no próprio país ou em embaixada de país diverso (asilo territorial e asilo diplomático) já que ele compreende uma relação de ser humano e o Estado que o acolhe, ficando este incumbido de o acolher e o proteger neste caso e naquele de abrigar até que cesse ou passe o perigo, não garantindo a proteção como àquele. E por último vale lembrar que o asilo tem fundamentos muito mais limitados do que os que concedem refúgio e por fim salientar que este instituto está em desuso atualmente.

2. SOCIEDADE INTERNACIONAL E AS NORMAS DE COGÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS

Para se constituir um Estado, conforme o entendimento majoritário, é necessário a existência de território, povo e governo soberano, capaz de exercer a autocomposição e autodeterminação da população abrigada dentro de suas fronteiras e debaixo de suas leis.

Entretanto existem problemas que não encontram solução apenas por um Estado, ou até áreas que constituem de domínio

internacional que sem a união de vários Estados não existe condição de manutenção de tais locais e, também, solução eficaz para problemas que muitas vezes não são resolvidos pelos responsáveis. Completa PORTELA (2016, p. 45):

> Por outro lado, a cooperação internacional não é meio apenas para combater problemas, mas também constitui instrumento adicional, pelo qual os Estados podem promover seu desenvolvimento econômico e social. Como por exemplo disso temos os mecanismos de integração regional.

Nenhum Estado pode-se considerar uma "ilha", de modo a não precisar da sociedade internacional para seu desenvolvimento, relações e mesmo a sobrevivência. Não é possível, atualmente, se trancar em suas fronteiras e estar alheio ao que acontece no mundo afora, pois a globalização transformou o mundo em um grupo de países, que coabitam e coexistem.

Segundo MAZZUOLI (2018, p. 4) "o Direito Internacional Público disciplina e rege prioritariamente a sociedade internacional, formada por Estados e organizações internacionais interestatais, com reflexos voltados também para atuação dos indivíduos no plano internacional", justamente pensando na união de todos os Estado para a formação de um único ente, a sociedade internacional.

É fato que várias culturas, entendimento, leis fazem parte da sociedade em questão, trazendo grandes diferenças entre os povos, impedindo uma única norma seja criada para a harmonização da sociedade em si, entretanto existem alguns entendimentos que acreditam em tal codificação, conforme explica MAZZUOLI (2018, p. 347):

> A tendência de codificação do Direito Internacional Público se mostra presente, nos dias atuais, do meio do grande número de tratados internacionais concluídos nos últimos anos, versando matérias das mais complexas, tratando minuciosamente de cada um dos assuntos neles versados, e da generalidade dos Estados, que aumentaram sobremaneira a área de atuação e o campo de domínio do Direito Internacional Público moderno.

Para ACCIOLY (2017, p. 129) "trata-se do problema mais

complexo da matéria, pois a formação das regras de direito internacional poderá variar conforme a posição apriorística adotada", sendo certo que atribuir uma legislação a todos os Estados é algo deveras temerário e aparentemente improvável.

Entretanto existem algumas normas que possuem obrigatoriedade de cumprimento por toda a sociedade internacional, mesmo àqueles que não participaram de sua elaboração, não são signatários ou aderiram ao tratado criador, sem a possibilidade de escusas ou alegação de desconhecimento, todos devem guardar e cumprir, sob pena de sanções internacionais. Leciona ACCIOLY (2017, p. 135):

> Norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral na mesma natureza. (...)
>
> A existência e conteúdo da norma cogente de direito internacional é tento necessária como difícil de caracteriza, por não poder identificar exatamente quais elementos de seu conteúdo podem levar a caracterizar determinada norma como cogente.

As normas de cogência, também denominadas *jus cogens* possuem um peso mundial relevante, versando sobre segurança universal, como a proibição de armas químicas, biológicas e atômica; sobre a paz mundial, que impede que qualquer estado intervenha em outro Estado sem motivo justificável, ou injusto anterior; proteção do meio ambiente e o principal, os Direito Humanos, impedindo atrocidades, como acontecidas na segunda guerra mundial. AMARAL JÚNIOR (2015, p. 124) conceitua:

> A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que entrou em vigor em 1980, regulou o *jus cogens* determinado, no art. 53, que é nulo o tratado que, no momento da sua conclusão, colide com uma norma imperativa de direito internacional geral. Não obstante a evidente inspiração jusnaturalista, o *jus cogens* previsto pela Convenção de Viena não se confunde com as normas do direito natural.

Tais normas são abraçadas pelo interesse comum da humanidade

que constituem planos universais de valores capazes de influenciar governos, nações, condutas individuais, mudando ideias pelo bem comum de todos os povos. AMARAL JÚNIOR (2015, p. 683-684) completa:

> A Declaração Universal dos Direitos Humanos é a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. A maioria dos governos solenemente enunciou os princípios fundamentais da conduta humana, sinal evidente de que, a partir de então, um mínimo ético recebera concordância generalizada.

Pode-se dizer que a Organização das Nações Unidas foi criada a partir de uma ideia de preservação de Direito Humanos, visto que o acontecido na segunda guerra mundial nunca mais poderia ocorrer, face as atrocidades, mortes, tortura, e outras formas barbaras de violência para com o ser humano.

A declaração Universal dos Direito Humanos, o Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecidos como *International Bill of Human Rights*[3] constituem normas imperativas alcançando todas as pessoas e com intuito de proteger o homem.

O Brasil adota os tratados que versam sobre Direitos Humanos de forma séria, os trazendo para o seu ordenamento jurídico como norma constitucional, respeitado, logicamente o trâmite de Emenda Constitucional, e, também adota o princípio *pro homine*[4] fazendo prevalecer a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito, quando se tratar de violação dos direitos humanos.

3. POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA

O Brasil, como outros países do mundo, permite a entrada de estrangeiros em seu território, tanto para turismo, estudos, trabalho, quanto para a permanência, podendo até serem integrados ao país,

3 Projeto internacional de direitos humanos – tradução livre
4 Em prol do homem – tradução livre

como cidadão brasileiros, através da nacionalização.

Um dos princípios constitucionais importantes previstos na Constituição Federal brasileira de 1988 é o da dignidade da pessoa humana, mencionado no artigo 1º, III, expressando que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...) a dignidade da pessoa humana".

Depois de várias atrocidades ocorrida ao longo dos séculos, uso da força, tratamento de pessoas com violência desmedida, punições absurdas como as ordálias[5] da Idade Médias e principalmente os horrores ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, o mundo atentou-se para a necessidade de criação de um regime mundial para proteger os Direito Humanos, proteger o homem de si mesmo.

A criação da ONU em 1945, também em consequência da Segunda Guerra Mundial, favoreceu a discussão a cerca da necessidade da proteção dos direitos humanos, momento em que traz no preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas a seguinte frase "a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas". A Carta em questão associa as liberdades fundamentais, previstas nos princípios internacionais que regem a sociedade, com o respeito universal aos direitos humanos, criando condições dignas para o aumento do bem-estar e sua estabilidade, essencial para a relação harmoniosa entre as nações.

A Declaração Universal dos Direito Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, por meio da Resolução 217, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como relativo à família, com fundamento da justiça, liberdade e paz mundial. Assim ensina Paulo Henrique Portela:

> A Declaração Universal dos Direito Humanos é baseada em

5 Prova judiciária usada para apurar-se a culpa ou inocência do acusado, com meios alheios a sua vontade, deixando a cabo do acaso ou a natureza, cujo resultado é interpretado como "juízo divino", ou vontade de Deus.

> princípios que orientam a declaração do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo, como reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direito iguais e inalienáveis como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo; o fato de eu o desrespeito pelo direitos do homem resultou em atos bárbaros; o entendimento de que a proteção da liberdade e do bem-estrar do ser humano adquiriram o caráter de prioridade na ordem internacional; e o compromisso dos Estados das Nações Unidas em promover aplicação dos direitos humanos. (PORTELA, 2016, p. 855)

O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de sua aprovação, em 1948, entretanto não editou lei que pudesse ratifica-la para o ingresso no ordenamento jurídico, porque tal declaração não se trata de um tratado, mas incorporou-a em vários artigos da lei brasileira, inclusive na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é um dos assuntos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresentando um direito de proteção individual em relação ao Estado ou demais indivíduos bem como estabelecendo um tratamento igualitário dos próprios pares, como dever fundamental de convivência.

> A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. Na feliz síntese de Alexandre de Moraes, "esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual". São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem. (PAULO, ALEXANDRINO, 2008, p. 88)

O artigo 5º da Constituição Federal brasileira prevê que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes" colocando os estrangeiros em igualdade com os brasileiros natos e naturalizados.

Entretanto pode-se dizer que versa sobre a igualdade substancial, lembrando-se das palavras de Rui Barbosa, que inspirado da lição de Aristóteles disse que se deve "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades."

Os estrangeiros têm a prerrogativa dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser tratados dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando seus direitos humanos, sem discriminação ou qualquer segregação por sua condição de não nacional. Sobre o assunto entende Nathália Masson:

> É certo que o *caput* do art. 5º da CF/88 somente referência de modo expresso como titulares dos direitos fundamentais, os brasileiros – natos ou naturalizados – e os estrangeiros residentes no país. Segundo informa a doutrina, todavia, "o qualitativo 'residentes no país' não é substantivo 'estrangeiro', mas do **sujeito** composto 'brasileiros e estrangeiros'.
>
> Nesse sentido, a doutrina mais abalizada e a Suprema Cortes têm realizado interpretação do dispositivo na qual o fator meramente circunstancial da nacionalidade não excepciona o respeito devido à dignidade de todos os homens, de forma que os estrangeiros não residentes no país, assim como apátridas, devam ser considerados destinatários dos direitos fundamentais. (MASSON, 2016, p. 204)

O Brasil não se opõe à entrada de estrangeiros no território, entretanto para a própria segurança nacional, existem algumas exigências legais que devem ser seguidas.

4. LEI PARA OS ESTRANGEIROS (ANTES E DEPOIS)

Historicamente, o Brasil sempre foi hospitaleiro em relação à vinda de estrangeiros para o país. Em certos momentos existiu maior restrição, em outros menores, mas nunca houve a proibição absoluta, não sendo difícil ultrapassar as fronteiras nacionais, principalmente aqueles que necessitam de ajuda.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/1980, definiu a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, criando o Conselho Nacional de Imigração. Esta lei foi recentemente substituída pela Lei de Imigração, 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017, que entrará em vigor em 20 de novembro de 2017, mudando a normatização da situação do estrangeiro em território brasileiro.

A lei brasileira, a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, passou a garantir condições igualitárias ao tratamento dispensados aos estrangeiros no país, e a Lei de Imigração, que entrará em vigor em novembro de 2017, extinguiu algumas limitações previstas no Estatuto de Estrangeiros, como a participação de não brasileiros em empresas de televisão e radiodifusão.

Sempre prezando pela reciprocidade entre nações, o Brasil, não abre suas fronteiras para o ingresso sem qualquer autorização ou fiscalização, garantindo a segurança nacional e proteção de seus cidadãos.

Para ingressar em solo tupiniquim é necessário autorização exprimida através de visto. O Estatuto de Estrangeiro previa a possibilidade de 7 tipos de vistos: trânsito, turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático; entretanto a Lei de Imigração reduziu para 5 tipos: visita, diplomático, oficial, de cortesia e temporário. Cada visto tem sua particularidade e permite ao estrangeiro a entrada oficial no Brasil.

Os estrangeiros que queriam permanecer por mais tempo em solo brasiliano, necessitam de providências específicas, como o registro previsto na Lei 13.445/17, em seu artigo 19, normatizando que "o registro consiste na identificação civil por dados biográficos e biométricos, e é obrigatório a todo imigrante detentor de visto temporário ou de autorização de residência."

Desta forma, tais alienígenas podem ser monitorados e fiscalizados pelas autoridades brasileiras e, também, terão documentação específica para resguardar o cumprimento de suas garantia e direitos fundamentais, não sendo confundidos com aqueles em situação irregular, passíveis de serem convidados a se retirar do país.

A norma nacional prevê a saída compulsória de estrangeiros que não atendem às regras estabelecidas na pátria e são obrigados a se retirar de forma obrigatória. São elas: extradição, expulsão e deportação.

A deportação é a mais comum, pois é uma forma de devolver o adventício ao seu país de origem, através de iniciativa das autoridades locais, quando este ingressar e/ou permanecer de forma irregular em solo nacional e não sair espontaneamente, sem cometer qualquer ilícito penal. Quando contatada a irregularidade, o estrangeiro é convidado a se retirar e se não o faz voluntariamente, as autoridades do país o conduzem coercitivamente.

Já para expulsão, também uma forma coativa de retirar um forasteiro do solo nacional, é necessário que haja a prática de um crime, atentar contra a segurança nacional, à ordem pública, economia popular ou qualquer ato que o torne inconveniente aos interesses sociais. Nos casos de deportação ou expulsão a iniciativa é do próprio Estado onde se encontra o estrangeiro.

Por iniciativa estrangeira o adventício pode ser obrigado a sair do país através da extradição, que é o envio do forâneo, acusado de crime cometidos em outro país, ao governo alienígena, que precisa deste indivíduo para julgá-lo ou obriga-lo ao cumprimento de pena.

A Lei de Imigração inovou em inserir em seu artigo 82, IX, que "não se concederá a extradição quando: (...) o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial." Concedendo segurança jurídica aos refugiados e asilados residentes no Brasil.

O Direito Internacional, através do artigo da Declaração Universal dos Direito dos Homem determina que "todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países" e ainda completa "este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimadamente motivada por crime de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas".

O asilo político está previsto da Constituição Federal no artigo

4º, X, aceitando o estrangeiro em terras brasileiras, para impedir que seu Estado de origem aplique sanções ou pratique perseguição por causa de prática de crime de caráter político ou natureza ideológica. Para a concessão da medida, é necessário requerimento do interessado, pois o Estado brasileiro não age de ofício. Leciona Francisco Rezek:

> Asilo político é o acolhimento pelo Estado estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política de delito de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra de direito penal comum. Sabemos que no domínio da criminalidade comum – isto é, no quadro dos atos humanos que parecem reprováveis em toda parte, independentemente da diversidade de regimes políticos – os Estado se ajudam mutualmente e a extradição é um dos instrumentos desse esforço cooperativo. Tal regra não vale no caso da *criminalidade política*, onde o objetivo da afronta não é um bem jurídico universalmente reconhecido, mas uma forma de autoridade assentada sobre ideologia ou metodologia capaz de suscitar confronto além da oposição regular num Estado democrático. (REZEK, 2015, p. 256)

A pessoa que possui medo de permanecer em seu território nativo por causa de perseguição racial, política, religiosa ou criminal, ou, porque se vinculou a algum grupo ideológico ou social, pode procurar asilo ou refúgio em outro país, com a finalidade de nunca ser supliciado, tornando-se um refugiado. Paulo Henrique Gonçalves Portela conceitua da seguinte forma:

> O refúgio é, como afirmamos anteriormente instituto que compartilha afinidades marcantes com o asilo, embora a doutrina identifique certas diferenças entre ambos.
>
> O refúgio é o ato pelo qual o Estado concede proteção ao indivíduo que corre risco em outro país por motivo de guerra ou por perseguições de caráter racial, religioso, nacionalidade ou pertinência a um grupo social.
>
> No Direito Internacional, o refúgio é regulado pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Decreto 50.215, de 28/01/1961, atualizado pelo Decreto 99.757, de 03/12/1990, que retirou as reservas que o Brasil mantinha ao referido acordo); e

> pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967 (Decreto 70.946, de 07/08/1972). No Brasil, o tema também é objeto da Lei 9.474, de 22/07/1997. (PORTELA, 2016, p. 360-361)

Segundo o Estatuto dos Refugiados, Lei 9.474/97, em seu artigo 2º "os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional." Portanto, primando pela dignidade da pessoa humana, o indivíduo não será obrigado a separar-se de sua família.

Ao refúgio é possível a concessão de asilo político, entretanto nem todo refugiado é asilado político.

Segundo a Organização das Nações Unidas, até o final do ano de 2016, o Brasil admitiu mais de 9.000 refugiados proveniente de 82 países, dentre eles Síria, República Democrática do Congo, Paquistão, Palestina e Angola, transformando-se, a cada dia mais, um país receptivo, presando pela pacificação social e a ajuda humanitária.

5. POSIÇÃO DIPLOMÁTICA BRASILEIRA

Após a edição do Estatuto dos Refugiados em 1997, o Brasil criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Tal órgão é comandado pelo Ministério da Justiça tendo como partes integrantes o Itamaraty e Ministérios do Trabalho e Emprego, Educação e Saúde, bem como de organizações não governamentais, pois visa atender todos os anseios e necessidades dos pretensos refugiados.

A criação do CONARE pelo governo brasileiro visou a facilitação e celeridade da análise dos pedidos de refúgio demonstrando a abertura e receptividade àqueles que necessitam de ajuda, fugidos das condições desumanas de perseguições em seus países de origem.

Além do mais, os refugiados que ingressam no Brasil, ainda podem contar com auxilio governamental com inscrição em programas sociais de combate à fome e a miséria, como o Bolsa Família.

Então, o Brasil posiciona-se de forma amiga em relação aos refugiados, recebendo elogios da comunidade internacional pelo tratamento dispensado, sendo o único país da América do Sul que possui um programa direcionado ao cuidado com tais estrangeiros que necessitam e auxílio.

A norma nacional, Lei 9.474/97, determina critérios para a concessão do refúgio no Brasil, determinando os caminhos burocráticos a serem seguidos pelo requerente, tais como ingresso no território nacional, pedido e trâmites do refúgio, inclusive os direitos e deveres estabelecidos aos refugiados admitidos no país.

A lei garante aos refugiados os mesmos direitos e deveres dados pela Constituição Federal brasileira aos estrangeiros legalmente admitidos, sendo certo que sendo uma norma inovadora, baseando-se na Declaração de Cartagena de 1984, permite que se equiparem aos refugiados aquele indivíduo que se vê obrigado a deixar o seu país natural devido à grave e generalizada violação de direitos humanos.

Atualmente o Brasil vem recebendo vários refugiados venezuelanos, vindos do regime governamental totalitário de Nicolás Maduro, que busca refúgio no Estado brasileiro visando fugir da situação econômica, que provoca fome, desespero e falta de condições dignas de sobrevivência naquele país.

Tais venezuelanos se aglomeraram nas cidades fronteiriças do estado de Roraima, que inclusive já pediu o fechamento das fronteiras brasileiras, causando grande transtorno àquela população que não estava preparada para receber tantas pessoas com necessidades reais, inclusive com fome e em busca de moradia e trabalho.

O governo brasileiro, através de sua posição diplomática, vem recebendo tais refugiados e direcionando-os para diversas partes do Brasil, em especial Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e região Norte, como Amazonas e Pará, visto a necessidade de mão de obra qualificada e interesse de desenvolvimento econômico em tais áreas, pois é sabido que os brasileiros preferem as regiões sudeste e sul, quando o assunto é desenvolvimento.

6. CONCLUSÃO

Os refugiados têm todo um histórico de séculos, história que faz parte da humanidade. Eles não estão em sua situação por que querem, são forçados pelo instinto de sobrevivência a procurar um lugar melhor, fugindo de guerras e perseguições.

O refúgio é uma questão de humanidade, empatia, não pode fechar os olhos para uma questão delicada com essa, pessoas que procuram o mínimo para uma vida decente que lhes é negada em seu país de origem.

Por isso, o mundo se mobiliza desde o século XVII criando proteções a essas pessoas, órgãos locais e posteriormente em nível mundial, como ACNUR (Alto Comissariado das Nações unidas para os Refugiados), em especializado por país, como no Brasil, o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados). E, também o Estado cria legislações para os ajudar a obter uma vida digna, os cedendo proteção, direitos e deveres, atualizando de tempo em tempo.

O Brasil vem tentando desenvolver uma política de acomodação de todos os refugiados que atualmente ingressam no país de forma legal ou ilegal pelas vastas fronteiras existentes no país, carentes de fiscalização ou guarda, pois a extensão das terras brasileiras, dificuldades geográficas, falta de contingente humanos, dificultam, muito que haja um ingresso ordenado de refugiados.

Muitos entendem que o Brasil não deve receber tais refugiados, pois não consegue erradicar a fome, dar condições dignas a todos a sua população, tais como saneamento básico, saúde, educação e segurança pública, devendo primeiro dar atenção àqueles que já residem no país, para só após pensar em possibilidades de cooperação internacional, voltando-se para o povo que perdeu sua pátria ou não tem mais condições de viver nela.

Tal entendimento é a mais pura falta de humanidade. Qualquer situação que consideremos ruim aqui no Brasil certamente é melhor do que a vida que um refugiado levava em sua terra natal. Não se

pode, jamais, menosprezar o sofrimento de um homem, sendo que não se vive a sua dor e muito menos tem-se a ideia do que é viver longe de sua pátria.

A humanidade tem o dever de cuidar de todos os seres humanos, independentemente de sua raça, cor, credo, pátria ou qualquer meio que possa separar os homens da condição de serem homens, pois todos merecem respeito e dignidade em sua vida, não importando de onde vem ou para onde vai.

Assim, o Brasil, mesmo com certa dificuldade de logística, acomodações e política eficaz de imigração, vem recebendo um a um, espalhando todos pelas terras brasileiras, tentando, pelo menos, dar uma oportunidade de vida digna, longe de turbulência, fome ou perseguição dos governantes de suas pátrias.

O brasileiro deve se conscientizar e abrir suas portas de forma espontânea aos irmãos "seres humanos", não discriminando, tratando-os com respeito e dignidade merecida, tentando sempre, construir uma comunidade mais justa e humana, pois o futuro está nas mãos dos homens, mas é incerto e hoje a mãos que ajuda, pode ser a que busque ajuda no futuro.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMARAL JÚNIOR, Albeto. *Curso de direito internacional público.* 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 de novembro de 2017.

_____, *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017,* Lei de Migração. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm#art125. Acesso em 02 de novembro de 2017.

_____, *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*, Estatuto dos Refugiados. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em 02 de novembro de 2017.

_____, *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*, Estatuto de Estrangeiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em 02 de novembro de 2017.

_____, Ministério das Relações Exteriores: *Refugiados e CONARE.* http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare. Acesso em 02 de novembro de 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. rev., atual. e ampl. São Pulo: Saraiva, 2011.

MALHEIRO, Emerson Penha. *Manual de direito internacional privado***.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MASSON, Nathália. *Manual de direito constitucional.* 4 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2016

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* 11 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ONU. *Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados.* http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/. Acesso em 02/11/2017.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves*. Direito Internacional Público e Privado:* Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário. 8ª ed., ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim: 2016.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público:* Curso Elementar. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2014.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE DO PODER DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Jordana Mendes

Cândida Carolina de Souza

1. INTRODUÇÃO

O estudo que segue tem como escopo a análise da atuação judicial nas democracias contemporâneas, considerando a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, inclusive em detrimento de uma maioria, considerando a hipótese de ser alvo da influência da opinião pública por ocasião da prolação de suas decisões.

Primeiramente, coube sintetizar os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, fundamentalmente no que se refere ao princípio da separação dos poderes como um dos principais mecanismos de proteção da ordem democrática.

A partir de então, passou-se a análise da atuação do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional das liberdades, de modo não só a garantir os direitos fundamentais, mas também e, principalmente, como proteção da sociedade contra eventuais abusos do próprio Estado.

Por conseguinte, o presente trabalho aponta, ainda, a atuação da mídia como responsável por informar à população as decisões judiciais de grande repercussão e que, na formação da opinião pública, eventualmente, criam conceitos que poderão contestar a atuação do juiz em determinado caso. Expõe, brevemente, o direito constitucional

ao exercício da liberdade de expressão e sua característica relativista, vez que como direito fundamental que é, não pode ser tido como absoluto e inatingível.

Por fim, destaca os mecanismos de proteção da atuação livre e consciente do Poder Judiciário, garantindo decisões devidamente fundamentadas em uma reflexão acerca dos diferentes métodos de interpretação e sua utilização em função do resultado a que se quer chegar, dentro dos padrões de legitimidade, proporcionalidade e razoabilidade, exigidos para aplicação mais justa do direito pleiteado.

2. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Cumpre ressaltar que em um estado democrático de direito não basta a possibilidade de escolha dos governantes, mas também, e principalmente, uma proteção constitucional que assegure a supremacia da Constituição, a separação dos poderes; a existência de direitos fundamentais e a possibilidade de efetivá-los; a legalidade das ações estatais e um sistema de garantias jurídicas e processuais.

Nesse sentido, Fernandes (2017, p. 296), afirma que as práticas jurídicas contemporâneas caracterizam a noção de tensão entre o conceito de democrático e direito, substituindo a oposição entre eles, estabelecendo uma relação de prioridade entre Estado de Direito e Democracia, em uma junção que pretende harmonia na construção de uma sociedade complexa e participativa na qual os princípios orientadores do estado democrático de direito sejam amplamente respeitados.

Os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito estão elencados na Constituição Federal, nos artigos 1º ao 4º, os quais orientam a formação do Estado brasileiro, inaugurando a Carta Magna com previsões que fundamentam todo o texto constitucional.

Importa destacar, considerando o objeto do presenta trabalho, a análise da necessária separação dos poderes como proteção da atuação do poder judiciário nessa sociedade democrática e da jurisdição

constitucional como garantia ao exercício das liberdades.

2.1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO GARANTIA À ORDEM DEMOCRÁTICA

O filósofo francês, Charles de Montesquieu, em seu tratado "*O Espírito das Leis*", de 1748, desenvolveu a teoria tripartite da separação de poderes, onde propunha a divisão da concentração de poder entre três órgãos distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, a conexão entre as funções estatais tem por objetivo manter a autonomia dos poderes e a sua independência, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário possuem suas funções típicas, mas fiscalizam e limitam uns aos outros, a fim de assegurar a harmonia social e o estado democrático.

Assim como grande parte dos países ocidentais, o Brasil adotou a teoria de Montesquieu, estabelecendo as funções típicas de cada poder do estado, conferindo-lhes a necessária autonomia e independência. Saliente-se que o princípio da separação de poderes está previsto na Constituição Federal, no artigo 2º, sendo protegido por cláusula pétrea, no art.60, §4º da CF/88. Ao prelecionar sobre a divisão de poderes, Moraes (2011, p. 70), afirma que:

> Precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir (...). Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será por seu turno, pelo legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

A ideia da separação dos poderes é uma preocupação política que não tem como exclusividade a racionalização da atividade estatal, mas sim a concentração na proteção da democracia.

Segundo Fernandes (2017, p. 304), "o princípio da separação de poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades

públicas, pois sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas arbitrárias, pondo em risco a liberdade".

Ainda sobre a importância da separação dos poderes para garantia do estado democrático de direito, aduz o Ministro Celso de Mello (1997, p. 558):

> O princípio da separação de poderes, além de qualificar-se como núcleo temático irreformável do ordenamento constitucional positivo brasileiro, reflete, na concreção do seu alcance, u m significativo dogma de preservação do equilíbrio de nosso sistema político e de intangibilidade do modelo normativo das liberdades públicas, impedindo–a partir da estrita subordinação estatal aos limites impostos ao âmbito de atuação dos poderes constituídos que o regime democrático venha a ser conspurcado pelo exercício ilegítimo das prerrogativas estatais.

Por outro lado, vê-se que a correspondência de que cada função seria gerida harmonicamente por cada poder, criou o que a doutrina denominou de "Teoria dos Freios e Contrapesos". A esse respeito Dallari (1991, p. 434) preleciona que:

> O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

Considerada a separação orgânica funcional dos poderes, dado o objeto do presente trabalho, é necessário expor acerca da função do Judiciário no estado democrático de direito e do exercício da jurisdição constitucional das liberdades, como garantia à manutenção da ordem democrática.

2.2. O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA SOCIEDADE CONTRA OS ABUSOS DO PRÓPRIO ESTADO

A função jurisdicional consiste em uma das funções precípuas do Estado, através da qual esse substitui os titulares de interesses contrapostos em Juízo por meio do processo, onde é buscada a solução do conflito que os envolve, por intermédio da atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso concreto apresentado.

Verifica-se que o exercício da função jurisdicional tem por objetivo dizer o direito, logo é esse o significado da palavra que tem origem do latim *juris dictio,* ou seja, interpretar as leis para solucionar os casos concretos trazidos ao conhecimento do Judiciário.

Nesse sentido, ao sintetizar a essência de jurisdição apresentada através da leitura dos processualistas Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Araújo Cintra, explica Ramos (2010, p. 55):

> A jurisdição, enquanto função estatal, expressa o encargo que tem os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. Destarte, ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham na experiência concreta aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza.

Pontue-se que, ainda que se admita a presença da lide em grande número de demandas judiciais, não é correto afirmar que aquela é essencial à prestação jurisdicional, vez que é possível a existência dessa sem aquela, como ocorre nas ações constitutivas necessárias e nas ações de controle de constitucionalidade.

Portanto, sabe-se o Judiciário possui relevante papel para a garantia dos direitos fundamentais e preservação da democracia e, enquanto órgão técnico, não pode estar vinculado somente ao exercício jurisdicional nas ações contenciosas trazidas por terceiros através do processo, mas também e, principalmente, através da realização de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, revendo as ações ou omissões dos demais poderes, atuando em defesa da liberdade das minorias e exercendo, em alguns casos, o chamado ativismo judicial, o que confere ainda mais visibilidade em sua atuação. Daí a ressalva feita por Ramos (2010, p.55):

> A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo) há de se conectar com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem da sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado.

Feitas tais considerações, impende destacar o exercício da jurisdição constitucional como meio para dar efetiva concretização à igualdade e à liberdade, através das decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais, que no Brasil encontra-se no relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e, consequentemente, do estado democrático de direito e da proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, nota-se uma alteração da organização dos poderes estatais, conforme anteriormente descrito, pois a autonomia adquirida pela função de controle de constitucionalidade acarreta o fenômeno identificado como politização da Justiça.

Citado fenômeno é conceituado sob a influência de Karl Loewenstein que, segundo Ramos (2010, p. 436), surge do "direito judicial a controlar as leis do Congresso ou do Parlamento". Assim, o controle jurisdicional sobre os atos do Poder Público realça a importância do Poder Judiciário que exerce considerável influência sobre as políticas governamentais, ao exigir que a sua execução respeite a legalidade

vigente. Sob esse ângulo, Cappelletti (1999, p. 113) observa que:

> O controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração política, mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças politicas do Estado.

Aquele mesmo autor afirma ainda que "a norma constitucional traz uma reaproximação da justiça, pois contém conceitos de valor que pedem uma atuação criativa suscetível de adequar-se às mutações inevitáveis do próprio valor".

Portanto, o exercício independente da função jurisdicional que vise não apenas aplicar a lei positivada, mas também revisá-la, através da jurisdição constitucional, impedindo a sua má aplicação e omissão em sua execução, exige garantias institucionais que permitam ao Juiz investido de tal função que não se intimide ao exercer sua função.

As proteções e garantias institucionais do Poder Judiciário serão posteriormente tratadas no presente trabalho, a fim de conferir-lhe coerência textual.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à livre expressão e manifestação está constitucionalmente assegurado desde a Constituição do Império, de 1824, que tinha viés liberal, sob influência da restauração monárquica francesa. No entanto, o exercício da liberdade de expressão sofreu algumas restrições, tais como a censura no Estado Novo, as imposições da Lei de Imprensa de 1967 (não recepcionada pela Constituição Federal de 1988) e as delimitações da Constituição de 1967 que condicionava a liberdade de pensamento a parâmetros de ordem pública e bons costumes.

Já com a atual Constituição Cidadã, que vige desde 05 de outubro 1988, a liberdade de expressão e manifestação de pensamento teve o status de direito fundamental fortalecido como requisito do estado democrático de direito.

O direito à liberdade de expressão abrange o exercício livre de pensamento, opinião, crença religiosa, arte, ideias, da imprensa e até mesmo o direito ao silêncio. (BRASIL, 2014, p. 66) Da leitura do texto constitucional, infere-se que a liberdade de expressão se apresenta como um meio para efetivação do processo democrático, como forma de se obter a verdade dos fatos e como garantia ao desenvolvimento social e estabilidade estatal, no que se refere aos governantes.

Apesar das várias liberdades acima especificadas o direito de manifestação livre e a liberdade de imprensa não são absolutos e não podem servir de escusa para exercício o de práticas ilícitas. Portanto, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, a igualdade, a integridade física, a imagem e a liberdade de ir e vir. Por tais razões a Constituição veda o anonimato no exercício de tal direito, assegura o direito de resposta e à reparação patrimonial e moral em caso de abuso.

Entende o Supremo Tribunal Federal que só será admitida restrição à liberdade de expressão quando verificada a violação de outro direito fundamental. Isto porque, esta é concebida como um "*sobredireito*", ou seja, que, em regra, não admite limitações em seu exercício pleno constitucionalmente assegurado. Veja-se:

> Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus juízes e tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da imprensa (ADI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22/3/2011, Segunda Turma, DJE de 6/4/2011).
>
> Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana" (ADPF no 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

Portanto, conforme aduz Fernandes (2017, p. 442), as tensões

dialéticas entre os direitos fundamentais, com enfoque no direito à liberdade de expressão, deverão ser sopesadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto, após ser verificada a existência de restrição a determinado direito fundamental ou em caso de conflitos entre distintos princípios constitucionais, exigindo-se a ponderação do peso relativo a cada um deles.

Nota-se, assim, que o ordenamento constitucional brasileiro não legitima direitos fundamentais absolutos, pois a própria convivência em um ordenamento pluralista demanda o contínuo diálogo entre os valores constitucionalmente previstos, que, por vezes, representam uma nítida limitação a um direito em virtude da proeminência de outro em um caso específico. No entanto, tal relativização dos direitos fundamentais devem encontrar limites constitucionalmente previstos, ou seja, a limitação de tais prerrogativas não pode ser indiscriminada, devendo ter fundamento legítimo que permita a restrição de um direito fundamental em detrimento de outro.

Por fim, saliente-se que a mídia tem como objetivo informar os assuntos de interesse público à população que, em uma democracia, necessita de conhecimento amplo para exercício pleno de seus direitos e deveres, adquirindo um dever social institucional ao levar à sociedade o conhecimento as práticas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Porém, por exercer o direito à liberdade de expressão e manifestação, não está absolutamente blindada caso viole outros direitos fundamentais por ocasião de tal exercício.

3.1. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA OPINIÃO PÚBLICA E SUAS EVENTUAIS INTERFERÊNCIAS NAS DECISÕES JUDICIAIS

A partir das considerações anteriores, verifica-se que à mídia foi concedido o poder de informar o cidadão e garantir a ordem democrática, através da veiculação de informações à população. Isto, também, com o intuito de fiscalizar o exercício dos três poderes em suas atividades típicas e atípicas. Há algumas décadas o brasileiro passa por mudanças em sua concepção e participação política e a imprensa

teve e tem papel decisivo em tais alterações. Na medida em que se amplia a transparência e o controle sobre os atos dos agentes políticos, nota-se um crescimento da decepção e do descrédito da população com as ações do Estado.

Com o fortalecimento a ampliação do acesso à informação, pela divulgação verbal ou escrita na mídia (*mass media)*, a formação da opinião pública tornou-se basicamente exclusiva dos veículos populares de alcance das massas. Assim, fazendo uma leitura cultural superficial, é razoável supor que a maioria da população brasileira está à mercê das notícias veiculadas pelos telejornais que podem ser tendenciosos e nem sempre expressam corretamente o conceito, o objetivo e o motivo dos acontecimentos sociais.

Desta forma, pode-se ainda imaginar que o senso crítico do indivíduo acaba sendo influenciado pela transmissão de informações que formam concepções ideológicas que na verdade estão carregadas de interesses institucionais e econômicos. Tal afirmativa encontra amparo nas palavras de Moraes (2008, p. 1), a saber:

> A cultura midiática, tanto na América Latina quanto no mundo em geral, apresenta uma série de características comuns e convergentes. A primeira delas é o que eu defino como midiatização da vida social. Todos os espaços de representação de anseios e aspirações parecem ter se transferido por ação ideológica dos meios de comunicação para telas e monitores. Isso significa que só adquire verdadeira visibilidade social aquilo que os meios de comunicação se incubem de transmitir. Significa também que as outras esferas de representação de interesses passam também a entrar num processo de esvaziamento de sua força junto à opinião pública. Eu me refiro à escola, às associações sociais, ao poder legislativo, que continuam manifestando suas posições, aglutinando interesses, mas não têm o mesmo poder de penetração e de interferência social do que os meios de comunicação. Trata-se de uma distorção perigosa, na medida em que os meios de comunicação se apresentam diante da coletividade como um âmbito de representação da vontade geral, como se eles tivessem a capacidade de resumir tudo aquilo que a sociedade deseja e aspira.

Certamente que os meios de comunicação têm uma função

primordial ao exercício da democracia e à segurança do estado democrático de direito fundado na transparência das ações dos entes estatais através de seus representantes, além da função conscientizadora e propriamente informativa dos acontecimentos sociais internos e mundiais.

Entretanto, é preciso perquirir sobre até que ponto a influência midiática atinge a opinião final da sociedade e, se as pressões geradas através da formação de determinada concepção, poderiam intervir nas decisões judiciais. Nesse sentido expôs Barroso (2016, p. 41):

> A relação entre órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social.

Não obstante a importância da participação popular no processo de legitimação das decisões judiciais, é inviável que os juízes estejam fadados a decidir de forma unânime aos anseios sociais. Desse modo, ao Judiciário cabe aferir o caso concreto da forma mais imparcial possível, usando a lei, os princípios e principalmente a Constituição Federal como eixo de suas decisões.

Impende destacar, nesse ponto, que o Judiciário se utiliza muitas vezes do mecanismo do poder contramajoritário, pois não está e não poderia estar adstrito ao proferir decisões que sempre coadunem com a vontade da maioria. Isto porque os membros do Poder Judiciário, não eleitos pela maioria no processo democrático, tem o dever de proteger a Lei Maior e para tanto, devendo observar os direitos de uma minoria, utilizando-se do controle de constitucionalidade contramajoritário, em contra a vontade de uma maioria, assegurando o exercício de direitos fundamentais e a preservação do

Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido afirma SANTOS (2011, p. 61): "as atividades legislativa e executiva são exercidas pelos representantes diretamente eleitos pelo povo e, por isso, parecem representar a vontade da maioria. Essa vontade é a que em regra prevalece, porém deve-se observar que uma maioria parlamentar ocasional pode ser na verdade uma minoria dominante".

Não foram poucas as vezes em que o Poder Judiciário atuou contramajoritariamente, é o caso, por exemplo, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto do julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ6, nas quais decidiram a favor da união estável homoafetiva, tendo regime jurídico de entidade familiar. Naquela ocasião, o STF assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não esconder seus relacionamentos afetivos e de não se submeter à maioria.

Por oportuno salientar a atuação do STF ao decidir acerca do aborto do feto anencefálico, no julgamento da ADPF 54, foi contra conflitos ideológicos da maioria da população que defendia direitos do feto. O Ministro Marco Aurélio afirmou em seu voto que:

> "Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para por fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. [...] Vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se."

Portanto, a despeito de eventuais influências que a mídia possa gerar na opinião pública, o Judiciário deve estar apto a decidir sem se preocupar com as pesquisas de opinião e a pressão eventualmente

imposta por uma maioria. Assim, serão garantidos os direitos fundamentais e reforçar as condições normativas da democracia

3.2. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Diante das eventuais influências passíveis de atingir a opinião e decisão final do julgador, necessário é delimitar os mecanismos de proteção da atuação do poder Judiciário como aplicador da lei e garantidor de direitos individuais e coletivos, tidos como fundamentais ou não.

Forçoso é destacar que a independência conferida ao Poder Judiciário, ligada à separação de poderes que norteia a formação do Estado brasileiro, é de extrema importância, pois é através dela se exerce a verificação da legitimidade dos atos dos demais poderes, inclusive com a possibilidade de cassação de atos inconstitucionais e violadores de direitos humanos fundamentais.

Pois bem, as garantias institucionais do Poder Judiciário envolvem simultaneamente sua autonomia administrativa, funcional e financeira, além do dever de fundamentação das decisões judiciais que também favorecem a autonomia e imparcialidade do julgador. Permitindo, assim, que o Judiciário, enquanto instituição, desenvolva sua função de forma ampla e independente.

3.2.1. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA

Também chamada de auto-organização, é compreendida como o poder conferido ao judiciário na formação do corpo diretivo dos Tribunais, exercendo-se o autogoverno, pois são detentores da autonomia na elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares. Assim, o próprio judiciário também exerce serviço correcional de seus membros e, na forma da Constituição Federal, dão provimento aos cargos disponíveis em seu âmbito, através da promoção de concursos públicos. Ainda em relação à sua autoadministração, compete ao judiciário conceder aos seus membros os benefícios inerentes ao exercício de seus cargos, tais como férias, abonos, e demais afastamentos.

3.2.2. AUTONOMIA FINANCEIRA

Na forma do artigo 99 da Constituição Federal (BRASIL, 2014, p. 98), é conferido ao Poder Judiciário autonomia financeira. Essa autonomia não é plena, o que ocorre é que aos Tribunais incumbe a apresentação de proposta orçamentário anual, após limites fixados em conjunto com os demais poderes, aos chefes do poder executivo nos âmbitos estatais da união e dos estados. Apesar de definir sua proposta orçamentária, o Judiciário não pode interferir na prerrogativa do poder Executivo em delimitar as receitas e despesas da Administração Pública. Destaque-se, ainda, o dever do Estado, dentro do orçamento geral previsto anualmente, de repassar os duodécimos compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos termos do art. 168 da Constituição Federal.

3.2.3. GARANTIAS FUNCIONAIS DOS MEMBROS DO JUDICIÁRIO

A partir daqui vê-se como é possível ao Judiciário atuar de modo técnico e despreocupado, até certo ponto, com a opinião pública. A poder Judiciário é constitucionalmente assegurada as seguintes garantias funcionais: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Quanto à vitaliciedade, prevista no art. 95, I, da Constituição Federal, é somente conferida aos juízes após dois anos de efetivo exercício, depois de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos. Alcançada a vitaliciedade, o juiz somente perderá seu cargo mediante decisão judicial transitada em julgado.

De outro lado, no que se refere aos magistrados dos Tribunais Superiores, advogados e membros do Ministério Público componentes dos Tribunais Estaduais e Federais, porém, a vitaliciedade é adquirida já no momento da posse.

Por sua vez, a inamovibilidade, refere-se à permanência do magistrado no cargo, sendo a ele assegurado o direito a não remoção como forma de pressão política e represália, sendo que tal mudança se dará a seu pedido, por promoção ou se o interesse público exigir.

Neste último caso deve haver voto de 2/3 (dois terços) dos membros do tribunal superior competente.

Do mesmo modo, a irredutibilidade de subsídios, que impede a redução da remuneração do magistrado, garante a ele o livre exercício de suas atribuições, independente de eventual pressão política.

De acordo com Fernandes (2017, p. 1179), a irredutibilidade de subsídios poderá ser real ou jurídica. A irredutibilidade real é aquela que deve se enquadrar continuamente com as correções monetárias, quer sejam mensais, semestrais ou anuais, de forma que acompanhe o processo inflacionário e compense as perdas reais que eventualmente ocorrem.

A outra corrente de interpretação acerca da remuneração de magistrados é a da irredutibilidade jurídica, que tem perspectiva nominal, ou seja, o valor do subsidio não pode ser reduzido mensalmente, se um magistrado aufere 25 mil reais em um mês não poderá no seguinte auferir 20 mil, por exemplo. Esta interpretação é adotada pelo Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que não pode haver o privilégio da atualização monetária real somente a uma classe de profissional no país.

Associado às citadas garantias, existem ainda as prerrogativas de imparcialidade previstas no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal (BRASIL, 2014, p. 97). Como se vê, tais prerrogativas são na verdade negativas, ou seja, as vedações acima descritas têm por objetivo impedir que o magistrado se envolva pessoalmente em outras áreas de atuação e consequentemente tenha seu poder de julgar influenciado por estar inserido em outro contexto que não o exercício da função jurisdicional.

Isto posto, nota-se que o legislador constituintes previu, de certo modo, a importância de garantir ao Judiciário o exercício de livre convicção e decisão, obviamente vinculada à lei e sobretudo à Carta Maior.As mudanças sociais, políticas e econômicas que afetam a sociedade atualmente por certo não eram latentes à época em que a Constituição Federal foi promulgada, mas tem acompanhado bem todas elas, no que se refere as garantias institucionais do judiciário.

3.2.4. DO CARÁTER EMINENTEMENTE TÉCNICO DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Aos órgãos do Poder Judiciário é inerente que seus julgamentos sejam públicos e fundamentadas as suas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a publicidade de alguns atos judiciais nos casos em que a preservação do direito a intimidade do interessado, sem que haja prejuízo ao interesse público à informação.

Acerca da fundamentalidade das decisões judiciais é possível afirmar que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, estando disposto como princípio na Constituição Federal, art. 93, IX (BRASIL, 2014, p. 96). Coube salientar que, conforme previsão do inciso X, mesmo nas decisões administrativas deve-se observar a publicidade dos atos e a sua fundamentação. Portanto, caracteriza uma garantia constitucional o dever de fundamentação das decisões judiciais, a fim de garantir ao cidadão a aplicação justa e plena da Lei, mesmo que divergente do direito material incialmente pretendido.

Nesse sentido ensina Miranda *apud* Zavarite (2014, p. 46-47):

> O dever de fundamentar as decisões judiciais, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação da decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada. É a inserção dessa garantia no texto da Constituição é da maior relevância

Conclui-se, que a motivação das decisões judiciais se amolda aos direitos e garantias trazidas pelo Estado Democrático de Direito, pois o poder jurisdicional encontra limites e esses limites devem respeitar os direitos do cidadão que estão sob sua tutela, desta maneira, prevalecerão os direitos enraizados na democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial do trabalho foi demonstrar que, na

hipótese de a mídia influenciar a opinião pública, gerando pressões e clamores populares, como o Judiciário atuaria frente aos desejos da maioria. Para tanto, procurou-se demonstrar alguns dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e como se dá a atuação do Judiciário frente à necessária garantia da ordem democrática, das liberdades constitucionalmente previstas, no exercício da jurisdição constitucional. Com a pretensão de embasar as concepções aqui firmadas, foram citadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal por ocasião de sua atuação contramajoritária.

Ficou caracterizado que os temas aqui tratados ilustram a maneira como a efetiva concretização da igualdade e da liberdade dependem de uma atuação constante e sempre atenta da jurisdição constitucional, que se efetiva por meio das decisões tomadas pelo STF, observando as mudanças histórico-culturais que atingem o país e sempre fundamentadas na Carta Maior. Ratificando exposições outrora lançadas, ficou evidenciado que a atuação contramajoritária do Poder Judiciário é inerente a uma democracia, posto que necessária para garantir a possibilidade de sobrevivência e proteção das minorias.

Assim, vê-se que apesar de ser aparente a influência da mídia na formação da opinião pública, não há dados que a mensurem e a atestem veementemente. Porém, pode-se concluir que ao Poder Judiciário foram concedidas as necessárias garantias institucionais para sua atuação primordial que é balizar a Democracia e garantia a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto, *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro* – Luis Roberto Barroso, Patrícia Perrone Campos Melo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf> Acesso em: 05.10.2017, 20:00.

BARROSO, Luis Roberto, *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo* – Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em: 05.10.2017, 19:00.

BARROSO, Luis Roberto, *Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*–Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-con-

tent/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf> Acesso em: 05.10.2017, 21:00.

BOBBIO, Norberto, *Dicionário de política I*–Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino–Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ª ed., 1998.

BOCCHI, Olsen Henrique, *A liberdade de expressão no estado democrático de direito. Uma abordagem ética e solidária.* [S.I]: JUS. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17981/a-liberdade-de-expressao-no-estado-democratio-de-direito> Acesso em: 25.10.2017, 21:00.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política* – Paulo Bonavides – São Paulo: Malheiros Editores, 11ª ed. 2005.

CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* – Mauro Cappelletti, Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves–Porto Alegre: Fabris Editora, 2ª ed. 1999.

CHEQUER, Claudio, *Liberdade de expressão como um direito preferencial prima facie.* [S.I]: Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental-preferencial-prima-facie/5776> Acesso em: 25.10.2017, 19:40.

CHEQUER, Claudio, *Por que a liberdade de expressão é um direito fundamental?* [S.I]: Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/por-que-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-fundamental/7736> Acesso em: 25.10.2017, 21:00.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07.11.2017, 12:00.

COSTA, Alexandre Araújo, *Introdução ao Direito*. [S.I]: Arcos. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/introducao-ao-direito/o-conceito-de-direito> Acesso em: 03.10.2017, 20:00.

DICIONÁRIOS PORTO EDITORA, [S.I]: Infopédia. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/$mass-media> Acesso em: 07.11.2017, 09:00.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional* – Bernardo Gonçalves Fernandes – 9. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

MEDEIROS, Alexsandro M., *Introdução à política.* [S.I]: Portal Consciência Política, 2017. Disponível em: <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%c3%aancia-politica/> Acesso em: 27.09.2017, 22:00.

MELLO, Celso. *A separação de poderes e a consolidação da ordem democrática no Brasil.* [S.I]: Revista USP, 1997. Disponível em: <file:///C:/Users/CANDIDA%20CAROLINA/Downloads/67381-88799-1-PB.pdf> Acesso em: 06.11.2017, 15:00.

MIRANDA, Felipe Arady. *A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do Estado constitucional.* [S.I]: Instituto de Direito Público – IDP, 2014. Disponível em: < http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1066-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-como-pressuposto-do-estado-constitucional-1/file> Acesso em: 07.11.2017, 13:46.

MONTORO, André Franco, *Introdução à ciência do Direito* – André Franco Montoro –

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 25ª ed. 1999.

MORAES, Dênis, *As mudanças na cultura midiática latino-americana.* [S.I]: Portal Vermelho, 2008. Disponível em: < http://vermelho.org.br/noticia/33671-6> Acesso em: 26.10.2017, 22:00.

RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução* – Elival da Silva Ramos – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. *O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade.* 2011. 76 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação)–Faculdade de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2011. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/8.pdf> Acesso em 07.11.2017, 12:00.

TÔRRES, Fernanda Carolina, *O direito fundamental a liberdade de expressão e sua extensão.* [S.I]: Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf> Acesso em: 25.10.2017, 20:00.

WAGNER, Osnir Valfredo, *Comentários sobre a política: politicagem não é política. Política é bem comum.* [S.I]: Portal Consciência Política. Disponível em: < http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/comentarios-sobre-politica-politicagem-nao-e-politica-politica-e-bem-comum/> Acesso em: 27.09.2017, 22:55.

LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA NO PARLAMENTO GOIANO COMO EXPRESSÃO DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

Guilherme Cordeiro de Lima[1]

1. INTRODUÇÃO

A moderna compreensão de democracia que temos no Estado Brasileiro é comumente relacionada ao sufrágio universal, isto é, no direito ao voto e na representação política. A partir de uma análise sobre essas representações e das concepções democráticas, constatar-se-á a eclosão de uma crise da representação popular. Assim, o cidadão acaba por depositar no candidato eleito toda sua expectativa de realizações de anseios sociais, se afastando das deliberações fundamentais do Estado.

Essa ausência de atuação do cidadão nos poderes públicos causa um distanciamento entre os representantes e os representados, gerando agente políticos que exercem suas funções públicas visando interesses restritos e pontuais, um governo de poucos para poucos com diversos efeitos danosos a população, como as desigualdades sociais e a prática de corrupção.

Contudo a Constituição Cidadã de 1988, ao consagrar o princípio democrático, estabelecendo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, convida expressamente a sociedade à participação direta na vida pública.

Surgiu, então, a Comissão de Direitos Humanos, Cidadania

1 Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. E-mail: guilhermecordeiro@sousafreitas.com.br

e Legislação Participativa na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (CDH) como medida contrária à crise democrática e buscando entrar em sintonia com a ideia constitucional de ampliação dos mecanismos participativos.

A Comissão tem, dentre seus propósitos, a missão regulamentar a tramitação de sugestões de iniciativas legislativas oriundas de classes e entidades da sociedade civil organizada externas à Assembleia, desburocratizando o processo legislativo e contribuindo com a construção da consciência política e da cidadania da população.

Nesse estudo, serão tecidos breves apontamentos sobre a questão da crise no sistema representativo, para, a partir de considerações sobre a problemática histórica do exercício da democracia, traçar fundamentos teórico-jurídicos sobre os mecanismos de participação popular já criados no país, com enfoque na CDH do Parlamento de Goiás, que possibilitem o exercício da democracia direta dita pela Carta Política, sem prejuízo da democracia representativa, concretizando a vontade soberana do povo nas manifestações do Estado, sobretudo no Poder Legislativo, a casa do povo por excelência.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO

Democracia, termo complexo de se conceituar, pode ser definida em apertada síntese pelo princípio da soberania popular, em que um Estado deve ser criado e sujeito a vontade do povo, que são a fonte de todo o poder político.

O vocábulo expressa uma filosofia de vida política e convivência humana, sendo institucionalizada por meio de um Estado que seja responsável por amparar normas correspondentes à existência e conservação do regime democrático, bem como seja capaz a conservar a ordem social. Ferreira Filho destaca que "a democracia, no plano político, que é a máxima identificação dos governantes e dos governados, implica num estatuto do poder. Um estatuto tal que os governantes sejam a imagem dos governados" (1966, p. 99).

Esse é um conceito clássico, em que o poder político se concentra na massa de indivíduos e é por eles exercido, diretamente ou por meio de representantes eleitos.

Para Bonavides a democracia é definida como a "forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo" (1993, p. 13).

O regime político democrático é o único que considera legítimos os conflitos e busca instituí-los como direitos, exigindo que sejam reconhecidos e respeitados. Exemplo disso é o agrupamento de indivíduos em associações e sindicatos, de forma a estabelecer um contrapoder social limitador do poder do Estado (CARVALHO, 2013).

O termo democracia provém do grego *demokratía*, composta por *demos* (que significa "povo") e *kratos* (que significa "poder"), e teve sua primeira manifestação na Cidade-Estado, também chamada Pólis, de Atenas por volta dos séculos IV e V a.C., sendo considerada a primeira matriz democrática da história e é comumente chamada de berço da democracia.

Ela consistia, basicamente, na participação de todos os cidadãos na vida pública da cidade, onde havia uma triagem aleatória de cidadãos para exercer os cargos administrativos e judiciais, e uma assembleia legislativa popular (denominada de Eclésia) composta por todos os atenienses, que podiam falar, votar, legislar e controlar todo o processo político da Pólis.

Conforme explana Ribeiro (2001), a lei ateniense, no século IV a.C., fixava quarenta reuniões ordinárias por ano, o que significava uma assembleia a cada nove dias.

Porém, é valido lembrar que em se falando da democracia grega, os cidadãos que possuíam o direito de participar da Eclésia eram somente os homens livres com mais de dezoito anos e que tivessem prestado ao menos dois anos de serviço militar, além de ter que

ser filho de um pai ateniense (posteriormente, em 452 a.C., também deveria ser filho de mãe ateniense).

Isto porque, conforme leciona Dallari (2013), a virtude política, entendida a época como a sabedoria para mandar e obedecer, só pertencia àqueles que não tinham a necessidade de trabalhar para viver. Excluíam-se então os que levavam a vida de artesãos ou de mercenários, além dos escravos, que, em verdade, compunham a maioria da população, mas não tinham nenhum direito, sendo tratados como simples objetos.

A experiência democrática da Grécia, precedente incontestável da democracia, tomou corpo e se adaptou em Roma no seu período republicano (509 a 27 a.C.), herdando o pensamento político grego e desencadeando no que hoje é considerado como berço do direito.

A República romana era composta, *grosso modo*, por um sistema no qual existia a figura do Senado (espécie de magistratura suprema rigorosamente hierarquizada), possuidor da mais alta autoridade, que controlava a justiça, as finanças públicas, questões religiosas e dirigia a política externa, incluindo o componente militar. Por outro lado, havia o povo, que mesmo com as limitações ao arbítrio impostas pelo Senado, ainda assim era tido, ao menos teoricamente, como o grande possuidor do poder, de tal maneira que se formaram órgãos nos moldes de assembleias populares, responsáveis por eleger magistrados, votar leis e julgar os casos judiciários mais importantes.

Mas era uma sociedade com distinções legais de direitos a serem exercidos para cada "classe" de cidadania, embasadas na qualificação censitária do indivíduo. O cidadão "era um soldado, um contribuinte que pagava impostos e um eleitor, com privilégios e encargos de acordo com seu status pessoal" (CORASSIN, 2006, p. 271).

Nos antigos Estados, então, a democracia foi arquitetada sob a forma direta, ou seja, o povo se autogovernava e utilizava de assembleias para deliberar e votar interesses mais importantes daquela sociedade, de forma a exercer os poderes que hoje são denominados de executivo,

legislativo e judiciário. Sucintamente, pode se dizer que nesse sistema o povo exerce de modo direto e imediato as funções públicas.

Tal modelo de exercício da democracia só era possível porque as Cidades-Estados de pequena extensão territorial, facilitando reuniões contínuas de todos os cidadãos, e, aliado a isso, as sociedades eram escravocratas, de maneira que o trabalho físico das cidades era incumbido aos escravos, possibilitando ao cidadão dedicar-se amplamente a política, arraigando grande civismo na população, sobretudo nos atenienses, fazendo da dedicação ao interesse público uma atividade cotidiana. Era como se o "ser cidadão" fosse uma profissão.

Como bem elucida Azambuja (2008, p. 246), "na Grécia, a democracia era totalitária, absorvia o homem integralmente, impunha-lhe a religião e a moral, era senhora do corpo e do espírito dos indivíduos".

Nada obstante as civilizações antigas terem sido de crucial importância para o desenvolvimento das sociedades ao longo da história, a democracia se adaptou em cada novo corpo social que se consolidava durante o longo processo de colonização e globalização do mundo. Nesse diapasão, ensina Chaui que "a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo" (2012, p. 149).

Isto posto, no mundo moderno, haja vista a densidade populacional elevada dos Estados e seus grandes espaços territoriais, a forma democrática direta, tal como o modelo grego, tornou-se impossível de ser continuada, pois é inviável concentrar em uma assembleia a totalidade daqueles que possuiriam o direito de decidir, além de que os negócios públicos são numerosos, complexos e exigem uma tecnicidade que somente poucos indivíduos a detêm.

Tomando como exemplo o Estado brasileiro, que, segundo o Tribunal Superior Eleitoral, possuía um eleitorado de cerca de 144 milhões de cidadãos nas eleições de 2016, espalhados por mais de 8 milhões de quilômetros quadrados, levaria um tempo inviável para que algo fosse decidido, pois reuni-los em uma assembleia seria

praticamente impossível.

Porém, tinha que haver uma forma para que os cidadãos pudessem ao mesmo tempo decidir e ter poder, mesmo em grandes territórios com numerosa população.

Consequentemente, a democracia se renovou, mais uma vez, tomando então a forma indireta ou representativa, mantendo o poder soberano do povo, mas que não o exerce diretamente, e sim transfere o exercício das funções executivas e legislativas para representantes, que são especialmente eleitos para isso. Dessa forma, "democracia e representação política tornam-se ideias equivalentes" (ROLIM, 2005).

Em um viés jurídico-constitucional, a representação política consiste numa relação de direito público pela qual alguns agentes recebem de um corpo eleitoral poderes específicos com as correspondentes responsabilidades.

Conforme esclarece Carvalho, "a transferência do poder representativo que os eleitores propiciam aos eleitos configura o chamado mandato representativo: quem representa o quê, como e para que finalidade evidencia a delicada questão dos fundamentos e da natureza da representação política" (2013, p. 222).

Esse é o regime de governo que necessariamente foi adotado nos Estados modernos, de forma que os Poderes Executivo e Legislativo ficassem a cargo dos representantes eleitos. Apenas em alguns cantões suíços (espécies de membros federativos da Confederação Suíça) ainda é praticada a democracia direta, sendo eles cantões de pequena população. No cantão de Uri, por exemplo, em 1911, foi aprovado em uma única sessão um Código Civil completo (BARTHÉLÉMY e DUEZ, 2004, *apud* AZAMBUJA, 2008).

Nas últimas décadas, de outra sorte, a legislação constitucional e a doutrina política adotaram e difundiram singelas modificações no regime representativo, surgindo uma terceira modalidade de democracia, denominada de semidireta.

Trata-se, pois, de um sistema misto, aproximando-se do

modelo direto sem perder o caráter geral da representatividade, dado que o povo não se governa diretamente, mas tem a prerrogativa de intervir, em momentos pontuais e de modo direto, na elaboração das leis e em outras situações decisórias do funcionamento da máquina estatal.

Esse modelo é conhecido como democracia participativa e vem sendo objeto de vários estudos teóricos, além de ser adotada em alguns Estados como uma nova possibilidade de efetivação dos ideais principiológicos contidos no conceito de democracia.

Nessa perspectiva, os grupos de interesses particulares ou setoriais da sociedade civil se manifestam e obtém acesso e voz junto aos órgãos políticos, criando um modelo de governar distinto do modelo competitivo ou situação *versus* oposição (CARVALHO, 2013).

A democracia semidireta, consoante Puccinelli Júnior (2012, p. 375):

> mescla a técnica da representação eletiva com institutos tendentes a implantar um regime de democracia mais participativa, buscando aproximar o cidadão comum do debate político, facultando-lhe a tomada de decisões diretas em matérias relevantes, sem precisar recorrer a intermediários.

Sem embargo, faz-se necessário reconhecer que a participação do povo é limitada, não podendo abranger a totalidade das decisões governamentais, todavia, concomitantemente a isso, é notório que a participação popular é benéfica para a sociedade, como um desdobramento da democracia direta que permite orientar os governos e os próprios representantes eleitos quanto ao pensamento do povo sobre questões de interesse comum (DALLARI, 2013, p. 156).

Nesse modelo participativo repousa um sistema mais próspero, pois busca um equilíbrio entre a representação política e a soberania popular direta, de jeito que o Estado atue sob o monitoramento do povo, dinamizando e evoluindo o princípio democrático, impactando nos mais variados aspectos da vida econômica, cultural e social das pessoas.

3. MODELO DEMOCRÁTICO ADOTADO NO BRASIL

O Estado brasileiro adota o regime da democracia semidireta. Com efeito, está consagrado na Constituição Federal logo no parágrafo único de seu artigo 1°, onde diz que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".

Há, portanto, uma coexistência entre os regimes direto e indireto, prevalecendo este último, que possui fundamento jurídico na Constituição e nas leis.

O mecanismo indireto do sistema brasileiro envolve um agregado de dispositivos e procedimentos constitucionais para se efetivar, como, por exemplo, o sufrágio universal, as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos e o voto, sendo esse último, sem dúvida, o mais importante deles, pois é o principal instrumento para sua concretização.

A eleição é o momento máximo da democracia representativa, "em que o povo legitima o exercício do poder, outorgando-o aos representantes" (MACEDO, 2008, p. 184).

Todavia, ao lado da representação eletiva, o constituinte trouxe na Lei maior técnicas de participação direta para compor o binômio representação-participação. São alguns desses dispositivos constitucionais, segundo resenha de Macedo (*apud* CARVALHO, 2013):

- Tribunal do Júri, de caráter eminentemente popular (art. 5°, XXXVIII);
- participação da sociedade no amparo às pessoas idosas (art. 230);
- obrigatoriedade da Administração em criar mecanismos para receber reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (art. 37, §3°);
- colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação (art. 205).

Além dessas normas esparsas, há na Constituição alguns institutos que constituem verdadeiras "reminiscências da democracia direta"

(CARVALHO, 2013, p. 230), sendo elas a ação popular, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

A ação popular, elencada no artigo 5°, inciso LXXIII, da CF, refere-se à legitimidade que qualquer cidadão possui para propor ação que vise a anular ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e aos patrimônios público, histórico e cultural.

Ressalva deve ser feita em relação à legitimidade ativa para a propositura desta ação. Ela foi delegada ao nacional em pleno exercício de seus direitos políticos.

Já o plebiscito, previsto no artigo 14, inciso I, da CF, é o instituto no qual "o cidadão é consultado sobre a criação, supressão ou modificação de certos institutos ou acerca da regulamentação de determinado assunto de interesse coletivo" (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 375), manifestando-se de forma direta e com caráter vinculante acerca do objeto consultado.

Ele é utilizado para dar ou não valoração jurídica a um fato político ou institucional, sendo uma consulta prévia à opinião popular para a aferição do sentimento do povo.

Cabe privativamente ao Congresso Nacional convocar plebiscitos (CF, art. 49, XV), salvo, por óbvio, quando a própria Constituição expressamente assim o determinar, como no caso de modificação territorial dos Estados e Municípios (MORAES, 2016).

No tocante ao referendo, constante do artigo 14, inciso II, da CF, tem-se que é também uma forma de consulta que enseja resposta direta e igualmente vinculante por parte do cidadão para aprovar ou rejeitar decisões legislativas (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012). O instituto originou-se na Suíça do século XVI, existindo na França desde a Constituição de 1789, e, na América Latina, o país que mais o empregou foi o Uruguai.

Ele é comumente utilizado depois da decisão legislativa. Contudo, há também a figura do referendo consultivo, a ser tomado antes da edição do ato legislativo, caso em que se assemelha ao plebiscito

(CARVALHO, 2013).

Em alguns casos, as Constituições de Estados modernos determinam que se faça obrigatoriamente o referendo em certas situações, o quase sempre se dá quanto às emendas constitucionais; em outros, ele é colocado apenas como uma possibilidade (GARCIA, 2005).

O Brasil possui exemplos práticos da utilização do plebiscito e do referendo. Em 1993, os brasileiros decidiram, através de plebiscito, sobre a forma e o sistema de governo a ser adotado no país (artigo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), lembrando que a data para a realização do plebiscito prevista no ADCT foi antecipada para 21 de abril de 1993, por força da Emenda Constitucional nº 2, de 1992.

Posteriormente, em 2005, os cidadãos foram consultados em referendo para avalizar ou não as mudanças alvitradas pelo artigo 35 da Lei nº 10.829/2003 (Estatuto do Desarmamento), que previa a proibição da comercialização de armas de fogo e munições para civis em todo o território nacional.

Nestes casos, o eleitorado nacional decidiu plebiscitariamente manter o sistema presidencialista e a forma republicana de governo, além de não referendar as modificações preconizadas pelo Estatuto do Desarmamento.

Ainda nessa linha, vale suscitar o recente e emblemático *Brexit*, nome dado à saída do Reino Unido do bloco econômico União Europeia, que foi assim decidido após realização de referendo autorizado pelo parlamento britânico, ocorrido no dia 23 de junho de 2016, em que 52% dos britânicos votaram pela retirada do país do bloco (LEGISLATION UK, 2015).

Por fim, a iniciativa popular, "seguindo a tendência universal de estender o poder de iniciativa ao eleitorado nacional" (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 445), foi introduzida na Carta Magna no § 2º de seu artigo 61, outorgando poderes expressos aos cidadãos para apresentação de projetos no âmbito federal, abordando matérias de seu interesse:

> § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A iniciativa popular necessita, portanto, de *quorum* definido para que seja proposta a medida legislativa, podendo abranger apenas a legislação complementar e ordinária.

Notório exemplo efetivo da utilização desse instituto se deu quando do assassinato de Daniella Perez em 1992, atriz em ascensão na emissora Rede Globo de Televisão e filha da dramaturga Glória Perez.

O inquérito policial revelou que a jovem atriz foi morta pelo ator com quem contracenava, auxiliado por sua esposa. O caso obteve ampla cobertura da imprensa, além de causar expressiva comoção popular.

O casal foi condenado pelo júri popular por homicídio qualificado. A mãe da atriz, irresignada com a brandura da legislação penal, deflagrou ampla campanha, conseguindo coletar, em cerca de três meses, 1,3 milhão de assinaturas a fim de submeter ao Congresso Nacional, via iniciativa popular, o projeto de lei que transformou o crime de homicídio qualificado em hediondo, sendo sancionada lei em 1994.

Os constituintes brasileiros, além de trazer o instituto da iniciativa popular na esfera federal, também estenderam-no aos Estados (art. 27, § 4º) e aos Municípios (art. 29, XIII).

No plano estadual, é exigida lei ordinária para sua regulamentação. Em alguns Estados a iniciativa já está regulamentada, como em Goiás, que prevê no art. 20, §2º, de sua Constituição, a sua possibilidade por proposta dos cidadãos, mediante apresentação de projeto à Assembleia Legislativa assinado por, no mínimo, um por cento dos eleitores do Estado.

Nos Municípios, a iniciativa popular deve se manifestar mediante a apresentação à Câmara de Vereadores de projeto de lei que verse acerca de interesse específico do Município, da cidade ou de

bairros, subscrito por, no mínimo, 5% do eleitorado municipal.

Todavia, devido à complexidade desse procedimento, que engloba redação do texto de lei, coleta de assinaturas, controle de constitucionalidade e aprovação da matéria, o sucesso e efetividade do instituto variam muito, porquanto são materializados itens que vão de questões culturais até o nível de democratização de informações disponibilizadas a população.

4. CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Conforme citado alhures, a ideia que se tem de democracia é fortemente vinculada ao sistema eleitoral como um todo, pois, em que pese a Estado brasileiro adotar o modelo democrático semidireto, prevalece a forma representativa sobre a forma direta.

Isso é de tal forma que verifica-se o clímax democrático do país nos períodos eleitorais. Os eleitores são tomados por uma enxurrada de propagandas eleitorais e propostas de melhores políticas, e a tensão maior é, sem dúvida, no momento do voto e na espera pelos resultados das urnas. Não obstante, o escopo traçado pela Lei Maior, ao constituir a República como Estado Democrático de Direito, tem alcance bem mais amplo.

O cidadão, quando visualiza a política apenas como uma obrigação de comparecer periodicamente às urnas, acaba se tornando apático quanto às discussões e decisões que refletirão na próprio meio em que está inserido, o que enfraquece o procedimento democrático e contribui para a "inevitabilidade das oligarquias dirigentes" (FERREIRA JUNIOR, 2010, p. 37), ou seja, formam-se elites governantes e um governo democrático calcado pela participação popular mínima, causando uma grande lacuna entre o povo e a vida política do país, além do aumento das desigualdades sociais, da falta de legitimidade dos representantes em respeito à efetivação das pretensões públicas, e até da facilitação de práticas reiteradas de corrupção.

Isso tudo contribuiu para o surgimento de uma grave crise

do modelo representativo brasileiro, gerando grande insatisfação do povo, porque há a tendência dos representados de dar ampla legitimidade aos representantes, que acabam deliberando as questões políticas com reduzida consulta popular, construindo assim uma democracia meramente contemplativa.

Essa afirmação toma ainda mais força quando da verificação dos resultados do estudo sobre a "qualidade democrática" de 167 países no ano de 2017, no relatório denominado *Democracy Index 2017: Free speech under attack* (Índice de Democracia 2017: Discurso livre sob ataque), realizado pela empresa de análise e consultoria *Economist Intelligence Unit* (EIU), pertencente à revista *The Economist*, em que o Brasil, por conta da crise política que já se arrasta por vários anos, encontra-se na singela posição de 49º lugar (EIU, 2017).

Neste índice, elaborado a partir de análises técnicas e pesquisas de opinião pública sobre o grau de satisfação da população com a política, o Brasil se encaixou na categoria "democracia falha" e ficou atrás de diversos vizinhos latino-americanos, de países africanos e até do Timor Leste, nação asiática que se tornou independente da Indonésia há apenas 14 anos.

Para agravar ainda mais a situação, os institutos de democracia direta previstos na Carta Maior, tais como o referendo e o plebiscito, enfrentam resistências de aplicação. De um lado, aspectos estruturais como os limites colocados pela cultura e as desigualdades sociais são óbices ao incremento da participação popular. De outro, o próprio comando legal para seu exercício que, muitas vezes, cria entraves formais impraticáveis, como no caso da iniciativa popular, que requer a assinatura de, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuídos em, pelo menos, cinco Estados (GARCIA, 2005).

O afastamento popular das esferas políticas e o desrespeito dos eleitos às ideologias e programas políticos difundidos nas campanhas eleitorais refletem uma "democracia sem povo, calcada em bases meramente representativas e sem possibilidade de exercício direto do poder pelo seu detentor" (TRINDADE, 2005, *apud*

FERREIRA JUNIOR, 2010, p. 38). Mas apesar dos entraves que o sistema representativo possa ocasionar, ele não pode ser suprimido, pois é a base do regime político brasileiro e da maioria dos Estados modernos. Segundo Carvalho, "o exame da representação política, como instituto do Direito Constitucional, é imprescindível para o conhecimento da democracia" (2013, p. 221).

Tal corrente se dá pela impossibilidade de se fazer funcionar uma democracia em que todos os cidadãos participem efetivamente do poder político, porém, está claro que a debilidade causada por esse sistema precisa ser revisto.

Diante dessa realidade, para estancar a crise representativa faz-se necessário alargar a participação popular, utilizando instrumentos que defiram ao povo uma maior interação com as instâncias de poder e decisão, ou seja, é preciso dar voz à democracia participativa e cidadã.

Nesse diapasão, ensina Bonavides (2001, p. 34) que:

> A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-govemante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo. O cidadão, nesse sistema, é, portanto, o povo, a soberania, a nação, o governo; instância que há de romper a seqüência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular.

Ampliar e utilizar cada vez mais esses instrumentos participativos e democráticos possibilita aos cidadãos a participação direta na vida política do país, dando legitimidade às leis e decisões e garantindo maior integração social.

5. PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

O Brasil pós Constituição de 1988 é uma República democrática que adota o sistema de governo representativo com base no multipartidarismo, prevendo o sufrágio universal, o voto secreto e

eleições livres e periódicas para escolha dos operadores políticos, e, além disso, os constituintes alargaram as possibilidades de participação popular ao conceberem mecanismos que viabilizam a atuação direta do povo em questões públicas.

Como esse avanço advém de todo um processo histórico, faz-se necessário traçar uma breve retrospectiva da experiência nacional com as práticas de democracia participativa.

A única forma de governo existente no decurso de mais de três séculos entre o descobrimento do Brasil e sua independência foi o regime imperial. "A única forma de governo de origem popular existente na Colônia eram as câmaras municipais" (SANTOS, 2009, p. 37).

Entretanto, essas câmaras jamais existiram como organizações democráticas. Elas surgiram para que a coroa portuguesa pudesse administrar as cidades e vilas que foram surgindo no Brasil, e quem podia eleger e ser eleito para os cargos da câmara eram pessoas pertencentes à nobreza, inexistindo, portanto, qualquer forma de democracia no decorrer do período colonial, ao menos na concepção moderna do vocábulo (VIANA, 1939).

A Independência do Brasil demarcou a transformação da Colônia em Império. O brado retumbante, eternizado no Hino Nacional Brasileiro, ocorrido no dia 7 de setembro de 1822 às margens plácidas do Riacho do Ipiranga, derivou do desempenho de pequenas elites, de maneira que não se pode falar em uma real participação popular nesse evento. Pode-se dizer que a independência "foi proclamada, não foi conquistada" (BONAVIDES, 2001, p. 78).

O país tornou-se independente mas houve a manutenção do sistema monárquico, com a figura do imperador no poder até a proclamação da República Brasileira em 15 de novembro de 1889. Nessa sequência, explica Fausto (1995, p. 156) que:

> a consolidação da Independência se fez em poucos anos, sem grandes desgastes. Mais do que isso, a emancipação do Brasil não resultou em maiores alterações da ordem social e econômica, ou da forma de governo. Exemplo único na história da América Latina, o Brasil

ficou sendo uma monarquia entre as repúblicas.

Com a independência, instaurou-se uma Assembleia Constituinte para aquele novo Estado. Até a dissolução dessa Constituinte, todo cidadão poderia apresenta-la temas que julgasse proficientes à nação. Caso admitida, a proposta seria levada a votação pela Assembleia.

Ainda que essa representação popular dependesse do intermédio dos constituintes, é ela reconhecida como sendo participação na forma direta, sendo conveniente destacar que mesmo a Assembleia tendo sido dissolvida pelo Imperador Pedro I, essa cooperação popular já constava de seu Regimento (ARINOS, 2008, *apud* SANTOS, 2009).

Além disso, Benevides (1991) explica que havia outros instrumentos de participação direta naquela época. Houve a possibilidade dos eleitores se insurgirem contra os eleitos para o Conselho de Procuradores do Estado, a fim de que perdessem o mandato, bem como a possibilidade conjecturada na Constituição de 1824 de se propor ação popular contra juízes de direito ou oficiais de justiça apurar eventual responsabilidade penal por parte deles.

Ainda assim, não houve uma democracia de massa no Império, essas experiências foram apenas a gênese dessa temática no cenário nacional. Desde o seu início, uma elite abastada de base feudal foi capaz de impor um sistema político que controlava desde as metrópoles até o interior dos sertões, dando margem à uma competição eleitoral sempre pacífica com uma alternância dos incluídos nas posições de mando (ALMEIDA, 2007). As eleições eram indiretas e não secretas, e só podiam votar os homens brasileiros, natos ou naturalizados, livres, com mais de 25 anos e com uma determinada renda anual.

Nessa perspectiva, vale lembrar que, ao final do período colonial, aproximadamente trinta por cento da população era branca, de um total de cerca de 3,6 milhões de habitantes no país, e já no Império, a primeira Constituição brasileira "nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao povo, embora devamos entender por povo a minoria de brancos e mestiços que votavam e que de algum modo tinha

participação na vida política" (FAUSTO, 1995, p. 149).

No período republicano brasileiro, sucedido de 1889 a 1930, e instituída a Constituição de 1891, temos que a democracia ainda permaneceu de forma tímida no país. O povo brasileiro não possuía hábitos e tradições democráticas.

Durante a República Velha, só podia votar o homem alfabetizado maior de 21 anos, ficando a participação nas urnas restrita a cerca de 3% da população.

Para agravar, havia ainda o chamado voto de cabresto. Os coronéis obrigavam a população a votar nos candidatos por eles apoiados, utilizando-se muitas vezes de violência. Como as eleições não eram secretas e os eleitores dificilmente desafiavam os coronéis, ficava fácil controlar o sistema eleitoral, formando-se elites dominantes (SANTOS, 2009).

Mesmo com essa dificuldade da população nesse período, algumas Constituições, como as do Estado de Goiás, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, inovaram ao trazer a possibilidade de revogação dos mandatos das autoridades municipais e legislativas estaduais, mediante proposta de um terço do eleitorado (BENEVIDES, 1991).

As únicas instituições que poderiam representar o povo de alguma forma eram os partidos, mas isso não ocorria de fato, pois eles eram grupos comandados por políticos profissionais que impossibilitavam outros tipos de arranjos coletivos (VIANNA, 1939).

Com a Revolução de 1930, todo o poder foi centralizado no Executivo e buscou-se formar um sistema de organização cooperativa que representasse o povo.

Houve avanços democráticos na Era Vargas. Em 1932 foi promulgado o primeiro Código Eleitoral brasileiro, inovando ao criar a Justiça Eleitoral, garantir as mulheres o direito ao voto e estabelecer o voto secreto e a representação proporcional (FAUSTO, 1995).

Apesar disso, a história se repetiu. Não houve uma autêntica

conexão entre cidadania e direitos políticos nesse tempo.

Certo é que Getúlio trouxe grandes avanços nos direitos sociais, sobretudo na seara trabalhista, mas seu governo estatista buscava conter empenhos organizatórios fora de seu controle. E isso foi de tal modo que Vargas instaurou um regime ditatorial entre 1937 e 1945, conhecido com Estado Novo, que suprimiu a federação e censurou a população.

A federação e a democracia voltaram ao final de 1945. O início da relação entre povo e política começa a acontecer, de fato, nesse período, ocorrendo a expansão da cidadania, do direito ao voto e do envolvimento político através dos sindicatos.

O período compreendido entre 1946 e 1964, chamado de Quarta República, ficou caracterizado por um grande rompimento político-institucional, sendo considerada por alguns historiadores como a primeira experiência democrática brasileira. O pluripartidarismo foi restituído, as eleições voltaram a ser livres e o voto se tornou obrigatório para alfabetizados.

A atuação eleitoral da população aumentou de tal maneira que "pela primeira vez na história brasileira, havia combinado a realização de eleições regulares e competitivas com alta taxa de incorporação de adultos ao processo eleitoral" (NICOLAU, 2012, p. 104).

Todavia, a democratização neste ínterim sofreu forte limitação resultante do cancelamento do registro político do Partido Comunista Brasileiro (PCB) pelo TSE em 1947, deixando parte significativa da opinião pública sem representatividade, além de proibir o voto dos analfabetos, parte considerável do eleitorado (SANTOS, 2007, *apud* SANTOS, 2009).

Durante os 21 anos de regime militar no Brasil (1964-1985), não ocorreu evolução quando ao direito ao voto. O país foi governado com rigidez e autoritarismo. O direito de organização e expressão, imprescindíveis a atuação política, foram suprimidos. A edição de Atos Institucionais e o uso eleições indiretas causaram medo e repressão na população. No tocante ao sistema eleitoral desse período, leciona Nicolau (2012, p. 105) que:

> Além de um conjunto de medidas que caracterizam todas as ditaduras, nas quais se incluem violência política, perseguição à oposição e casuísmos legislativos, criou um sistema político singular: os presidentes-militares e os governadores eram referendados por eleições legislativas; o sistema pluripartidário foi extinto, mas dois partidos puderam ser organizados; e parte dos cargos no Legislativo (senadores, deputados federais, deputados estaduais, vereadores e prefeitos) continuou a ser escolhida em eleições diretas. A tensão entre a permanência residual de instituições representativas e o uso da força durante o regime é bem ilustrada quando observamos a relação dos dirigentes militares com o Congresso Nacional. Ao longo dos 21 anos de governo autoritário o Congresso ficou aberto na maior parte do tempo, porém, foi enfraquecido por conta da perda de suas atribuições legislativas e pela cassação, por atos institucionais, de 149 deputados.

O processo que promoveu a passagem do regime militar para a redemocratização do país teve como pontapé inicial a posse do Presidente Geisel em 1974, que assumiu o compromisso de um projeto denominado de "distensão", marca de seu governo, no intento de promover uma abertura política lenta, gradual e segura, atendendo reivindicações da sociedade.

Em 1982, o Brasil se deparou com uma grave estagnação econômica causada pela crise da dívida externa e do petróleo, provocando grande insatisfação da população com o governo, dando início à intensa mobilização pelo fim da ditadura. Para mais, vários outros fatores influenciaram nesse processo, como o surgimento do forte movimento sindical no ABC paulista (região industrial do estado de São Paulo) e o fim do bipartidarismo em 1979 e a derrota da campanha "Diretas Já!" pela volta das eleições presidenciais diretas, em abril de 1984.

Finalmente em 1985 ocorreram eleições indiretas que acabaram por devolver o poder às mãos de um presidente civil.

Uma Assembleia Constituinte foi instaurada em 1987 e findou-se com a criação da atual Constituição Cidadã de 1988, tendo expressiva influência do movimento social que acometia o país, principalmente pela prerrogativa dos cidadãos de encaminhar emendas populares ao projeto de Constituição que conduziria à nova fase

brasileira (SANTOS, 2009).

O decêndio de 1990 assinala a difusão de organizações não governamentais (ONGs) no país, cujo desempenho é caracterizado pela demanda por autonomia da sociedade civil. É curioso constatar que a grande maioria das ONGs abarcam como área temática de atuação a participação popular (BRAGA, 2005).

Este histórico da democracia brasileira evidencia que, mesmo nos períodos pouco democráticos do país, houve mecanismos que possibilitaram a prática da participação popular dos brasileiros, ainda que alguns deles fossem desassociados de interesses públicos.

6. SURGIMENTO DA LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA NO PARLAMENTO GOIANO

A redemocratização do Brasil estabeleceu a demanda por participação popular como rotina das organizações sociais e políticas no contexto do Estado Democrático de Direito.

Com a nova Constituição, foram sendo criados fóruns, conselhos, seminários, tribunas populares, audiências públicas que, entre outros, foram aos poucos propiciando maior atuação direta da sociedade na *res publica*.

Contudo, no Parlamento, casa do povo por excelência, os mecanismos participativos foram surgindo de forma tímida. Um dos maiores institutos participativos do Diploma Maior, que se processa no Legislativo, é a iniciativa popular perante a Câmara dos Deputados, mas que, em razão de suas exigências formais, é de difícil aplicação prática.

Para sua proposição se exige *quorum* definido, elaboração da redação legal, coleta de assinatura de parte do eleitorado nacional que "deve passar, internamente, após ordenação por Município, Estado, Território e Distrito Federal, pelo crivo da conferência, uma a uma, com legibilidade e registro de identificadores eleitorais confirmados (PACHECO e MENDES, 1998, p. 145-146, *apud* GARCIA, 2005, p. 18).

Enfim, apesar de aparente solução aos anseios sociais, tal esse

instituto tem aplicabilidade restrita por seus requisitos burocráticos, mas a concepção de participação popular vislumbrada nessa ferramenta foi aos poucos sendo aprimorada.

Surgiu na Câmara dos Deputados, em 2001, a Comissão Permanente de Legislação Participativa, que avançou significativamente nesta questão, permitindo que a sociedade civil organizada atue diretamente no processo legislativo mediante a apresentação de sugestões e proposituras de leis à Câmara Federal. Instituiu-se também no Senado Federal, em 2002, uma Comissão com o mesmo intuito que, inovando em relação à Câmara, recebe sugestões de partidos políticos e organismos internacionais além das populares, aceitando, ainda, propostas de emenda à Constituição Federal.

Seguindo o exemplo das Casas do Congresso Nacional, os Estados também passaram criar Comissões de integração entre o legislativo e a sociedade em seus Parlamentos, e foi assim que surgiu a Comissão Permanente de Direitos Humanos, Cidadania e Legislação Participativa (CDH) na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (ALEGO).

Em 2007 foi editado o vigente Regulamento Interno da Assembleia Goiana (Resolução n° 1.218, de 03 de junho de 2007), que atribuiu à referida Comissão, em seu artigo 45, inciso XIII, alínea h, a competência de receber sugestões de iniciativas legislativas oriundas de classes organizadas, sindicatos, movimentos sociais, universidades e outras entidades externas ao Parlamento, como se segue:

> Art. 45. São os seguintes os campos temáticos, áreas de atuação e competências de cada Comissão Permanente: [...]
>
> XIII – Comissão de Direitos Humanos, Cidadania e Legislação Participativa: [...]
>
> h) sugestão de iniciativas legislativas oriundas de classes organizadas, sindicatos, movimentos sociais, universidades e outras entidades. [...].

Destarte, mesmo com o avanço da ALEGO em estabelecer uma instância participativa e com a grande atuação da CDH na seara dos Direitos Humanos, foi somente em 2015 que a Comissão editou o

primeiro regulamento interno a fim de viabilizar utilização do mecanismo participativo direto.

A Legislação Participativa da Assembleia goiana, verdadeiro desdobramento da Iniciativa Popular, foi viabilizada pelo Regulamento Interno n° 01 de 19 de novembro de 2015 da CDH, que estabeleceu o trâmite das propostas populares baseando-se nos moldes em que é praticada na Câmara dos Deputados.

Durante a votação do Regulamento, os deputados componentes da Comissão reconheceram a relevância de outorgar maior flexibilidade processual às propostas populares, além da capacidade de alterar a compreensão em relação ao que acontece na esfera pública.

Ainda com esse progresso, até o momento a Comissão foi acionada somente uma vez neste intuito, mas nem por isso essa única atuação deve ser desmerecida.

Nessa oportunidade, a turma de alunos da equipe de robótica do ensino fundamental da escola da instituição Serviço Social da Indústria (SESI) Vila Canaã, de Goiânia-GO, apresentou um Projeto de Pesquisa denominado "Rótulo Inteligente" (SESI CANAÃ, 2015), que embasou uma solicitação de um parecer acerca da possibilidade de elaboração de um Projeto de Lei que crie uma Política de Resíduos Sólidos baseada na reeducação de hábitos, em que as embalagens dos produtos comercializados no mercado seriam classificados de acordo com seu grau de risco ao meio ambiente, além de serem rotulados de acordo com o seu local de descarte por meio de um QR CODE (código de barras bidimensional escaneável por telefones).

Na oportunidade a CDH apresentou o parecer favorável à criação do Projeto de Lei. Porém, após o envio da propositura para apreciação da Seção de Assessoramento Temático da ALEGO, que presta assistência jurídica as comissões, foi constatado que a matéria do Projeto se enquadra nas questões relativas a "consumo", sendo esta uma matéria de legislação concorrente com a União, Estados e Distrito Federal, não podendo, então, ser levada adiante, pois é comercializado

em Goiás produtos fabricados em outros Estados e países, de modo que não é possível ao legislador estadual ultrapassar os limites de sua competência e regulamentar a matéria de modo tão amplo. Assim, apenas seria possível alcançar o pleito desejado mediante autorização federal, que tem abrangência em todo o território nacional.

Com efeito, embora a iniciativa louvável dos alunos não tenha seguido adiante, foi de extrema importância, dado que a dedicação da turma de crianças em levar em frente uma ideia de relevante interesse social e ambiental serviu como marco inicial para a consolidação de um instrumento democrático participativo no processo legiferante estadual e nacional.

7. DAS POSSIBILIDADES E EFETIVIDADE DA UTILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA EM GOIÁS E NO BRASIL

A utilização da legislação participativa na CDH possibilita propostas de emenda à Constituição Estadual, projetos de lei complementar, lei ordinária, decreto legislativo ou resolução, realização de audiências públicas, criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, requerimento de depoimento de autoridade ou cidadão que possa contribuir com os trabalhos da Comissão, e, por fim, sugestões diversas aos Poderes Executivo e Judiciário.

Cabe destacar que a CDH não possui um campo de atuação específico, permitindo que ela analise qualquer área temática, ou seja, sua competência não é definida em razão da matéria, mas sim em decorrência de quem tem a iniciativa de propor a sugestão legislativa.

Sua atuação depende de provocação externa, assim ela só exercerá suas funções na medida em que forem sendo apresentadas proposições da sociedade.

Possuem legitimidade para apresentar sugestões legislativas as entidades organizadas da sociedade civil, como sindicatos, associações, órgãos de classe e instituições de ensino, ressaltando o caráter popular

da Comissão por ser defesa a propositura por órgãos públicos e organismos internacionais, que possuem meios próprios para estes fins.

A fim de demonstrar a ausência de rigorismos formais, somente se exige para uma proposta popular a apresentação de documentos comprobatórios de existência da entidade propositora e seus responsáveis, bem como o registro de que esse órgão deliberou sobre.

Além disso, permite-se que os interessados se utilizem, para a sugestão legislativa, de papel impresso ou digitalizado, CD, sistema de correspondência postal ou eletrônica, ou meio *fac-símile*, e a CDH ainda se incumbe de observar e promover a adequação formal do texto para assegurar-lhe condições de tramitação.

Após ser classificada e apreciada, a sugestão será arquivada, caso haja parecer contrário ao seu seguimento, ou será transformada em proposição legislativa de iniciativa da CDH, caso haja parecer favorável, hipótese em que deverá ser encaminhada a Mesa Diretora da Casa para que se dê início à tramitação normal da proposta.

Por toda essa simplicidade na tramitação, resta nítida a potencialidade da legislação participativa frente à realização dos anseios regionais da população goiana e seu reflexo no país como um todo ao contribuir com a formação social da nação.

Tanto é assim que, analisando a utilização do instituto em outros locais, chega-se aos dados de que a Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados já recebeu, desde sua criação, cerca de 1070 sugestões legislativas (BRASIL, 2015). As Assembleias Legislativas dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, que também possuem ou já possuíram de Comissões participativas, somam, desde 2002, mais de 2200 sugestões legislativas desde suas fundações (MARTINS, 2013).

Nesse sentido, a CDH da Assembleia goiana torna-se um poderoso instrumento inovador, com o objetivo de ser um canal permanente e direto da sociedade civil organizada com o Parlamento.

É um espaço onde a democracia indireta (representativa) se aproxima da democracia direta, sendo capaz de produzir resultados de suma relevância para a sociedade, contemplando e incorporando matérias que venham, especialmente frente à atual crise representativa, contribuir para a discussão e a construção de novos arranjos político-sociais.

Ainda assim, a utilização desse instrumento participativo necessita de maior difusão na sociedade para alargar o seu aproveitamento, sobretudo em Goiás, que frequentemente encara escândalos políticos e manifestações sociais por insatisfação com os agentes políticos. Frise-se que em mais de dois anos da elaboração do regulamento possibilitador da legislação participativa no âmbito do Estado de Goiás, a CDH só foi acionada uma vez nesse intuito.

À vista disso, para fortificar a democracia é necessário atribuir maior importância ao espaço de discussão aberto aos grupos sociais dentro da Assembleia, de modo a conscientizar, além da população, os próprios parlamentares sobre a carência de aprimoramento desse instituto como expressão sincera das aspirações sociais, a fim de inserir o povo como agente ativo nas deliberações fundamentais do Estado que, direita ou indiretamente, repercutirão em seu dia a dia.

8. CONCLUSÃO

O Brasil, visualizado do início de sua história até os momentos atuais, contou com pontuais momentos democráticos, sendo dois os mais expressivos e verdadeiramente democráticos, quais sejam: o período compreendido entre 1946 e 1964 (chamado de Quarta República) e a redemocratização do país ocorrida em 1985, que vivemos atualmente.

A Constituição Federal de 1988, fruto da redemocratização, institucionalizou vários instrumentos democráticos de participação da população na vida pública do país, e aliado a esses mecanismos de democracia direta, consagrou o modelo representativo de governo,

onde o povo elege agentes públicos para representá-lo.

Apesar disso, a população acabou se distanciando das esferas deliberativas da máquina pública, não se utilizando dos mecanismos participativos e depositando demasiada confiança nos representantes eleitos que, por muitas vezes, se distanciam do interesse público.

No intuito de sanar esse problema de representantes sem representatividade, foram surgindo instancias participativas em alguns órgãos estatais, e foi assim surgiu a Comissão de Direitos Humanos, Cidadania e Legislação Participativa no âmbito do Poder Legislativo do Estado de Goiás, objetivado iniciar as sugestões legislativas provenientes da sociedade. E cooperar com seus legítimos representantes na busca dos interesses gerais.

O indiscutível viés democrático da CDH como um grande fórum de debates, apesar de grande inovação, necessita ser amplamente difundido na população goiana que ainda pouco a conhece, de sorte que a sociedade e o Parlamento, quando efetivamente caminharem lado a lado, fortaleçam a função legislativa e desencadeiem a elaboração de lei e políticas públicas que melhor atendam o titular do poder, qual seja, o povo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *O estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007;

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008;

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991;

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993;

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistencia, por uma nova hermeneutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001;

BRAGA, Fabiana Negromonte Sande. *Legislativo e sociedade civil no Brasil: a Comissão de Legislação Participativa*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005;

CARVALHO. Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013;

CHAUI, Marilena. Democracia e sociedade autoritária. *Comunicação & Informação*, v. 15, n. 2, p. 149-161. Goiânia, 2012;

CORASSIN, Maria Luiza. O cidadão romano na República. Projeto História. *Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, v. 33, p. 271-287, 2006;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

EIU. *Democracy index 2017: free speech under attack*. Disponível em: <https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2017>. Acesso em: 14. mar. 2018;

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os partidos políticos nas Constituições democráticas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, p. 99, 1966;

FERREIRA JUNIOR, Nivaldo Adão. Comissão de Legislação Participativa: a construção da democracia deliberacionista. *E-Legis-Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados*, v. 1, n. 1, p. 36-43, 2010;

GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. *Revista de informação legislativa*. Senado Federal. Brasília, v. 42, 2005;

LEGISLATION UK. *European Union Referendum Act 2015*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/contents/enacted/data.htm>. Acesso em: 12. set. 2016;

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 178, p. 181-193, 2008;

MARTINS, Cleber Ori Cuti. Processos participativos nas assembleias legislativas: organização e características. *Revista Estudos Legislativos*, Porto Alegre, ano 7, n. 7, p. 125-146, 2013;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016;

NICOLAU, Jairo Marconi. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro, Zahar: 2012;

PUCCINELI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012;

RIBEIRO, Renato Janine. A democracia. Publifolha, 2001;

ROLIM, Éricka Sobreira Lucena. *A comissão de legislação participativa da Câmara dos Deputados e a flexibilização da iniciativa popular*. 2005. Monografia (Curso de Especialização em Gestão Legislativa) – Universidade de Brasília, Brasília, 2005;

SANTOS, Luiz Claudio Alves dos. A participação popular na iniciativa das leis no contexto da democracia representativa e da participação política no Brasil. *Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*. Brasília, 2009.

SESI CANAÃ. Equipe de robótica do ensino fundamental da escola SESI Canaã. *Projeto de pesquisa: rótulo inteligente*. Projeto elaborado para o Torneio Nacional de Robótica de 2015. Goiânia, 2015;

VIANA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939

O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: BUSCA PELA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

João Carlos Matias Filho[1]

Línia Dayana Lopes Machado[2]

Rildo Mourão Ferreira[3]

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a corrupção no nosso país ultrapassa os limites de uma mera demanda moral, chegando ao patamar de tornar-se um risco a política nacional. O bom e efetivo combate a esse mal, encontra-se em nossas mãos: criar estruturas institucionais mais eficazes, e assim, encontrar caminhos a serem percorridos até o objetivo final. Por seguinte, a erradicação da corrupção, todavia, o principal não recebe o valor devido, que se traduz simplesmente em colocar em prática as normas que já possuímos.

Ao correr os olhos em nossos cadernos legislativos vigentes, encontra-se cristalino que, o que não nos faltam são normas, tanto para regular, fiscalizar ou punir os autores desses atos lesivos não só a união, mas principalmente a nós mesmos, os integrantes desta nação.

Basta atentar-se a Carta Magna para verificar que ela vai muito

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Rio Verde (UniRV).

2 Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC- GO. Professora da Disciplina Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde-UniRV-GO.

3 Pós-Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV).

além da simples garantia do voto obrigatório, direto, secreto e regular (art. 14, §1º da CF/88), na defesa do povo e no confronto à deturpação da moralidade na administração pública. A Constituição Federal encalça com louvor o seu objetivo de mostrar que o povo e o real detentor do poder e por esse motivo existem em seu texto limites a serem respeitados pelos representantes escolhidos pelo povo, devendo estes resgatá-los quando as ambições individuais dos representantes se superpuserem as propensões coletivas.

Entretanto, não restam dúvidas que as práticas corruptas, tanto quando praticadas por agentes políticos, ou até mesmo quando praticadas por qualquer outro agente público estremecem os triunfos democráticos obtidos pela Constituição Federal de 1988, afrontando os interesses coletivos, mostrando que ainda que de forma indireta lutar contra a corrupção é um dos objetivos mais importantes da nossa Carta Magna.

Dessa maneira, a luta contra a corrupção se torna surpreendentemente essencial à materialização dos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, bem como a consubstanciação do Estado Democrático, além de restaurar o ímpeto normativo da Lei Maior.

2. O COMBATE À CORRUPÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS E PRINCIPIOLÓGICOS RELACIONADOS A APLICABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Corrupção significa deturpação, desvirtuamento, portanto todo ato de corrupção deturpa algo, e em alguns casos, vários bens jurídicos são afetados, sendo que sempre o primeiro a ser atingido será a Constituição Federal. Na realidade, vemos a exteriorização da corrupção nos desvios de recursos públicos que deveriam ser direcionados a população, lesando, desse modo, não só a Carta Magna, mas toda a população.

De acordo com Ribeiro (2000, p. 165):

> Para conhecer-se o fenômeno da corrupção, em nossa sociedade, deve se combinar a leitura antropológica com a política. Os costumes, na corrupção, não são uma vaga descrição dos modos de ser, de *ethoi* privados, mas a questão política por excelência. Discutir

> a corrupção é um tema de antropologia política: aqui estamos na charneira em que os costumes e a política se exigem um ao outro.

O momento para discussão sobre o conceito de corrupção não poderia ser mais ideal. No atual cenário do nosso país muito se fala sobre a criação de novos institutos para fortalecer o combate à corrupção, mas seria esse o melhor caminho a trilhar? A priori os brasileiros devem se atentar ao significado de corrupção, e não só ao significado estampado na mídia, mas também, naquele mais importante de todos, o que afronta a Constituição.

Em complementação ao assunto, Livianu (2006, p. 31) infere que,

> A corrupção, no âmbito social, é uma alteração de processo da ordem natural das coisas e é um fenômeno permanente na vida humana. Consiste em tornar privado o que é público, ação que resulta no abuso de prerrogativas de alguém que exerce um monopólio.
>
> Assim, para fins, de análise do tema, o conceito, o conceito de corrupção é o seguinte: trata-se de toda e qualquer vantagem obtida pelos agentes públicos no exercício das funções que cause prejuízo aos bens, serviços e do interesse do Estado.

Seria impossível conceituar e apontar a origem da corrupção em nosso país de forma clara e objetiva, já que ela pode estar presente nos lugares e nas atitudes menos inusitadas que muitos consideram coisas sem importância, mas por serem menos danosas, são consideradas menos relevantes, e nesse ponto cabe a cada um aferir o real significado de corrupção.

Segundo Nunes (2008, p. 17):

> Para o Direito internacional, definir corrupção não é uma tarefa simples, vez que não há uma estreita, compreensiva e universal de corrupção, dada a complexidade e pluridimensionalidade do tema. As tentativas de definição, anteriormente feitas, acabaram encontrando obstáculos legais, doutrinários e políticos em muitos países.

Já de acordo com os ensinamentos de Heidenheimer (2001, p. 152),

> a corrupção pode ser negra, cinza ou branca: é negra quando as elites políticas e a opinião pública formam um consenso de que a corrupção deve ser punida por razão de princípio; é cinza quando as elites e a opinião pública não formam esse consenso a respeito da punição da corrupção, fazendo com que alguns concordem com sua punição por princípio e outros não. E finalmente, é branca quando a corrupção ganha um aspecto tolerável em que não existe apoio público à punição.

Em um Brasil, onde a Carta Magna de 1988 concebe em um país democrático e republicano, que a ideia da existência de qualquer tipo de corrupção deve ser vista como um estorvo, não só pelo fato de ir totalmente contra a Constituição Federal, mas também pelo mal que gera na opinião pública, pois esta última pode trazer insegurança, temor e receio, uma vez que, em grande escala pode tornar-se catastrófico para uma nação.

Sobre conceituação Rocha (2009, p. 41) expõe que:

> A conceituação da corrupção muda conforme a perspectiva do autor ou ângulo científico em que é vista: pelo jurista, pelo teólogo, pelo sociólogo, cada uma a define de um modo. Corroborando o entendimento de que a corrupção deve ser analisada sob uma perspectiva multidisciplinar.

Inúmeras são as teorias que conceituam do tema, inexistindo unanimidade acerca do que vem a ser corrupção. Conforme explica Filgueiras (2008, p. 353), trata-se de um erro escrever sobre uma teoria política da corrupção, "já que não há na tradição do pensamento político ocidental, consenso a respeito de seu significado". Desse modo, segundo o autor, não se pode falar em uma teoria política sobre o fenômeno, mas de diferentes abordagens a respeito, restando demonstrada a complexidade da temática.

É seguro que a corrupção é um acontecimento intrínseco a qualquer sociedade seja ela qual for, já que seria praticamente utópica a estruturação de uma cultura de forma a evitar totalmente a formação de indivíduos corruptos, contudo ainda sim temos nossa Constituição como um farol que nos guia na direção da defesa dos direitos coletivos

direcionando a administração pública. Isso se dá, antes de qualquer coisa, através dos princípios constitucionais.

Acerca do tema, Barroso (2010, p. 204) ensina:

> Os princípios – notadamente os princípios constitucionais–são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Para que a Administração Pública consiga cumprir seu propósito no controle dos interesses da população é essencial à obediência fidedigna de todos esses princípios, uma vez que eles se intercomunicam concatenando na forma mais limpa e proba de se exercer uma função pública.

Segundo Bastos (2010, p. 95):

> Cumpre dizer que, um princípio constitucional não pode ter a sua magnitude de incidência relativizada por uma mera regra, ainda que constitucional. Esta norma deve estar em conformidade com os princípios e não o contrário. Quem tem a precedência na organização dos comandos da Constituição são os princípios e não as regras. Esses preceitos, muitas vezes, são vazios de significados mais abrangentes, respondendo de modo pontual, enquanto que os princípios informam o todo da Constituição, conferindo-lhe riqueza e coerência.

Se respeitados fossem todos os princípios constitucionais, o combate a corrupção não seria uma preocupação atual, porquanto o próprio texto da Lei Maior nos dá exatamente a noção de decoro e decência que todos devem ter com a Administração pública.

Acerca do tema, Bonavides (2014, p. 295) pontua:

> A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas onde aparecem como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

O artigo 37 da Carta Magna nos mostra princípios claros e objetivos, que são uma enorme conquista na defesa dos direitos do povo, sem os quais a Administração Pública se encontraria numa posição muito mais frágil, comparada com a que se encontra hoje. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Desse modo, não é preciso muito empenho para constatar que a transgressão de qualquer desses princípios leva a corrupção, mesmo que de início possa ser em níveis menos ofensivos (se é que pode considerar-se a corrupção dessa maneira).

O princípio da moralidade, por ser um dos mais abertos, se honrado acabaria com boa parte dos crimes relacionados à corrupção no Brasil, uma vez que moralidade em sentindo amplo é sinônimo de honestidade e integridade, qualidades que deveriam ser obrigatórias nos ocupantes de cargos públicos e não a exceção como tem sido ultimamente.

Já o da publicidade garante ao povo o seu direito e dever de fiscalizar e acompanhar de perto a gestão dos bens e verbas públicas, bem como de todos os meios organizacionais da Administração Pública, visando sempre à prevenção contra condutas corruptas, mas quando essa não for suficiente garante também que os responsáveis possam ser punidos.

A legalidade por si só, é o que faz com que haja a ordem social e, é claro, por consequência, o princípio subsidiário de todas as normas jurídicas vigentes no país, coibindo a prática de atos que estão em desacordo com a legislação, quando se trata de Administração pública, geralmente levam aos crimes ligados à corrupção.

A eficiência não deveria ser considerada somente um princípio constitucional, mas sim um dever, um múnus, o qual todos que detém o poder de uma função pública deveriam colocar em prática, e caso isso ocorresse, provavelmente poderíamos deixar de lado campanhas de combate à corrupção e parar de nos preocupar com atos e condutas criminosas contra a Administração Pública de nosso país.

O princípio da impessoalidade quando analisado em sua função original, tem um papel tão importante quanto os demais na luta

contra a corrupção. Contanto, sua finalidade é a própria eliminação do fomento pessoal tanto das autoridades quanto dos funcionários públicos. Certamente que a corrupção não acontece sem que, pelo menos, um destes princípios tenha sido violado.

Ao realizarmos uma análise mais apurada sobre a visibilidade que o tema traz, nos dias atuais, percebermos que o índice de processos e os fatos sendo investigados relacionados à corrupção aumentaram significativamente, com a população é muito crítica. Mas o que a grande maioria talvez não consiga enxergar é que o Brasil não se tornou um ambiente corrupto permissivo, a verdade é que, nosso Estado vem se mostrando em defesa do povo, investigando, processando e julgando cada vez mais casos, que talvez algum tempo atrás tivéssemos sido simplesmente ignorados.

E axiomático que a obediência aos princípios descritos no artigo 37 da Constituição Federal é o primeiro passo no caminho para o desarraigamento da corrupção da sociedade bem como para a mudança na percepção de que a corrupção está enraizada na cultura do país. Tal lealdade aos princípios Constitucionais será capaz de orientar a sociedade e direcionar a população na direção certa no combate da corrupção.

3. A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Como é de conhecimento geral, a Constituição Federal é dotada de inúmeros atributos. Uma dessas peculiaridades está diretamente ligada ao seu teor, uma vez que é considerada vasta e ampla em seu teor. Em outras palavras, ela é capaz de abarcar os diversos objetos, algumas de formas mais completas que outras, ainda assim, o legislador originário abrangeu aquilo que considerou como primordial.

Segundo esclarece Bonavides (2014, p. 389):

> Enfim, se concentrarmos nossas reflexões sobre o Brasil, veremos que o grande problema do momento constitucional brasileiro é o

> de como aplicar a Constituição. Esta questão, porém, não cabe unicamente ao Direito Constitucional resolver, mas deve ter por igual à audiência da Ciência Política. Concretizar o texto, introduzi-lo na realidade nacional, eis em verdade o desafio das Constituições brasileiras, desde os primórdios da Republica.

Após o posto, cabe ressaltar que nem todas as temáticas puderam ser abordadas de forma absoluta na Lei Maior, sendo que alguns conteúdos foram apenas citados, e desse modo, deixados para a legislação infraconstitucional regularizá-los. Surgem, nessa esteira, os mandados de criminalização.

Lado outro, a concordância com a existência de mandados de criminalização na Constituição de 1988 apenas corrobora com o fato de que esta foi escrita sob a égide de princípios e valores.

Segundo a inteligência de Ponte (2008, p. 152), "os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral".

Importa destacar que o fato de existirem tais mandados, não abala nem desvitaliza a Constituição de 1988. Longe disso. Apenas indica o correto juízo que o legislador originário teve sobre tais normas, fornecendo no texto constitucional um alicerce maciço para o desenvolvimento destes mandados.

De acordo com Gonçalves (2007, p. 154) "os mandados se justificam num regime de normalidade institucional e democracia, própria dos Estados de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativos e executivos".

Não há como olvidar-se também que a Constituição Federal atual como fonte material da legislação criminal infraconstitucional, encontrando-se sempre como preceito.

> Toda norma penal carece de fundamentação constitucional.

> Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na *descriminalização* ou não aplicação da norma penal (CARVALHO, 1992, p. 23).

A doutrina, por ora, ainda não se encontra absolutamente pacífica, entretanto, grande parte já consente que existam mandados de criminalização explícitos e implícitos em nossa redação constitucional.

Os mandados de criminalização explícitos são aqueles em que podemos ver diretamente a intenção do legislador em coibir algumas práticas, ou punir com mais rigidez algumas condutas anteriormente já criminalizadas. Alguns estão elencados no artigo 5º da Constituição Federal, como por exemplo, o inciso XLIII:

> a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988).

Por outro lado, existem os mandados implícitos, considerados os ditames latentes, que o legislador originário tratou no texto da Lei Maior, contudo, de forma tácita sem ter fixado exatamente o que teria de ser realizado, mas acentuando a sua relevância. Os principais exemplos se encontram no caput do artigo 5 da CF: ”Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988).

Nessa esteira de raciocínio, a corrupção se encaixa perfeitamente na concepção de mandado constitucionais de criminalização implícita. Ao evocar que a corrupção esvaece com as finanças públicas desviando verbas que deveriam ser utilizadas em obras e serviços públicos não há como negar que a criminalização da corrupção de diversos modos, não se encontra no texto constitucional.

Alguns mandados de criminalização já foram acolhidos pelo

legislador infraconstitucional, inclusive alguns ligados a condutas corruptas, contudo a Lei Maior cuidou de diversos institutos legais (ainda que de forma implícita), deixando um leque vasto de bens jurídicos para serem regulamentados pelas leis infraconstitucionais.

É claro que, em boa parte das situações, a ordem de criminalização dada pelo Diploma Maior é patente, não existindo espaço para outras opções, e não são esses casos que devem nos despertar maiores interesses. Devemos nos atentar aos conflitos existentes nos mandados de criminalização implícitos, que não se encontram claros aos olhos de todos e nesse ponto muito há a ser observado com relação à corrupção.

A Carta Federativa de 1988 desempenha um papel substancial no combate a corrupção, uma vez que escolhidos determinados institutos jurídicos pela constituição, forçando a comunidade a condenar determinadas condutas corruptas, se já não a princípio, criminalizando-as, ao menos tornando-as imorais, aos olhos da população, deixando assim o legislador sem brechas.

Nesta toada, partindo do ponto que a moralidade e a probidade são deveres gerais dos agentes e servidores públicos, além de serem princípios constitucionais tem-se por incontestável o mandado de criminalização de condutas ímprobas e imorais para com a administração pública, legado deixado pela própria CF.

Por outro lado, tendo o legislador constituinte sido expresso em alguns casos de mandados de criminalização, não faz com que os não ditos diretamente em seu texto legal sejam considerados menos importantes, ao contrário, restando dúvidas acerca de como regular tal preceito legal com magnificência, deixa-se implicitamente a sua importância para posteriormente ser tratado pelo legislador ordinário.

Destarte, é primordial mais atenção aos mandados constitucionais de criminalização, pois a própria Carta Magna nos dá o caminho correto a seguir no combate a várias condutas criminosas, dentre elas, a corrupção.

4. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO

Que a corrupção reflete circunstâncias de funcionamento deficiente da administração pública e da atual estrutura política não há dúvidas, conforme bem leciona Filgueiras (2008, p.354), ocorre que a "corrupção ainda está impregnada por todo lado, especialmente nas esferas públicas".

A ânsia dos brasileiros de ver os índices de notícias relacionadas à corrupção diminuírem cresce cada dia mais, mas poucas são as atitudes da população para que isso aconteça, ocorrendo muitas vezes, de boa parte da população praticar pequenos atos de corrupção e apenas ignorá-los por não terem a magnitude de um ato de improbidade praticado por algum político contra a administração pública.

Nesse sentido Barroso explica (2010, p. 90):

> A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e a legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.

Acontece que providências no combate a corrupção são criadas todos os dias pelo Ministério Público, seja dos Estados ou da União.

A Constituição Federal em seu artigo 129, incisos I e III, delega, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção privativa da ação penal pública na forma da lei, do inquérito civil e da ação civil pública, para a promoção do patrimônio público e social.

Sobre a relevância deste órgão, Lopes (2000, p.35) defende:

> Sua atuação fiscalizadora pode se voltar, eventualmente, sobre importantes autoridades, o que torna imprescindível alguma relativa autonomia da instituição. Por isso, a presença de um Ministério Público pleno de atribuições e completamente submetido a um Poder

> de Estado implica em homenagem do vício à virtude, pois o autoritarismo político e a concentração de poderes constituem ambiente infenso a toda espécie de controle externo. O Ministério Público, como agência institucional, é uma das consequências do moderno Estado de Direito.

Os constituintes originários asseguraram uma autônima ao instituto do Ministério Público muito maior do que a que este possuía antes. Foram criados métodos e ferramentas que dão uma proteção maior ao Ministério Público dos Estados e da União, fazendo, assim, com que este órgão saísse mais em defesa do povo e na luta contra a corrupção.

De acordo com Sadek (2009, p.4): "O Ministério Público, desde a Constituição de 1988, é uma instituição independente, não se vinculando a nenhum dos poderes do Estado, seja o Executivo, o Legislativo ou ao Judiciário. Além disso, possui garantias de autonomia tanto administrativa como funcional".

Nesse mesmo sentido, Paulo e Alexandrino (2015, p. 738) pontuam:

> A constituição Federal, em plena harmonia com o sistema de "freios e contrapesos" (*checks and balances*), instituiu o Ministério Público como um órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos poderes da República, consistindo em autentico fiscal da nossa Federação, da separação dos poderes, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais.

Portanto, o Ministério Público possui uma vasta independência funcional, que segundo os ensinamentos de Lenza (2009, p. 672), nada mais é do que uma "autonomia de convicção ao passo que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de suas atribuições, podendo, dessa forma, agirem no processo da maneira que bem entenderem", sendo que as hierarquias presentes estão ligadas apenas a questões administrativas, mas jamais de caráter funcional.

Logo, a Carta Maior concede ao Ministério Público não só o poder de atuar na luta pela erradicação da corrupção, como também

o múnus de fazê-lo.

Nessa esteira, afirma Bastos (2010, p. 590):

> Nenhuma das nossas Constituições pretéritas deu ao Ministério Público o tratamento extensivo de que goza na Constituição de 1988. E não é de minúcias de que se trata. Mas sim de revesti-lo de prerrogativas e competências inéditas no passado (...). Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico.

Analisando o atual cenário político brasileiro é indiscutível que nunca a corrupção e a imoralidade estiveram tão em alta e de uma maneira tão negativa. Muito se questiona acerca disso, por muitas vezes a culpa da existência de altos índices de corrupção é colocada no Ministério público, o que não deveria acontecer, uma vez que este é responsável pela punibilidade da corrupção e não por sua ocorrência.

Com toda certeza, o nosso Ministério Público atua com robustez no combate a corrupção, haja vista que é o titular da ação penal pública e detentor do *jus postulandi.* É claro que a função do Ministério Público, deve ir muito além da ação penal em determinados casos.

Paulo e Alexandrino (2015, p. 745) também compartilham deste raciocínio:

> Da nossa parte, pensamos ser plena a legitimidade constitucional do Ministério Público para realizar investigações. Com efeito, entendemos que a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público relevantes atribuições institucionais, dentre as quais a competência para exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), reconheceu a ele, também, a competência para realizar investigações, ainda que para isso tenha de instaurar procedimento investigatório próprio.

Por seguinte, a atuação do Ministério Público não se encerra neste fato, pois além da esfera criminal, existem várias outras esferas para a atuação e vários outros caminhos a serem seguidos, como por exemplo, a improbidade administrativa, que é regulada pela Lei 8.429/92 e concebe os atos de improbidade praticados por agentes públicos, particulares quando prestarem um serviço público ou quando

em cumplicidade com estes.

São três as modalidades de improbidade: as que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); as que causam prejuízo ao erário (art. 10) e as que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Encontra-se cristalino que todas as condutas de improbidade descritas na Lei 8.429/92 guardam íntima relação com os conceitos de corrupção acima descritos, tornando assim o papel do Ministério Público, nesse âmbito, ainda maior e mais importante.

Uma das questões em alta sobre o papel do Ministério Público no combate a corrupção encontra-se visceralmente ligada ao patrimônio público. Nesse ponto é de suma importância à fiscalização e atuação ativa dos demais órgãos públicos, como os Tribunais de Contas, devido, a Constituição dar ao Ministério Público o múnus de operar na defesa dos interesses coletivos, sozinho seria uma tarefa improvável de ser concretizada.

A relevância dos Tribunais de Contas é bastante marcada na Lei Maior, ao possuírem dentre várias importantes funções, analisar e deliberar sobre as contas dos administradores e de todos os outros dirigentes da administração pública, sendo incumbidos de examinar e dispor sobre aqueles que causaram lesão ao erário, conforme a inteligência do artigo art. 71, inciso II, da CF. (BRASIL, 1988).

No Brasil, infere Speck (2012, p. 462) que os Tribunais de Contas são "instituições semiautônomas", uma vez que são compostos por um corpo profissional concursado, contudo dirigido por um colegiado estruturado por nove Ministros, no caso do Tribunal de Contas da União, sete Conselheiros, nos Tribunais de Contas Estaduais e cinco Conselheiros nos Tribunais de Contas Municipais que possuem atribuição, dentre outras atividades, realização do orçamento, fiscalização e a formalização de decisões a respeito da fiscalização.

Os grandes escândalos que frequentemente temos visto nas mídias do país, ligados a corrupção, se dão sumariamente em função de uma atuação sagaz e inteligente do Ministério Público, uma vez

que só tomamos conhecimento de tais condutas quando se busca a apuração das condutas e punição dos agentes que a realizaram.

A grande massa talvez não perceba, mas o que se tem realizado hoje se trata de uma atuação forte do Ministério Público, juntamente da Polícia Federal, que ocasiona uma massiva propagação da mídia das ocorrências de crimes ligados à corrupção que pode ser traduzida apenas no Ministério Público dos Estados e União fazendo o seu papel, que lhes foi concedido pela Constituição Federal.

Às vezes, condutas criminosas relacionadas à corrupção nem mesmo eram investigadas, e por isso a mídia não divulgava e ninguém ficava sabendo, o que tem ocorrido atualmente é a efetividade da Constituição Federal e das Leis infraconstitucionais, o que deveria gerar contentamento ao invés de desagrado.

Entretanto, como bem se pode perceber não é uma tarefa fácil agradar uma nação tão diversificada e em alguns aspectos, desprovida de conhecimentos básicos, talvez por isso seja difícil para os brasileiros reconhecerem que tais escândalos de corrupção são na realidade uma indicação de que algo tem sido feito e que as autoridades não estão apenas assistindo os corruptos levarem o que é do povo.

Diante disso a impressão do aumento de notícias de políticos envolvidos em crimes de corrupção em nosso país pode-se possivelmente apontar que a comunidade brasileira está obtendo um considerável sucesso na luta contra esses tipos de crimes.

Dessa forma, a confiabilidade nas entidades públicas se torna um componente essencial para ter-se um conjunto político justo e de atuação regular. Nesse sentido, para que tenhamos um governo popular forte é substancial um grau de segurança que o povo deposita nas entidades públicas e em seus representantes. Daí advém à necessidade do governo, através do Ministério Público, de conter os níveis de corrupção em nosso país.

Para que haja uma eficácia maior na direção da administração pública e maior eficácia das políticas públicas criadas pela União, é

preciso desenvolver uma nova cultura não estatal de controle (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011). Desse modo, não é suficiente melhorar a máquina estatal. É preciso também levar o próprio cidadão a fiscalizar e fazer-se presente nas decisões públicas.

Acerca desse ponto, Gomes (2014, p. 9) pontua:

> A desigualdade social vigente no Brasil relega a pobreza uma ampla parcela da população, cidadãos que não dispõem de tempo e de recursos, para participar ativamente da vida pública, pois dedicam seu tempo, atenção e energia à satisfação de necessidades básicas. Desse modo, resta ao cidadão maximizar os interesses pessoais urgentes em detrimento do interesse público que sequer é reconhecido como parte dos interesses e direitos pessoais.

É claro que o papel principal nessa luta contra a corrupção que assola a administração pública, a priori, é do Ministério Público, todavia a diafaneidade política pode ser construída de uma maneira muito mais sagaz e sublime se houver a laboração da sociedade de forma efetiva, seja na fiscalização, acompanhamento, ou até mesmo no próprio exercício da democracia, no momento da escolha dos representantes políticos. Assim, um dos dispositivos mais importantes nesse controle da corrupção encontra-se nas mãos do próprio povo.

4.1. DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

O Ministério Público Federal, na busca mais efetiva da erradicação da corrupção, lançou recentemente um pacote de medidas a serem tomadas contra a corrupção que envolve providencias que devem ser praticadas tanto pela população quanto pelos agentes políticos e órgãos públicos chamado de Dez Medidas Contra a Corrupção.

Em um país, nos tempos que só se fala em menos corrupção e mais justiça, o Ministério Público Federal defende a necessidade de uma reforma política, motivo pelo qual propôs junto ao Congresso Nacional um projeto de Lei contendo medidas que, de acordo com os responsáveis, será capaz de causar mudanças significativas contra a corrupção.

O pacote de medidas visa dar mais celeridades aos processos de crimes relacionados à corrupção, bem como punições mais graves aos autores desses crimes. Muitas são as divergências acerca destas medidas, tendo quem diga que são extremistas demais.

As providências anticorrupção apontadas pelo Ministério Público Federal (MPF) são significativas na luta contra a corrupção no Brasil. O caráter pluridisciplinar dessas ações, incluindo medidas nas variadas vertentes do direito, começando em direito penal, percorrendo o direito civil e chegando até o administrativo, fecham fissuras, tonificam a atuação do MPF criam novos dispositivos de gerência e comando.

As dez medidas propostas são: prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; aumento das penas e crimes hediondo para a corrupção de altos valores; eficiência dos recursos no processo penal; celeridade nas ações de improbidade administrativa; reforma no sistema de prescrição penal; ajustes nas nulidades penais; responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado e por fim, a recuperação do lucro derivado do crime.

Realmente tais medidas seriam exemplares no combate a corrupção, mas como elas afetam outras áreas do direito, bem como outras classes, além dos crimes de colarinho branco, devem ser analisadas com muito cuidado para que a sede pela Justiça nos casos de corrupção não acabe afetando todo um ordenamento jurídico e até mesmo, ferindo a Constituição Federal.

Portanto, é preciso sempre lembrar que vivemos em um país de uma Constituição Cidadã, presando sempre pela civilidade, e ainda que tais medidas possam significar mais punibilidade àqueles que praticarem atos de corrupção, ainda afetaram mais cidadãos e por isso tais propostas merecem uma análise bem-feita, presando constantemente, em primeiro lugar pela Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Tem-se que a corrupção nasce quando algum indivíduo opta por colocar seus interesses particulares acima dos interesses públicos lesando não só a própria administração pública como também toda a população brasileira, burlando, desse modo, a legislação e por consequência a Constituição Federal.

A corrupção é um mal que causa prejuízos ao erário de forma devastadora, mas os mais lesados encontram-se dentro de nossa Constituição: os princípios que regem nossa sociedade e principalmente nosso ordenamento jurídico.

A partir de uma análise do nosso atual cenário político, encontra-se cristalino o quanto a nossa Carta Magna de 1988 fez pelo Brasil no que diz respeito à luta pela corrupção, seja através dos variados mandados de criminalização implícitos que podemos encontrar em seu texto, seja pelas prerrogativas que ela dá ao Ministério Público (tanto Federal quanto dos Estados) na aplicação da nossa legislação.

Muito se crítica acerca dos diversos casos e escândalos de corrupção noticiados todos os dias, mas é incontestável que estamos na direção certa para o controle desse mal que, por ora, depreda não só o nosso patrimônio público como também a dignidade dos brasileiros juntamente com a noção de honestidade que nos foi ensinada.

É patente também que essa luta, não é uma luta que a Constituição atribui somente ao Ministério Público. Nós brasileiros, também temos papel fundamental no combate à corrupção, talvez tão importante quanto o atribuído aos órgãos fiscalizadores, julgadores e punitivos na participação ativa da população, de homens públicos conduzem o governo.

Portanto constata-se que não basta um aparato na nossa legislação (que comparada com a de outros países, é muito completa), a mudança deve partir na sua aplicabilidade e mais importante ainda na intelecção do povo brasileiro.

A constituição nos entrega o poder/dever maior e mais importante relacionado à Administração Pública que é escolher quem irá nos representar perante a máquina de gestão pública, portanto antes de tudo, o combate à corrupção no meio político é um múnus da população.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controle democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 22ª ed. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 29 ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Orgs.). *Corrupção*: *ensaios e crítica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 2.

GOMES, J. V. L. O cidadão frente à corrupção: o associativismo é a fonte de cultura política e ação coletiva? Encontro da ABCP, IX, 2014, Brasília. *Anais*. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/03/cidadao-frente-corrupcao-associativismo-e-fonte-cultura.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2017.

GONÇALVES, L.C.S. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, 327 p.

HEIDENHEIMER, A. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, A e JOHNSTON, M. (orgs.). *Political corruption.* Concepts and contexts. New Brunswick: Transactions Publishers, 2001. p. 152.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIVIANU, R. *Corrupção e direito penal.* Um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo. Quartier Latin, 2006.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e Cidadania*: O Novo Ministério Público Brasileiro. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES,

Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coords.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 15-35.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Métodos. 2015.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, R. J. *A sociedade conta o social*: o alto custo da vida pública no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 233 p.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da Globalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

SADEK, Maria Tereza. *Justiça e cidadania no Brasil.* Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Sociais, 2009, 224p.

SPECK, Bruno. Tribunais de Contas. In: *Corrupção*: ensaios e críticas. Coord. Leonardo Avritzer. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018

Diretoria da OAB/GO
Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - Presidente
Thales José Jayme - Vice-Presidente
Jacó Carlos Silva Coelho - Secretário-Geral
Delzira Santos Menezes - Secretária-Geral Adjunta
Roberto Serra da Silva Maia – Tesoureiro

Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO
Rafael Lara Martins - Diretor-Geral
Giovanny Heverson de Mello Bueno - Diretor-Adjunto
Luciana Lara Sena Lima - Diretora-Adjunta
Rildo Mourão Ferreira - Diretor-Adjunto

Conselho Federal da OAB/GO
Dalmo Jacob do Amaral Júnior
Fernando de Paula Gomes Ferreira
Leon Deniz Bueno da Cruz
Marcello Terto e Silva
Marisvaldo Cortez Amado
Valentina Jungmann Cintra

Diretoria da CASAG
Rodolfo Otávio Pereira da Mota Oliveira – Presidente
Marcelo Di Rezende Bernardes - Vice-Presidente
Ana Lúcia Amorim Boaventura - Secretária-Geral
Estênio Primo de Souza - Secretário-Geral Adjunto
Carlos Eduardo Ramos Jubé - Direto Tesoureiro
Cácia Rosa de Paiva - Diretora-Adjunta
Helvécio Costa de Oliveira - Diretor-Adjunto
Osório Evandro de Oliveira Silva - Diretor-Adjunto
Tênio do Prado - Diretor-Adjunto
Thiago Mathias Cruvinel - Diretor-Adjunto

Conselho Seccional da OAB/GO

Aibes Alberto da Silva
Allinne Rizzie Coelho Oliveira Garcia
Ana Carollina Ribeiro Barbosa
Ana Paula Félix de Souza Carmo Gualberto
André Luis Cortes de Souza
Arcênio Pires da Silveira
Ariana Garcia do Nascimento Teles
Bárbara de Oliveira Cruvinel
Bartira Macedo de Miranda Santos
Carla Franco Zannini
Carlos André Pereira Nunes
Caroline Regina dos Santos
Colemar José de Moura Filho
Daniella Grangeiro Ferreira
Danilo Di Rezende Bernardes
Danúbio Cardoso Remy
David Soares da Costa Junior
Diego Martins Silva do Amaral
Dirce Socorro Guizzo
Eduardo Alves Cardoso Júnior
Eliane Ferreira Pedroza de Araújo Rocha
Eliane Simonini Baltazar Velasco
Erlon Fernandes Cândido de Oliveira
Fabrício Antônio Almeida de Brito
Fabrício Cândido Gomes de Souza
Fabricio Rocha Abrão
Flávia Silva Mendanha Crisóstomo
Flávio de Oliveira Rodovalho
Flávio Henrique Silva Partata
Henrique Alves Luiz Pereira
Idélcio Ramos Magalhães Filho
Iraci Teófilo Rosa
Janine Almeida Sousa de Oliveira
Janúncio Januário Dantas
Jean Pierre Ferreira Borges
Jônatas Moreira
José Carlos Ribeiro Issy
José Humberto Abrão Meireles
José Mendonça Carvalho Neto
Juscimar Pinto Ribeiro
Leandro de Oliveira Bastos
Leandro Martins Pereira
Leandro Melo do Amaral
Lilian Pereira de Moura
Luciano de Paula Cardoso Queiroz
Luis Gustavo Nicoli
Marcos Cesar Gonçalves de Oliveira
Marlene Moreira Farinha Lemes
Maura Campos Domiciana
Maurício Alves de Lima
Milena Maurício Moura
Nadim Neme Neto
Osmar de Freitas Junior
Paulo Gonçalves Paiva
Philippe Dall'Agnol
Rafael Lara Martins
Raphael Rodrigues de Ávila Pinheiro Sales
Renata Abalém
Renata Medina Felici
Ricardo Gonçalez
Ricardo Silva Naves
Rildo Mourão Ferreira
Rodnei Vieira Lasmar
Rodrigo Lustosa Victor
Romildo Cassemiro de Souza
Rubens Fernando Mendes de Campos
Sara Mendes
Scheilla de Almeida Mortoza
Sérgio Murilo Inocente Messias
Simon Riemann Costa e Silva
Sirlene Moreira Fidélis
Telmo de Alencastro Veiga Filho
Valdir José de Medeiros Filho
Valéria Alves dos Reis Menezes
Vandelino Cardoso Filho
Vasco Rezende Silva
Vitor Hugo Albino Pelles
Viviany Souza Fernandes
Waldemir Malaquias da Silva
Weliton Soares Teles